

«STILLSCHWEIGENDE ERNEUERUNG» DES MIETVERTRAGES

Art. 268 OR

PETER GAUCH

Kommentare und Handbücher, im Text nur mit Verfasseramen zitiert: BECK E., Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942; BECKER H., Berner Kommentar zu Art. 184–551 OR, Bern 1934; zu Art. 1–183 OR, Bern 1941; v. BÜREN B., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972; DESCHENAUX H., Schweizerisches Privatrecht, Band II, Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967; GIOVANOLI S., Berner Kommentar zu Art. 492–512 OR, Bern 1942; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972; KUMMER M., Berner Kommentar zu Art. 8 OR, Einleitungsband, Bern 1966; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar zu Art. 1–183 OR, Zürich 1929; zu Art. 184–418 OR, Zürich 1936; zu Art. 419–529 OR, Zürich 1945; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar zu Art. 1–17 OR, Zürich 1973; SCHÖNENBERGER/SCHMID, Zürcher Kommentar zu Art. 253 ff. OR, in Teillieferungen ab 1974; SIEGWART A., Zürcher Kommentar zu Art. 530 ff. OR, Zürich 1938; v. TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 1. Lieferung, 3. Auflage, Zürich 1974; TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Auflage, Zürich 1975.

Der erste persönliche Kontakt, den ich mit Professor Deschenaux hatte, wurde durch meine Dissertation veranlaßt. Henri Deschenaux amtierte als Korreferent. Von seinen kritischen Bemerkungen sind mir zwei im Gedächtnis geblieben: Einerseits sei die Arbeit für einen Berichtersteller fast unzumutbar lang, andererseits fehle aber doch ein Kapitel über die Vertragserneuerung. – Beide Fehler möchte ich heute wiedergutmachen, indem ich einen möglichst kurzen Artikel über die «stillschweigende Erneuerung» des Mietvertrages schreibe.

I. Einleitung

Der Mietvertrag ist ein Dauervertrag¹ mit zwei Hauptleistungspflichten: Der Vermieter ist verpflichtet, «dem Mieter den Gebrauch einer Sache zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter hierfür einen Mietzins zu leisten» (Art. 253 OR). Die geschuldete Gebrauchsüberlassung und die Leistung von Mietzins stehen im Austauschverhältnis.

Mit dem genannten Mietvertrag befaßt sich das Schweizerische Obligationenrecht in den Vorschriften der Artikel 253–274. Eine dieser Vorschriften soll nachstehend herausgegriffen und erläutert werden. Es handelt sich um *Artikel 268 OR*, der unter dem Randtitel «*Stillschweigende Erneuerung*» folgende Bestimmung enthält:

«Ist der Mietvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen und nach deren Ablauf entweder das Mietverhältnis mit Wissen und ohne Widerspruch des Vermieters fortgesetzt worden, oder erfolgt von keiner Seite die vertraglich vorgesehene Kündigung, so gilt in Ermangelung anderer Vereinbarungen der Vertrag als auf unbestimmte Zeit erneuert.»

Ähnliche Bestimmungen enthält das Obligationenrecht auch für andere Dauerverträge: für die nichtlandwirtschaftliche Pacht (Art. 292 OR), den Arbeitsvertrag (Art. 335 OR), den Agenturvertrag (Art. 418p OR) und die einfache Gesellschaft (Art. 546 OR).

Art. 268 OR, um den es hier geht, behandelt zwei verschiedene Fälle. Es sind dies, verkürzt und in Anlehnung an die Terminologie des Gesetzes ausgedrückt, die «stillschweigende Erneuerung» durch Vertragsfortsetzung (Fall 1) und die «stillschweigende Erneuerung» bei Nichtkündigung (Fall 2). Die beiden Fälle weichen voneinander im Tatbestand ab, stimmen aber nach dem Wortlaut des Art. 268 OR in der Rechtsfolge überein. Nachfolgend werden sie getrennt behandelt, und zwar ohne Einbezug des gerade geltenden öffentlichen Mietrechts.

¹ SCHÖNENBERGER/SCHMID, Vorbem. zum achten Titel, N 2. – Dauerverträge heben sich gegenüber den einfachen Verträgen dadurch ab, daß ihre typische Hauptleistungspflicht (z. B. jene des Vermieters) auf Dauer angelegt und daher eine Dauerschuld ist. Das bedeutet:

Die Dauer der typischen Leistungspflicht richtet sich nicht nach der Erfüllung; die Erfüllung läßt die Leistungspflicht nicht untergehen; vielmehr hat der Schuldner (z. B. der Vermieter) mit der Erfüllung so lange fortzufahren, als die Pflicht besteht (GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, S. 1 ff.). «Der Gesamtumfang der geschuldeten Leistung hängt somit von der Dauer der Leistungspflicht ab, weshalb dieser Pflicht ein selbständiges, von der Erfüllung unabhängiges Dasein in der Zeit zukommt» (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 119 zu Art. 1 OR).

II. «Stillschweigende Erneuerung» durch Vertragsfortsetzung

Dieser erste Fall des Art. 268 OR ist der römisch-rechtlichen *relocatio tacita* nachgebildet (Ulp. D. 19, 2, 13, 11). Ich befasse mich zuerst mit dem Tatbestand, dann mit der Rechtsfolge und schließlich mit verschiedenen Einzelfragen:

1. Der Tatbestand

Der Tatbestand des ersten Falles besteht nach dem Wortlaut des Art. 268 OR darin, daß ein «Mietvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen und nach deren Ablauf... das Mietverhältnis mit Wissen und ohne Widerspruch des Vermieters fortgesetzt worden» ist. Im einzelnen umfaßt der so umschriebene Tatbestand die folgenden Elemente:

1. Zunächst gehört zum Tatbestand, daß der Mietvertrag «auf eine bestimmte Zeit» abgeschlossen wurde. Das setzt voraus, daß die Parteien eine ausdrückliche oder stillschweigende Dauerabrede getroffen und so die Vertragsdauer durch Vereinbarung bestimmt haben.

Die durch Vereinbarung bestimmte Vertragsdauer bildet die «bestimmte Zeit», auf die der Vertrag nach Art. 268 OR abgeschlossen wurde². Sie ist – im hier behandelten ersten Fall – eine vereinbarte (Vertrags-)Höchstdauer, mit deren Ablauf der Mietvertrag nach dem Inhalt der getroffenen Dauerabrede ohne weiteres (also ohne Kündigung) aufgelöst wird³. Entweder ist sie eine reine Höchstdauer; alsdann «dauert» der Vertrag zwar nicht länger als bis zu ihrem Ablauf, kann jedoch schon vorher durch ordentliche Kündigung (Art. 267 OR) aufgelöst werden. Oder sie ist (was in der Regel zutrifft) eine Höchst- und Mindestdauer zugleich; alsdann soll der Vertrag nach dem Willen der Parteien weder vor noch nach, sondern gerade und nur mit ihrem Ablauf aufgelöst werden; eine ordentliche Kündigung ist vertraglich ausgeschlossen.

Die so verstandene Höchstdauer, welche die «bestimmte Zeit» des Art. 268 OR ausmacht, kann von den Parteien bereits mit Abschluß des Mietvertrages oder erst nachträglich vereinbart werden⁴. Gleichgültig

² Was Verträge «auf bestimmte» und solche «auf unbestimmte Zeit» (oder «Dauer») sind, kann nur durch Auslegung des jeweils anwendbaren Artikels ermittelt werden. Es ist keineswegs so, daß das erwähnte Begriffspaar in sämtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts gleichbedeutend verwendet wird.

³ OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 268 OR.

⁴ Die Formulierung des Art. 268 OR («auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen»)

ist, ob es sich um eine Dauer mit gewissem oder eine solche mit ungewissem Endzeitpunkt handelt. Damit ein Vertrag «auf eine bestimmte Zeit» vorliegt, ist somit nicht erforderlich, daß zum vorneherein feststeht, ob und wann der Endzeitpunkt eintritt. Vielmehr liegt ein Vertrag «auf eine bestimmte Zeit» auch dann vor, wenn der Endzeitpunkt vom Eintritt einer Bedingung abhängt oder zumindest ein zeitlich unbestimmter Termin (z.B. Tod einer Vertragspartei) ist.

2. Das zweite Tatbestandsmerkmal besteht darin, daß die «*bestimmte Zeit*» des Mietvertrages, d.h. die vereinbarte Höchstdauer, *abgelaufen* ist.

Mit diesem Zeitablauf wurde der Mietvertrag ohne weiteres *aufgelöst*. Das bedeutet:

Die Hauptleistungspflichten der Parteien (Pflicht zur Gebrauchsüberlassung und Mietzinspflicht) sind für die Zukunft erloschen. Damit ist der Mietvertrag allerdings nicht vollständig zu Ende gegangen. Vielmehr ist er nur (aber immerhin) in das Liquidationsstadium eingetreten. Er dauert (zunächst) als Liquidationsverhältnis fort. Inhalt dieses fortdauernden Vertragsverhältnisses können verschiedene Vertragspflichten sein⁵. Zum Beispiel ist der Mieter nach wie vor verpflichtet, nicht bezahlte Mietzinsen für die abgelaufene Mietzeit zu leisten. Vor allem aber hat er jetzt dem Vermieter den Mietgegenstand zurückzugeben (Art. 271 OR)⁶.

Am umschriebenen zweiten Tatbestandsmerkmal *fehlt es* dann, wenn zwar der Zeitpunkt eingetreten ist, an dem eine ursprünglich vereinbarte Höchstdauer abgelaufen wäre, die Parteien jedoch schon vor diesem Zeitpunkt (ausdrücklich oder stillschweigend) übereingekommen sind, daß der Mietvertrag auch nachher fortgesetzt werden soll (vgl. z.B. BGE 100 II 330). Durch diese Übereinkunft haben die Parteien, je nach dem Inhalt der getroffenen Abrede:

- entweder die vereinbarte Höchstdauer überhaupt aufgehoben, so daß sie nicht mehr ablaufen kann, weil sie nicht mehr gilt; alsdann liegt fürderhin kein Mietvertrag «auf eine bestimmte Zeit» (im hier verstandenen Sinne) mehr vor;

ist zwar auf den Fall zugeschnitten, da die Dauerabrede bereits mit Abschluß des Mietvertrages getroffen wird. Sie hindert aber nicht, daß die Bestimmung auch auf Verträge mit nachträglich vereinbarter Höchstdauer anwendbar ist.

⁵ Vgl. dazu GAUCH, zit. in Anm. 1, S. 202 ff.

⁶ Diese Rückgabepflicht wird (was Art. 305 und 312 OR für die Leihe ausdrücklich sagen) zwar bereits mit Vertragsabschluß begründet. Zunächst ist sie jedoch nur latent vorhanden: unter der Bedingung, daß der Mieter den Mietgegenstand überhaupt erhält; dann unter der Bedingung, daß der Vertrag aufgelöst wird. Unbedingt und damit aktuell wird sie erst mit Auflösung des Mietvertrages.

- oder die Parteien haben die vereinbarte Höchstdauer (und damit die «bestimmte Zeit») vertraglich verlängert, so daß sie in einem späteren Zeitpunkt abläuft.

3. Das dritte Tatbestandsmerkmal besteht darin, daß «*das Mietverhältnis... fortgesetzt*» wird (Art. 268 OR), obwohl die «bestimmte Zeit» (die Höchstdauer), auf die der Vertrag geschlossen wurde, abgelaufen ist.

Dieses dritte Merkmal, die *Fortsetzung des Mietverhältnisses*, setzt zunächst negativ voraus, daß der Mieter den Mietgegenstand nicht zurückgibt. Sodann erfordert das Merkmal positiv, daß der Mieter den Mietgegenstand freiwillig weiter *gebraucht* (vgl. § 568 BGB) ⁷. An diesem Erfordernis fehlt es zum Beispiel dann:

- wenn der Mieter den Mietgegenstand nicht zurückgeben kann, weil die Mietsache untergegangen oder verloren ist;
- wenn der Mieter die Mietsache nach Ablauf der Mietzeit vernichtet;
- wenn der Mieter mit der Rückgabe säumig ist, ohne den Mietgegenstand weiter zu gebrauchen ⁸;
- wenn der Mieter den Mietgegenstand zwar zurückgibt, aber in vertragswidrigem (z. B. ungereinigtem) Zustand;
- wenn der Wohnungsmieter infolge besonderer Umstände (z. B. Krankheit) außerstande ist, die Mietwohnung zu verlassen ⁹; oder wenn er die Mietwohnung zwar verläßt, jedoch nicht vollständig räumt; oder wenn er die verlassene Wohnung durch Handwerker instandstellen läßt;
- *nicht* aber, wenn der Mieter die Wohnung samt Einrichtung abschließt und sich auf Ferien- oder Geschäftsreise begibt.

Dem Gesagten zufolge besteht die in Art. 268 OR umschriebene Fortsetzung des Mietverhältnisses im freiwilligen Weitergebrauch der Mietsache durch den Mieter. Das ist in zweifacher Hinsicht zu *präzisieren*:

- Einmal liegt eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht nur dann vor, wenn der Mieter den Mietgegenstand persönlich weiter gebraucht, sondern auch dann, wenn er die Mietsache durch andere, z. B. Hausgenossen oder Untermieter, weiter gebrauchen läßt ¹⁰.

⁷ SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 6 zu Art. 268 OR.

⁸ Vgl. BECKER, N 1 zu Art. 268 OR.

⁹ BECKER, N 1 zu Art. 268 OR; SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 6 zu Art. 268 OR; v. TUHR/PETER, S. 166.

¹⁰ Gleicher Meinung für den Weitergebrauch durch Untermieter: Deutscher Bundesgerichtshof (Entscheid vom 8.1.1969), zitiert in Fundheft für Zivilrecht, Band XVI, 1970, S. 67, Nr. 1325.

- Sodann muß die Fortsetzung eine *bewußte* sein: Der Vermieter muß um den Weitergebrauch der Mietsache wissen; und beide Parteien müssen wissen, daß die Mietzeit abgelaufen ist ¹¹. Auf das vorausgesetzte Wissen des Vermieters weist Art. 268 OR ausdrücklich hin; das Wissen des Mieters setzt er voraus, ohne es zu nennen.

4. Schließlich wird das aufgelöste Mietverhältnis *stillschweigend* fortgesetzt. Dieses vierte Tatbestandsmerkmal ist im Text des Art. 268 OR nur unvollständig umschrieben, indem dort bloß verlangt wird, daß die Fortsetzung «ohne Widerspruch des Vermieters» geschieht.

Indessen ergibt sich das genannte Merkmal aus dem Randtitel zu Art. 268 OR, der von «stillschweigender» Erneuerung spricht. Dann auch aus einer zweckbezogenen Auslegung. Und schließlich aus dem Vergleich mit den andern Vorschriften des OR, die sich ebenfalls mit der stillschweigenden Erneuerung von Dauerverträgen befassen. In all diesen andern Bestimmungen ist ausdrücklich formuliert, daß der Vertrag «stillschweigend» fortgesetzt wird (Art. 292, 335 Abs. 2, 418p Abs. 2, 546 Abs. 3 OR).

Das tatbestandsmäßig erforderte Stillschweigen besteht in einem bestimmten passiven Verhalten der Vertragsparteien nach Auflösung des Mietvertrages: Weder erhebt eine Partei unverzüglich Widerspruch gegen eine Vertragserneuerung, noch schließen die Parteien unverzüglich eine ausdrückliche Vereinbarung über die Fortsetzung des Vertrages.

Mit Rücksicht darauf kann gesagt werden: Am Erfordernis des Stillschweigens fehlt es nur (aber immerhin) in zwei Fällen:

- Wenn (erstens) der Vermieter oder der Mieter ¹² *Widerspruch gegen die Vertragserneuerung* erhebt, und zwar unverzüglich.

«Unverzüglich» heißt: innerhalb einer kurzen Widerspruchsfrist, die für jede Partei (separat) zu laufen beginnt, sobald sie weiß, daß die Mietsache weitergebraucht wird, obwohl die Mietzeit abgelaufen ist. Von diesem Zeitpunkt an muß die betreffende Partei «ohne Verzug» (vgl. Art. 5 Abs. 3 OR) Widerspruch erheben, damit dieser fristgerecht erfolgt.

Der Widerspruch besteht darin, daß die eine Partei der andern einen Willen zu erkennen gibt, der einer Vertragserneuerung entgegensteht (vgl. § 568 BGB). Er ist eine empfangsbedürftige Erklärung, die auch konkludent oder als mitverständener Inhalt einer andern Erklärung

¹¹ Anderer Ansicht (für das deutsche Recht) z. B. PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Aufl., München 1976, N 2 zu § 568 BGB.

¹² v. TUHR/PETER, S. 166; vgl. auch § 568 BGB.

abgegeben werden kann. Zum Beispiel liegt ein Widerspruch vor, wenn der Vermieter die Räumung der Wohnung verlangt, auf Rückgabe der Mietsache drängt, einen höhern Mietzins fordert oder dem Mieter einfach mitteilt, er sei mit der Vertragsfortsetzung (oder dem «Weitergebrauch») nicht einverstanden, sei es überhaupt nicht oder nicht zu den bisherigen Bedingungen. Von seiten des Mieters liegt ein Widerspruch zum Beispiel dann vor, wenn der Mieter die unverzügliche Rückgabe der Mietsache in Aussicht stellt oder dem Vermieter mitteilt, er werde künftig nicht mehr den vollen Mietzins bezahlen. Der Widerspruch des Mieters wird, vielleicht treffender, auch als «Vorbehalt» bezeichnet¹³.

Art. 268 OR spricht nur vom Widerspruch des Vermieters (nicht auch des Mieters) und schweigt sich zudem über die Widerspruchsfrist aus. Darin liegt ein Mangel des Gesetzestextes. Besser: Art. 418p Abs. 2 OR, der für den Agenturvertrag ausdrücklich verlangt, daß der Vertrag *von beiden Seiten stillschweigend* fortgesetzt wird.

- Wenn (zweitens) die Parteien unverzüglich eine *ausdrückliche Vereinbarung* über die Fortsetzung des Mietvertrages schließen. Auch dann wird der Mietvertrag nicht *stillschweigend* fortgesetzt. Beizufügen ist ein Zweifaches:

Das Wort «ausdrücklich» hat hier einen besondern, von Art. 1 Abs. 2 OR abweichenden Sinngehalt. Im hier verstandenen Sinne ist jede Vereinbarung ausdrücklich, bei der die Parteien ihren Vertragswillen anders als gerade durch die widerspruchslose Vertragsfortsetzung erklären; dies ungeachtet davon, ob ihre Erklärungen ausdrückliche oder stillschweigende im Sinne des Art. 1 Abs. 2 OR sind.

«Unverzüglich» wird die ausdrückliche Vereinbarung dann geschlossen, wenn sie zustandekommt, solange für eine der Parteien die Widerspruchsfrist noch läuft.

2. Die Rechtsfolge

Liegt der umschriebene Tatbestand vor, so «gilt in Ermangelung anderer Vereinbarungen der Vertrag als auf unbestimmte Zeit erneuert» (Art. 268 OR). Die Rechtsfolge, welche das Gesetz an den Tatbestand knüpft, besteht somit in einer *Vermutung*. Sie ist widerlegbar und greift nur «in Ermangelung anderer Vereinbarungen» Platz. Nachfolgend spreche ich zunächst von der Vermutung, dann von ihrer Widerlegung und schließlich vom Vorbehalt anderer Vereinbarungen.

¹³ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 39 zu Art. 3 OR.

A. Die Vermutung

Die Vermutung, welche die Rechtsfolge der geschilderten Vertragsfortsetzung bildet, ist eine Rechtsvermutung, die inhaltlich in zwei Teile zerfällt: Der Vertrag gilt als erneuert, und zwar auf unbestimmte Zeit.

1. *Der Vertrag gilt als erneuert.* Vermutet wird, daß zwischen den Parteien ein Mietvertrag «zu den gleichen Bedingungen» (Art. 292 OR) wie vormals besteht, so daß der Vermieter weiterhin zur Gebrauchsüberlassung des Mietgegenstandes und der Mieter zur Zahlung des Mietzinses verpflichtet ist. Streitig allerdings ist, ob es sich bei diesem Mietvertrag um einen neuen Vertrag (wenn auch mit «altem» Inhalt) handelt¹⁴ oder nicht¹⁵.

Beim Entscheid der aufgeworfenen Streitfrage muß von folgenden Überlegungen ausgegangen werden:

- Die Rechtsvermutung, wonach der Vertrag als erneuert gilt, gründet in der tatsächlichen Vermutung, die Parteien hätten durch ihr Verhalten nach Ablauf der «bestimmten (Miet-) Zeit» sich gegenseitig den Willen erklärt, der Vertrag solle fortgesetzt werden¹⁶, und zwar mit den Hauptleistungspflichten und den übrigen Bedingungen, wie sie vor der Auflösung bestanden. Mit andern Worten: Vermutet wird der Abschluß einer stillschweigenden Vereinbarung, gerichtet auf Fortsetzung des Vertrages mit dem vormaligen Inhalt.
- Diese vermutete Vereinbarung wurde von den Parteien in einem Zeitpunkt getroffen, da die Vertragszeit bereits abgelaufen, der Mietvertrag aber noch nicht vollständig beendet war. Einerseits war der Vertrag durch Ablauf der vereinbarten Höchstdauer aufgelöst, die Hauptleistungspflicht jeder Partei also für die Zukunft erloschen; andererseits bestand der Vertrag immer noch fort, wenn auch umgewandelt: als Liquidationsverhältnis (S. 366).
- Die genannte Vereinbarung vermochte zwar die *Tatsache* der eingetretenen Vertragsauflösung mit dem damit verbundenen Erlöschen der Hauptleistungspflichten nicht nachträglich zu beseitigen¹⁷. Indessen

¹⁴ BECKER, N 2 zu Art. 268 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 268 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 39 zu Art. 3 OR; CC fr art. 1738.

¹⁵ Z. B. SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 8 zu Art. 268 OR.

¹⁶ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 39 zu Art. 3 OR.

¹⁷ Ungenau daher SIEGWART, N 17 zu Art. 545/547 OR, wonach die Auflösung der einfachen Gesellschaft «unterbleibt», wenn die Gesellschafter die Fortsetzung «ohne Einspruch tatsächlich verwirklichen».

bewirkte sie, daß der als Liquidationsverhältnis andauernde Vertrag *inhaltlich* umgestaltet (gewissermaßen «zurück-gestaltet») wurde: derart, daß der Mietvertrag aus dem Liquidationsstadium wieder heraustrat und erneut mit dem vormaligen Inhalt, namentlich mit den früheren Hauptleistungspflichten, zu wirken begann (vgl. sinngemäß BGE 70 II 56). Daraus folgt:

- Durch die vermutete Vereinbarung der Parteien, der Mietvertrag solle mit den vormaligen Bedingungen fortgesetzt werden, wurde kein neues Mietverhältnis begründet; vielmehr wurde der als Liquidationsverhältnis immer noch fortdauernde (bisherige) Mietvertrag im Inhalt abgeändert.

Gestützt auf die dargestellten Überlegungen löst sich die erwähnte Streitfrage wie folgt:

- Einerseits steht fest, daß der erneuerte Mietvertrag von seinem Bestande her mit dem bisherigen Mietverhältnis identisch ist. Er ist kein neues (vom bisherigen Mietvertrag getrenntes) Schuldverhältnis und in diesem Sinne *kein «neuer Vertrag»*. Was vorliegt, ist vielmehr ein einheitliches Vertragsverhältnis, das seinerzeit durch Abschluß des Mietvertrages begründet, dann aufgelöst und schließlich erneuert wurde¹⁸. Quelle dieses einheitlichen Mietverhältnisses bildet der seinerzeitige Vertragsabschluß; er bildet die Grundlage auch für den erneuerten Vertrag¹⁹, der das bisherige Vertragsverhältnis ununterbrochen fortsetzt und derart «verlängert» (Art. 335 Abs. 2 OR).
- Andererseits erscheint der erneuerte Mietvertrag insofern als «*neuer Vertrag*», als er bereits in das Liquidationsstadium eingetreten war, dann aber durch stillschweigende Vereinbarung «reaktiviert»²⁰, d. h. umgestaltet und zum vormaligen Inhalt zurückgeführt wurde. Obwohl zunächst aufgelöst, besteht er jetzt erneut mit dem «alten» Inhalt,

¹⁸ Insoweit ist der herrschenden deutschen Lehre zu § 568 BGB zuzustimmen, wonach bei stillschweigender Verlängerung des Mietvertrages das ursprüngliche Mietverhältnis fortbestehen bleibt, also kein neuer Mietvertrag zur Entstehung gelangt (PALANDT, zit. in Anm. 11, N 3 zu § 568 BGB; BULLERT, NJW 1967, S. 139 mit zahlreichen Zitaten). Im übrigen vgl. bereits O. v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, 3. Band, Schuldrecht, München/Leipzig 1917, S. 517, Anm. 42: «Immer besteht hier der ursprüngliche Vertrag fort und wird nicht etwa ein neuer gleichinhaltlicher Vertrag geschlossen.»

¹⁹ O. v. GIERKE, zit. in Anm. 18, S. 517, Anm. 42: «Das B.G.B. § 568 aber gibt schon durch den Ausdruck, daß 'das Mietverhältnis' als 'verlängert' gilt, unzweideutig zu erkennen, daß der alte Vertrag Quelle des Schuldverhältnisses bleibt».

²⁰ Vgl. sinngemäß SIEGWART, N 6 zu Art. 545/547 OR und N 2 zu Art. 574 OR.

den er vor der Auflösung hatte. Das gilt, abgesehen von der Dauerbestimmung, für den gesamten Vertragsinhalt ²¹. Vorab gilt es für die Hauptleistungspflichten, die wieder aufgelebt sind; dann z. B. auch für eine vereinbarte Indexklausel und Konventionalstrafe, eine Gerichtsstandsklausel oder ein vereinbartes Konkurrenzverbot.

Dem Gesagten zufolge ist also der *erneuerte Mietvertrag mit dem bisherigen Mietverhältnis bestandesmäßig identisch*. Es liegt nur ein Mietverhältnis vor, das jedoch vorübergehend aufgelöst war. Dieser Feststellung sind zwei Einzelbemerkungen anzufügen:

- Die erwähnte Identität muß bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden. Zum Beispiel beeinflußt sie die Beantwortung der Frage, ob allfällige *Bürgschaften und Pfandrechte* nach der Vertragserneuerung forthaften (vgl. dazu S. 377 f.). Auch ist sie bedeutsam für das *Retentionsrecht*, das dem Vermieter unter den Voraussetzungen des Art. 272 OR «für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins» zusteht:

Ungeachtet der Vertragserneuerung hat der Vermieter nach Art. 272 OR nur ein Retentionsrecht, also kein gesondertes Recht für die Zeit bis zur Vertragsauflösung. Der «verfallene Jahreszins», den das Retentionsrecht deckt, berechnet sich vom letzten Fälligkeitstermin an rückwärts und kann nach Erneuerung des Mietvertrages auch solche Zahlungen umfassen, die bereits vorher verfallen waren.

- Die bestandesmäßige Identität des erneuerten mit dem bisherigen Vertrag könnte es rechtfertigen (bildet aber keinen zwingenden Grund), von «*Verlängerung*» des Vertrages, statt von «*Erneuerung*», zu sprechen. In der Tat hat denn auch der Gesetzgeber, bei der jüngsten Revision des Arbeitsvertragsrechtes, im entsprechenden Art. 335 Abs. 2 OR den Ausdruck «erneuert» durch das Wort «verlängert» ersetzt. Zu dieser Wortänderung ist in der Botschaft des Bundesrates (BBl 1967 II S. 373) nachzulesen:

«Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, daß das Arbeitsverhältnis nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich fortbesteht und daß der Weiterbestand nicht auf einem neuen Vertragsschluß beruht. Das hat zur Folge, daß die abgelaufene Vertragszeit überall dort, wo zeitliche Voraussetzungen für eine Rechtsfolge maßgebend sind..., mitberücksichtigt werden muß».

²¹ Vgl. dazu SOERGEL/MEZGER, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage, 1967, N 4 zu § 568 BGB.

«Daß der Weiterbestand» des Vertragsverhältnisses «nicht auf einem neuen Vertragsschluß beruht», ist insofern richtig, als der weiterbestehende Vertrag kein vom bisherigen Vertrag verschiedenes Schuldverhältnis darstellt. Dieser Sachverhalt ist denn auch zu beachten bei der Abklärung der Frage, ob die abgelaufene Vertragszeit mitberücksichtigt werden muß, wenn für eine Rechtsfolge «zeitliche Voraussetzungen... maßgebend sind». Ob aber die abgelaufene Vertragszeit tatsächlich mitzuberücksichtigen ist, das läßt sich weder aus Art. 335 Abs. 2 OR entnehmen, noch generell sagen; vielmehr ist die Frage zu entscheiden durch Auslegung der jeweils anwendbaren Bestimmung, welche die entsprechende Rechtsfolge umschreibt.

2. Der Vertrag gilt *auf unbestimmte Zeit* als erneuert. Darin besteht der zweite Teil der Vermutung: Vermutet wird, daß der Mietvertrag ohne vereinbarte Dauerbestimmung fortbesteht. Insofern weicht der Inhalt des erneuerten Mietvertrages ab vom Vertragsinhalt, wie er vor der Vertragsauflösung bestanden hatte. Insbesondere hat die ursprünglich vereinbarte Vertragsdauer keine Geltung mehr für den erneuerten Vertrag.

Der auf unbestimmte Zeit erneuerte Mietvertrag untersteht der gesetzlichen Kündigungsbestimmung des Art. 267 OR. Die darin geregelte Kündigung bildet den ordentlichen Auflösungsgrund des erneuerten Vertrages. Für Kündigungstermin und Kündigungsfrist gilt Art. 267 Abs. 2 OR. Vorbehalten bleiben die einschränkenden Bestimmungen der Art. 267a ff. OR.

B. Die Widerlegung

Die Vermutung des Art. 268 OR ist widerlegbar²²: durch *Beweis des Gegenteils*. Dies, obwohl der Wortlaut des Gesetzes («gilt»; franz.: «est réputé») auf eine unwiderlegbare Vermutung (eine Fiktion) hinweist. Doch ist sofort beizufügen:

Der Beweis des Gegenteils hat *qualifizierten Anforderungen* zu genügen. Zu beweisen ist, daß die Parteien einen *gleichen*, von der Vermutung abweichenden Willen hatten²³:

²² So praktisch einhellig die schweizerische Lehre; statt vieler: DESCHENAUX, S. 268, Anm. 97; KUMMER, N 349 zu Art. 8 ZGB; SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 4 zu Art. 268 OR; v. TUHR/PETER, S. 166. Anders die herrschende deutsche Lehre zu § 568 BGB; statt vieler: PALANDT, zit. in Anm. 11, N 3 zu § 568 BGB.

²³ Vgl. dazu SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 277 zu Art. 1 OR.

- Entweder: Die Parteien hatten übereinstimmend *keinen Willen zur Erneuerung* des Mietvertrages; sei es, daß sie den aufgelösten Mietvertrag überhaupt nicht oder mit einem bestimmten andern Inhalt ²⁴ als vormals fortsetzen wollten. Gelingt dieser Beweis, so entfällt die Vermutung, daß der Mietvertrag erneuert ist. Statt dessen besteht die Rechtslage, die dem übereinstimmenden Willen der Parteien entspricht. Das gilt zum Beispiel dann, wenn bewiesen ist, daß sich die Parteien darüber einig waren, der Mieter solle nur auf Zusehen hin (ohne Verpflichtung des Vermieters) im Mietobjekt geduldet werden (vgl. dazu BGE 63 II 370).

Der Beweis, daß beiden Parteien der Erneuerungswille fehlte, ist oft nur schwer zu erbringen. Haben die Parteien jedoch für die Abrede der Vertragserneuerung eine besondere Form (z.B. Schriftlichkeit oder auch nur Ausdrücklichkeit) vorbehalten, so vermutet Art. 16 Abs. 1 OR, daß sie «vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen.» Diese Vermutung des Art. 16 geht jener des Art. 268 OR vor.

- Oder: Die Parteien wollten den Vertrag übereinstimmend auf eine *bestimmte Zeit* erneuern (z.B. auf ein Jahr oder bis der Mieter eine andere Wohnung gefunden hat). Gelingt dieser Beweis, so entfällt die Vermutung, daß der Vertrag auf unbestimmte Zeit erneuert ist.

Dem Gesagten zufolge verhält es sich so, daß der übereinstimmende Parteiwille der gesetzlichen Vermutung des Art. 268 OR vorgeht. Hingegen bleibt es stets bei der gesetzlichen Vermutung, wenn nur bewiesen wird, daß entweder die eine (nicht auch die andere Partei) einen von der Vermutung abweichenden Willen hatte; oder daß zwar beide Parteien einen abweichenden Willen hatten, die Willen aber nicht übereinstimmten. In diesen Fällen wirkt die Vermutung des Art. 268 OR als Dissens-Regel; eine Anfechtung wegen Irrtums ist ausgeschlossen ²⁵.

C. Der Vorbehalt anderer Vereinbarungen

Die widerlegbare Vermutung, wonach «der Vertrag als auf unbestimmte Zeit erneuert» gilt, greift nach Art. 268 OR nur «*in Ermangelung anderer Vereinbarungen*» Platz. Damit bringt Art. 268 OR zum Ausdruck, daß er dispositives Recht enthält. Haben die Parteien etwas anderes vereinbart, so geht die abweichende Vereinbarung vor:

²⁴ Vgl. sinngemäß: Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen 3, 1884, S. 93.

²⁵ Im Ergebnis gleich: die herrschende deutsche Lehre zu § 568 BGB (statt vieler: PALANDT, zit. in Anm. 11, N 3 zu § 568; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 10. Auflage, München 1972, S. 172).

1. Die abweichende Vereinbarung kann sich zum *Beispiel* beschränken auf die schlichte *Abrede*, daß die *Vermutung des Art. 268 OR* nicht *gelten soll*.

Eine derartige *Abrede* braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden, sondern kann z.B. auch mitverständener Inhalt einer andern Vereinbarung bilden (vgl. den Fall in Semjud 83, 1961, S. 513 ff.). Sie schließt zwar nicht aus, daß der aufgelöste Mietvertrag durch widerspruchslöse Vertragsfortsetzung stillschweigend erneuert wird. Doch verwehrt sie es den Parteien, sich auf die *Vermutung des Art. 268 OR* zu berufen.

2. Die Parteien können aber auch zum vorneherein vereinbaren, *daß und zu welchen Bedingungen der Mietvertrag bei stillschweigender Vertragsfortsetzung fortbesteht*. In Abweichung von Art. 268 OR können sie zum Beispiel verabreden, daß der fortbestehende Mietvertrag einen (teilweise) andern Inhalt als bisher aufweist; daß er auf bestimmte (nicht unbestimmte) Zeit fort dauert; oder daß für ihn andere als die gesetzlichen Kündigungsfristen und Termine (Art. 267 Abs. 2 OR) gelten.

Mit der erwähnten Vereinbarung legen die Parteien *vor Ablauf der Mietzeit* und somit vor Auflösung des Mietvertrages (vgl. Semjud 83, 1961, S. 513 ff.) fest, welche Rechtslage zwischen ihnen gilt, *falls* der aufgelöste Mietvertrag stillschweigend fortgesetzt wird. Diese Vereinbarung ist *zu unterscheiden*:

- Von abweichenden *Abreden* über die Vertragsfortsetzung, welche die Parteien *nach Auflösung des Mietvertrages* treffen. Solche *Abreden* sind keine Vereinbarungen, die Art. 268 OR vorbehält. Denn: Entweder schließen die Parteien nach Vertragsauflösung «unverzüglich» eine ausdrückliche Vereinbarung über die Fortsetzung des aufgelösten Vertrages; alsdann wird der Mietvertrag nicht stillschweigend fortgesetzt und es fehlt für die *Vermutung des Art. 268 OR* schon am Tatbestand (vgl. S. 368 f.). Oder die Parteien drücken ihren von der *Vermutung* abweichenden Vertragswillen gerade durch die stillschweigende Vertragsfortsetzung aus; alsdann spielt zwar die *Vermutung*, kann aber durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden (vgl. S. 373 f.). Oder die Vereinbarung kommt schließlich erst zustande, nachdem der Vertrag vermutungsgemäß erneuert ist; alsdann wird der bereits erneuerte Vertrag durch die Vereinbarung inhaltlich abgeändert.
- Ferner ist die genannte Vereinbarung zu unterscheiden von allfälligen *Abreden*, womit die Parteien vor Ablauf der Mietzeit bestimmen, *daß* der Vertrag über die vereinbarte Höchstdauer hinaus fortgesetzt werden soll. Solche *Abreden* heben entweder die vereinbarte Höchst-

dauer auf oder verlängern sie, so daß sie den für die Vermutung des Art. 268 OR vorausgesetzten Ablauf der Vertragszeit verhindern oder hinausschieben (vgl. S. 366 f.). «Andere Vereinbarungen» im Sinne des Art. 268 OR sind sie nicht.

3. Einzelfragen

Der erste Fall des Art. 268 OR, die «stillschweigende Erneuerung» durch Vertragsfortsetzung, wurde in den Grundzügen dargestellt. Im Zusammenhang mit diesem Fall stellen sich nun verschiedene Einzelfragen, aus denen ich sechs herausgreifen will:

1. Die erste Frage geht dahin, ob Art. 268 OR auch dann anwendbar ist, wenn ein stillschweigend fortgesetzter Mietvertrag durch ordentliche oder außerordentliche *Kündigung* aufgelöst wurde.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 268 OR muß die Frage klar verneint werden. Art. 268 OR kommt nicht zur Anwendung, auch nicht analog. Seine Vermutung der Vertragserneuerung greift nicht Platz ²⁶. Immerhin ist beizufügen:

Auch ein durch Kündigung aufgelöster Mietvertrag kann von den Parteien durch Vertragsfortsetzung stillschweigend erneuert werden ²⁷, und für eine solche Erneuerung kann nach den individuell gegebenen Umständen sogar eine natürliche Vermutung ²⁸ sprechen. Nur: eine gesetzliche Vermutung spricht nicht dafür.

2. Die zweite Frage betrifft das Verhältnis zwischen der stillschweigenden Erneuerung (Art. 268 OR) und der *richterlichen Erstreckung des Mietvertrages* (Art. 267a ff. OR).

Sicher ist, daß eine stillschweigende Erneuerung durch Vertragsfortsetzung (Art. 268 OR) so lange ausgeschlossen bleibt, als die richterliche Erstreckungsfrist andauert. Wird aber der Mietvertrag mit Ablauf der Erstreckungsfrist aufgelöst, so sind zwei Tatbestände zu unterscheiden:

²⁶ SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 5 zu Art. 268 OR; anderer Meinung: BECKER, N 3 zu Art. 268 OR, und die herrschende deutsche Lehre zu § 568 BGB (statt vieler: PALANDT, zit. in Anm. 11, N 1 zu § 568 BGB). In den Motiven zum BGB (Band II, S. 413 ff.) heißt es insoweit, die Vorschrift des § 568 BGB auf Fälle zu beschränken, in denen der Mietvertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen wurde, sei bedenklich und werde den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht.

²⁷ Vgl. BGE 63 II 370, wo allerdings zu Unrecht angenommen wird, der erneuerte Vertrag sei ein vom bisherigen Mietvertrag verschiedener neuer Vertrag; ferner sinngemäß: BIZÜR 39, 1940, S. 39.

²⁸ DESCHENAUX, S. 264; KUMMER, N 362 zu Art. 8 OR.

Der aufgelöste Vertrag war «auf eine bestimmte Zeit» abgeschlossen und vom Richter nach Art. 267b OR erstreckt worden. Die richterliche Erstreckung des Mietvertrages bewirkte, daß die durch Vereinbarung bestimmte Vertragszeit (die vereinbarte Höchstdauer) verlängert wurde. Grund für die Vertragsauflösung bildet hier der Ablauf der bestimmten, wenn auch richterlich verlängerten Zeit. Einer Anwendung des Art. 268 OR steht, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, nichts entgegen.

Anders verhält es sich dann, wenn der Richter einen gekündigten Mietvertrag erstreckt (Art. 267a OR) und damit den Eintritt der Kündigungswirkung hinausgeschoben hatte. Hier beruht die Auflösung des Mietvertrages auf der erklärten Kündigung, deren Wirkung allerdings erst nach Ablauf der richterlichen Erstreckungsfrist eintrat²⁹. Auf Mietverträge, die durch Kündigung aufgelöst werden, findet Art. 268 OR jedoch keine Anwendung³⁰.

3. Die dritte Frage befaßt sich mit allfälligen *Bürgschaften* und *Pfandrechten*, die der Sicherung einer Hauptleistungspflicht des Mietvertrages dienen. Fraglich ist, ob die vorübergehende Auflösung des Mietvertrages (S. 371 f.) einen Grund dafür bildet, daß diese Sicherheiten für den erneuerten Mietvertrag nicht mehr haften. Die Frage stellt sich für die Leistungspflichten beider Parteien. Was den Mieter betrifft, so beschränke ich mich auf den praktisch wichtigsten Fall, da sich die gesicherte Mietzinspflicht auf die Erbringung zeitlich wiederkehrender Geldleistungen richtet. Zunächst behandle ich die Bürgschaft, dann die Pfandrechte.

Für die *Bürgschaft* ist die aufgeworfene Frage zu verneinen. Falls nämlich die Bürgschaft nicht bloß für die abgelaufene Höchstdauer des Mietvertrages bestellt wurde, folgt sie dem Schicksal der gesicherten Hauptleistungspflicht: Sie lebt also, wenn der Mietvertrag erneuert wird, zusammen mit der Hauptleistungspflicht wieder auf und sichert diese Pflicht auch fürderhin³¹.

Das Wiederaufleben einer Bürgschaft, zusammen mit der gesicherten Leistungspflicht, ist in Gesetz³², Literatur³³ und Rechtsprechung³⁴ für

²⁹ M. MOSER, Die Erstreckung des Mietverhältnisses, Diss. Freiburg 1975, S. 188.

³⁰ Anderer Ansicht offenbar M. MOSER, a.a.O., S. 159.

³¹ Im Ergebnis gleich: SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 12 zu Art. 268 OR und dort Zitierte; anderer Ansicht: BECKER, N 2 zu Art. 268 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 268 OR; anders auch die herrschende deutsche Meinung (statt vieler: SOERGEL/MEZGER, zit. in Anm. 21, N 4 zu § 568 BGB).

³² Art. 94 Abs. 2 und Art. 180 Abs. 1 OR. Vgl. dazu BECKER, N 20 zu Art. 92/94 und N 3 zu Art. 180 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 94 und N 5 zu Art. 180 OR.

³³ BECK, N 12 und N 32 zu Art. 509 OR, wonach im Fall des Art. 118 Abs. 2 OR

verschiedene andersartige Tatbestände anerkannt. Es rechtfertigt sich gerade auch beim vorliegenden Tatbestand, da die wiederaufgelebte Leistungspflicht nicht Bestandteil eines neuen Vertragsverhältnisses bildet, sondern der erneuerte Vertrag (mit der wiederaufgelebten Pflicht) das bisherige Mietverhältnis als einheitliches Schuldverhältnis ununterbrochen fortsetzt (vgl. S. 371).

Kein Gegenargument gegen die hier vertretene Ansicht bildet insbesondere der Grundsatz, daß die Stellung des Bürgen nicht einseitig durch das Verhalten von Hauptschuldner und Bürgschaftsgläubiger erschwert werden kann³⁵. Denn entweder wurde die Bürgschaft bloß für die abgelaufene Höchstdauer des Mietvertrages bestellt; dann lebt sie aus *diesem* Grunde nicht wieder auf. Oder sie wurde bestellt ohne die erwähnte Beschränkung³⁶; dann wird die Stellung des Bürgen durch die wiederaufgelebte Bürgschaft – im Verhältnis zur übernommenen Bürgschaftsverpflichtung – nicht erschwert.

Gleich wie mit der Bürgschaft verhält es sich auch mit den *Pfandrechten*. Auch sie leben, wenn der Vertrag erneuert wird, zusammen mit der gesicherten Hauptleistungspflicht wieder auf³⁷; es sei denn, es handle sich um Drittpfandrechte, die bloß für die abgelaufene Höchstdauer des Mietvertrages bestellt wurden³⁸. Der Fortbestand des Faustpfandes setzt allerdings voraus, daß das Pfandrecht nicht durch Besitzesverlust untergegangen ist³⁹.

«anzunehmen sein» wird, «daß auch die Bürgschaft wiederauflebt»; gleicher Meinung BECKER, N 10 zu Art. 118 OR. – BECK, N 12 zu Art. 509 OR, bejaht ferner die Weiterhaftung des Bürgen auch im Fall, «wo der Erlaß der Hauptschuld nachträglich wegen Willensmängeln mit Erfolg angefochten wird»; ebenso, allerdings auf den kausalen Erlaß einschränkend, GUHL, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942, S. 119.

³⁴ BGE 64 III 154, wonach im Fall des Art. 291 Abs. 2 SchKG «mit der Hauptschuld auch die Bürgschaften wieder aufleben».

³⁵ Vgl. BECK, N 11 zu Art. 499 OR; GIOVANOLI, N 10 zu Art. 499 OR; OSER/SCHÖNENBERGER, N 18 ff. zu Art. 499 OR; GUHL, zit. in Anm. 33, S. 68 f.; v. BÜREN, S. 296. Siehe für das deutsche Recht: § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB und z. B. LARENZ, zit. in Anm. 25, S. 358.

³⁶ Z. B. in einem Fall, da Mieter und Vermieter erst nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages eine Höchstdauer des Mietvertrages vereinbarten.

³⁷ SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 11 und 12 zu Art. 268 OR.

³⁸ Ist Pfandgeber eine Vertragspartei und das Pfand nur für die Höchstdauer der Miete bestellt, so wird mit der stillschweigenden Erneuerung des Mietvertrages die Verpfändung stillschweigend verlängert (vgl. BECKER, N 2 zu Art. 268 OR), sofern eine solche Verlängerung nicht an den Formvorschriften des Gesetzes (Art. 799 Abs. 2 und 900 Abs. 2 ZGB) scheitert.

³⁹ Art. 888 ZGB; dazu TUOR/SCHNYDER, S. 699 f.

4. Die vierte Frage ist jene nach der *Beweislast*. Sie zerfällt ihrerseits in verschiedene Einzelfragen:

Zunächst fragt es sich, wer die Tatsachen zu beweisen hat, an deren Existenz die Vermutung des Art. 268 OR anknüpft. Oder anders ausgedrückt: Es fragt sich, wer die Beweislast für die *Vermutungsbasis* trägt.

Sicher hat derjenige Teil (Mieter oder Vermieter), der sich als Vermutungsträger auf die vermutete Vertragserneuerung beruft, den Nachweis zu erbringen, daß der Mietvertrag «auf eine bestimmte (Höchst-) Zeit» abgeschlossen (S. 365) und nach Ablauf dieser Zeit bewußt fortgesetzt wurde (S. 366 ff.). Hingegen braucht er nicht zu beweisen, daß die Fortsetzung stillschweigend (S. 368 f.) geschah. Das Beweisrisiko für diese Tatsache liegt vielmehr beim Vermutungsgegner: Er hat zu beweisen, daß unverzüglich entweder Widerspruch erhoben (S. 368)⁴⁰ oder eine ausdrückliche Vereinbarung über die Vertragsfortsetzung getroffen wurde (S. 369). Wollte man anders entscheiden, so wäre das Ergebnis unbillig. Der Vermutungsträger würde alsdann mit einem Beweis belastet, den er nur schwer oder überhaupt nicht erbringen könnte; die Vermutung des Art. 268 OR verlöre an Wert und die Gesetzesbestimmung könnte ihren Zweck nur beschränkt erreichen.

Diese Beweislastverteilung, welche den Vermutungsträger vom Nachweis des für die Vermutung vorausgesetzten Stillschweigens befreit, widerspricht zwar dem allgemein anerkannten Lehrsatz, wonach die Vermutungsbasis vom Träger der Vermutung zu beweisen ist⁴¹. Der Widerspruch ist jedoch ein nur scheinbarer. Denn der Lehrsatz kann vernünftigerweise nicht besagen, daß der Vermutungsträger in jedem Falle das Beweisrisiko für sämtliche Tatsachen trägt, an welche die Vermutung als Rechtsfolge anknüpft⁴². Vielmehr gilt der Satz nur insoweit, als nicht – wie vorliegend – eine Abweichung gerechtfertigt ist: derart, daß für einzelne («rechtshindernde»⁴³) Tatsachen der Vermutungsgegner

⁴⁰ Vgl. ROSENBERG, AcP 94, 1903, S. 26; derselbe, Die Beweislast, Berlin 1923, S. 287; vgl. sinngemäß auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 43 zu Art. 6 OR und KUMMER, N 236 zu Art. 8 ZGB; ferner PALANDT, zit. in Anm. 11, N 4 zu § 568 BGB; ferner SOERGEL/MEZGER, zit. in Anm. 21, N 9 zu § 568 BGB. – *Einschränkung*: Beweislast des Vermutungsträgers, wenn er die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs mit der Behauptung bestreitet, er oder der Vermutungsgegner habe früher (als von diesem angegeben) von der Fortsetzung des aufgelösten Mietvertrages gewußt.

⁴¹ Z. B. DESCHENAUX, S. 266 f.; KUMMER, N 333 ff. zu Art. 8 ZGB; ROSENBERG, Die Beweislast, Berlin 1923, S. 246 und 259; LEIPOLD, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966, S. 92 f.

⁴² Es verhält sich gleich wie bei andern Rechtsfolgen. «Das Beweisrisiko vollumfänglich dem die Rechtsfolge Behauptenden zu überbinden, ist nicht vertretbar» (KUMMER, N 127 zu Art. 8 ZGB).

⁴³ Die «rechtshindernden» Tatsachen unterscheiden sich von den «rechtsbegrün-

die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Solche Tatsachen können meines Erachtens durchaus zur Vermutungsbasis gehören⁴⁴. Denn die Vermutung knüpft an die *Existenz* der von ihr vorausgesetzten Tatsachen an, nicht an deren Erwiesensein⁴⁵. Sie begründet zwar eine «Umkehr der Beweislast» hinsichtlich des Vermutungsgegenstandes (des Vermuteten), sagt aber nichts darüber aus, wer das Beweisrisiko für diese oder jene Tatsache der Vermutungsbasis trägt.

Die Vermutung des Art. 268 OR kann widerlegt werden durch qualifizierten *Beweis des Gegenteils* (S. 373 f.); außerdem spielt sie nur unter Vorbehalt *abweichender Vereinbarungen*, welche die Parteien vor Ablauf der Höchstdauer geschlossen haben (S. 374 ff.). Wer die Vermutung widerlegen will oder eine abweichende Vereinbarung behauptet, der trägt die Beweislast.

5. Bei der fünften Frage geht es um den *Zeitpunkt, an dem die vermutete Erneuerung eintritt*. Auszugehen ist davon, daß die Rechtsvermutung des Art. 268 OR in der tatsächlichen Vermutung gründet, die Parteien hätten durch ihr Verhalten nach der Vertragsauflösung eine stillschweigende Vereinbarung über die Erneuerung des Mietvertrages getroffen (S. 370).

Wann nun aber die Gestaltungswirkung einer Vereinbarung eintritt, darüber enthält Art. 10 OR zwei Regeln. Danach fällt die Wirkung (beim Vertragsabschluß unter Abwesenden) nicht etwa zusammen mit dem Abschluß des Erklärungsaustausches. Vielmehr wird sie – je nach Tatbestand – zurückbezogen auf den Zeitpunkt, «wo die Erklärung der Annahme zur Absendung abgegeben wurde» (Abs. 1) oder der Empfang des Antrages stattfand (Abs. 2).

Keine der beiden Regeln ist zugeschnitten auf den vorliegenden Sonderfall, da die (vermutete) Erneuerungsabrede durch ein schlüssiges Dauerverhalten beider Parteien zustandekommt. Für diesen Fall, in dem es weder einen Empfang des Antrages noch eine Absendung der Annahmeerklärung gibt, rechtfertigt es sich, die Wirkung der Vereinbarung

denden» nicht durch die materiell-rechtliche Wirkung; vielmehr unterscheiden sie sich nur dadurch, daß derjenige, der die Rechtsfolge (hier: die Vermutung) verneint, die Beweislast dafür trägt (treffend: LEIPOLD, zit. in Anm. 41, S. 42). Welche Tatsachen «rechtshindernd» sind, ist – wo nicht vom Gesetz gesagt – «nur derweise zu finden, daß geprüft wird, wer billigerweise die Beweislast tragen soll» (KUMMER, N 166 zu Art. 8 ZGB).

⁴⁴ Es ist also nicht so, daß der Vermutungsgegner das Beweisrisiko nur für solche Tatsachen trägt, die «vermutet» sind.

⁴⁵ Mißverständnis: KUMMER, N 319 zu Art. 8 ZGB.

zurückzubeziehen auf den Zeitpunkt, von dem an der Mieter den Mietgegenstand trotz Kenntnis der eingetretenen Vertragsauflösung fortzubenutzen begann.

Bejaht man einen solchen Rückbezug, so tritt, von seltenen Ausnahmen abgesehen, die Erneuerungswirkung unmittelbar nach der Vertragsauflösung ein. Kaum aufgelöst, besteht der Vertrag erneut mit dem «alten» Inhalt, den er vor der Auflösung hatte (S. 371 f.).

6. Die sechste Frage schließlich beschlägt den Sachverhalt, da der Mieter den Mietgegenstand nach Ablauf der Mietzeit *weitergebraucht*, obwohl der Mietvertrag nicht erneuert wird, sondern aufgelöst und damit im Liquidationsstadium bleibt. Es fragt sich, ob der Vermieter für den Fortgebrauch der Mietsache nur Schadenersatz verlangen oder die Bezahlung von Mietzins fordern kann. Die Frage ist im zweiten Sinne zu entscheiden:

Es ist, was den Bestand einer Mietzinspflicht betrifft, so zu halten, wie wenn der Vertrag nicht aufgelöst worden wäre. Der Vermieter hat für die Dauer, da ihm die Mietsache vorenthalten wird, eine vertragsähnliche Mietzinsforderung (BGE 63 II 371 ff.; § 557 BGB); es sei denn, er habe auf eine solche Forderung verzichtet. Der Mieter schuldet einen angemessenen, mindestens aber den vormals vereinbarten Mietzins. Rechtsgrund für diese Schuld bildet die faktische Inanspruchnahme der Vermieter-Leistung⁴⁶. Was vorliegt, ist ein dem Liquidationsverhältnis übergelagertes faktisches Schuldverhältnis.

III. «Stillschweigende Erneuerung» bei Nichtkündigung

Dieser zweite Fall des Art. 268 OR weist gegenüber dem behandelten ersten Fall (S. 365 ff.) wesentliche Unterschiede im Tatbestand auf.

1. Der Tatbestand

Er besteht nach dem Wortlaut des Art. 268 OR darin, daß der Mietvertrag «auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen» wurde und «von keiner Seite die vertraglich vorgesehene Kündigung» erfolgt ist. Im einzelnen:

⁴⁶ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 561 zu Art. 1 OR.

1. Zum Tatbestand gehört zunächst, daß die Parteien des Mietvertrages eine *Kündigung vertraglich vorgesehen* haben. Das heißt hier: die Parteien haben vereinbart, daß ordentlicher Auflösungsgrund des Mietvertrages die Kündigung sei und jede Partei das Recht zur ordentlichen Kündigung habe.

2. Sodann gehört zum Tatbestand, daß die Parteien das vertragliche Kündigungsrecht eingeschränkt haben. Und zwar haben sie es dadurch eingeschränkt, daß sie den Mietvertrag *«auf eine bestimmte Zeit»* abschlossen. Das bedeutet:

Die Parteien haben (ausdrücklich oder stillschweigend) verabredet, eine Vertragsauflösung kraft ordentlicher Kündigung sei während einer durch Vereinbarung bestimmten Zeitdauer ausgeschlossen. Zum Beispiel haben sie vereinbart, der Vertrag könne erstmals auf das Ende einer zweijährigen Vertragsdauer (oder auf einen bestimmten andern Termin) gekündigt werden.

Diese durch Vereinbarung bestimmte Zeitdauer bildet die *«bestimmte Zeit»*, auf die der Vertrag im hier behandelten zweiten Fall abgeschlossen wurde. Im Unterschied zum ersten Fall des Art. 268 OR ist sie keine Höchstdauer, deren Ablauf ohne weiteres (also ohne Kündigung) zur Vertragsauflösung führt. Vielmehr ist sie eine *reine Mindestdauer*⁴⁷. Als solche läßt sie den Vertrag zwar über ihr Ende hinaus unaufgelöst fortbestehen; doch verhindert sie, daß der Mietvertrag schon vor ihrem Ablauf durch ordentliche Kündigung aufgelöst wird. Eine wirksame Kündigung ist – nach dem Willen der Parteien – für die Vertragsauflösung erforderlich, jedoch erst möglich auf den *«Termin»* (Art. 292 OR), an dem die vereinbarte Dauer (die *«bestimmte Zeit»*) abläuft⁴⁸.

3. Schließlich ist die durch Vereinbarung *«bestimmte Zeit»* (also: die vereinbarte Mindestdauer) ohne Kündigung abgelaufen. Die *vertraglich vorgesehene Kündigung erfolgte von keiner Seite*: beide Parteien haben es unterlassen, den Mietvertrag auf das Ende der vereinbarten Dauer (wirksam) zu kündigen.

⁴⁷ SCHÖNENBERGER/SCHMID, N 3 zu Art. 268 OR; zur Mindestdauer im allgemeinen: GAUCH, zit. in Anm. 1, S. 23 und 41.

⁴⁸ Exakt das gleiche meint übrigens auch Art. 335 Abs. 3 OR mit dem Satzteil, wonach *«der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit bestimmter Vertragszeit eine Kündigung voranzugehen»* hat.

2. Die Rechtsfolge

Nach dem Wortlaut des Art. 268 OR verbindet sich mit dem umschriebenen Tatbestand der Nichtkündigung die gleiche Rechtsfolge wie mit dem Tatbestand der stillschweigenden Vertragsfortsetzung:

Der Vertrag *«gilt in Ermangelung anderer Vereinbarungen ... als auf unbestimmte Zeit erneuert.»* Dieser Rechtsfolgesatz ist zugeschnitten auf den ersten Fall des Art. 268 OR. Auf die Rechtslage beim hier behandelten Tatbestand paßt er hingegen nur ungenau. Denn:

1. Beim vorliegenden Tatbestand der Nichtkündigung steht fest, daß der Mietvertrag nicht aufgelöst wurde. Weder wurde er aufgekündigt; noch führte der Ablauf der *«bestimmten Zeit»* – als einer reinen Mindestdauer – zur Vertragsauflösung. *Folglich besteht der Mietvertrag unaufgelöst fort, und zwar* (mangels anderer Vereinbarung) *mit dem bisherigen Inhalt*, namentlich mit den bisherigen Hauptleistungspflichten der Parteien. Eines allerdings hat sich geändert:

Die vereinbarte Mindestdauer des Mietvertrages (die *«bestimmte Zeit»*) ist abgelaufen. Von jetzt an besteht der Vertrag (mangels anderer Vereinbarung) *auf unbestimmte Zeit* und kann daher ohne vertragliche Beschränkung nach den Vorschriften des Art. 267 OR gekündigt werden. Vorbehalten bleiben immerhin die einschränkenden Bestimmungen der Art. 267a ff. OR.

2. Die geschilderte Rechtslage versteht sich von selbst; so sehr, daß Art. 546 Abs. 3 OR bei der einfachen Gesellschaft auf die Regelung des analogen Falles verzichten konnte. Sie ergibt sich unmittelbar aus dem Tatbestand und bedarf daher keiner gesetzlichen *Vermutung*. Der Rechtsfolgesatz des Art. 268 OR, wonach der Mietvertrag bei Nichtkündigung als erneuert *«gilt»*, ist schon deswegen ungenau. Er enthält eine Rechtsvermutung, wo es nichts zu vermuten und keine Vermutung zu widerlegen gibt.

3. Dazu kommt, daß der Ausdruck *«Erneuerung»* im vorliegenden Zusammenhang verfehlt ist. Dies in zweifacher Hinsicht:

- Der Ausdruck erweckt einerseits den Anschein, der fortbestehende Mietvertrag sei ein *«neuer» Vertrag*. Das jedoch trifft in keiner Weise zu: Weder ist der fortbestehende Mietvertrag ein neues (vom bisherigen Mietvertrag getrenntes) Mietverhältnis; noch ist er (wie im ersten Fall) ein Vertrag, der vorübergehend aufgelöst war (vgl. S. 371 f.). Vielmehr haben sowohl das Vertragsverhältnis als Ganzes wie auch dessen Hauptleistungspflichten ununterbrochen fortgedauert.

- Andererseits erweckt das Wort «Erneuerung» den falschen Eindruck, der Fortbestand des Mietvertrages mit dem bisherigen Inhalt beruhe auf einer besondern (zum ursprünglichen Vertragsabschluß hinzutretenden) Parteiabrede. Offenbar ließ sich der Gesetzgeber von der *Annahme leiten, die Parteien würden durch die Nichtkündigung des Vertrages eine stillschweigende Vereinbarung über dessen Fortsetzung schließen* (so auch GUHL/MERZ/KUMMER, S.351f.)⁴⁹. Diese Annahme vermöchte zu erklären, weshalb der Gesetzgeber den Fall der Nichtkündigung zusammen mit dem (ersten) Fall der Vertragsfortsetzung im gleichen Artikel geregelt und unter den Randtitel «*Stillschweigende Erneuerung*» gestellt hat.

Die erwähnte Annahme ist lebensfremd⁵⁰ und zudem überflüssig. Es bedarf ihrer nicht, um den Fortbestand des Mietvertrages mit dem bisherigen Inhalt zu begründen. Dieser Fortbestand beruht auf dem ursprünglichen Vertragsabschluß und der schlichten Tatsache, daß ein Auflösungsgrund nicht eingetreten ist. Von einer «stillschweigenden Erneuerung» des Vertrages kann daher – beim Tatbestand der Nichtkündigung – sinnvollerweise überhaupt nicht gesprochen werden. Soweit im vorliegenden Artikel der Ausdruck dennoch verwendet wird, geschieht dies einzig, um den Zusammenhang mit der Terminologie des Gesetzes zu wahren.

4. Zutreffend allerdings ist der *Vorbehalt anderer Vereinbarungen*, den Art.268 OR enthält. So können die Parteien schon zum voraus (noch vor Ablauf der Mindestdauer) wirksam vereinbaren:

- daß der ungekündigte Mietvertrag nach Ablauf der Mindestdauer mit teilweise verändertem Inhalt fortbesteht, indem z.B. der Mieter von nun an höhere Zinsen schuldet;
- daß für den fortbestehenden Mietvertrag eine neue Mindestdauer, eine Höchstdauer oder eine Höchst- und Mindestdauer zugleich gilt;
- daß andere Kündigungsfristen oder Termine gelten, als Art.267 Abs.2 OR vorsieht.

Vereinbaren aber die Parteien, daß der Mietvertrag mit Ablauf der vertraglich «bestimmten Zeit» ohne weiteres (also ohne Kündigung)

⁴⁹ In diese Richtung weist auch die Formulierung des Art. 418p OR, wonach (beim Agenturvertrag) die «beiderseitige Unterlassung» der Kündigung «als Erneuerung des Vertrages» gilt.

⁵⁰ GIERKE, zit. in Anm. 18, S. 517, Anm. 42.

aufgelöst wird, so liegt nicht der Tatbestand vor, um den es hier geht. Die «bestimmte Zeit» ist alsdann keine reine Mindestdauer, sondern eine Höchstdauer.

3. Einzelfragen

Auch für den zweiten Fall des Art. 268 OR stellen sich verschiedene Einzelfragen, von denen ich abschließend einige behandeln will:

1. Die erste Frage betrifft den *Tatbestand*. Er setzt nach Art. 268 OR voraus, daß die Parteien eine (ordentliche) Kündigung *vertraglich* vorgesehen und das vorgesehene Kündigungsrecht durch eine vereinbarte Mindestdauer beschränkt haben.

Möglich ist nun aber auch, daß die Parteien zwar eine Mindestdauer vereinbaren, nicht aber eine Kündigung vertraglich vorsehen. Alsdann haben sie zwar kein vertragliches, wohl aber ein gesetzliches Kündigungsrecht (Art. 267 Abs. 1 OR), das durch die vereinbarte Mindestdauer beschränkt ist. Jede Partei kann den Mietvertrag von Gesetzes wegen ordentlich kündigen, jedoch frühestens auf das Ende der vereinbarten Mindestdauer. Unterbleibt diese gesetzliche Kündigung, so fragt es sich, ob die Rechtslage nach Ablauf der Mindestdauer eine andere ist als beim Tatbestand, da eine vertragliche Kündigung unterbleibt. Die Frage ist zu verneinen. Ob die unterbliebene Kündigung eine vertragliche oder gesetzliche ist, hat keinen Einfluß auf die erwähnte Rechtslage.

2. Die zweite Frage geht dahin, ob allfällige *Bürgschaften* und *Pfandrechte* (insbesondere zur Sicherung der Mietzinspflicht) mit Ablauf der Mindestdauer erlöschen oder für das fortbestehende Mietverhältnis weitergelten.

Da der Ablauf der Mindestdauer das ungekündigte Mietverhältnis unaufgelöst fortbestehen läßt, bietet diese Frage keine Schwierigkeit. Sie kann ohne weiteres im zweiten Sinne beantwortet werden. Die Sicherheiten gelten über die Mindestdauer hinaus auch für das fortbestehende Mietverhältnis; es sei denn, sie wären nach dem Inhalt des Bürgschafts- oder Pfandvertrages nur für die Zeit der abgelaufenen Mindestdauer bestellt worden oder aus einem andern Grund erloschen.

3. Die letzte Frage ist jene nach der *Beweislast*. – Wer behauptet, der Mietvertrag sei auf das Ende der Mindestdauer aufgelöst worden, hat zu beweisen, daß der Vertrag auf diesen Zeitpunkt aufgekündigt wurde. Ebenfalls trägt die Beweislast, wer behauptet, die Parteien hätten eine der in Art. 268 OR vorbehaltenen Vereinbarungen (S. 384) getroffen.