

# ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MG170024-L vom 12. November 2019

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2019-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_MG170024-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MG170024-L)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MG170024-L du 12 novembre 2019

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MG170024-L del 12 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 8

Dezember 2016 sämtliche Fensterdichtungen ausgetauscht worden sind. Ausserdem wurde beim Augenschein festgestellt, dass bei geschlossenem Fenster der Verkehr in der Wohnung der Kläger kaum zu hören und innerhalb der Wohnung auch keine Zugluft zu spüren ist. Am Tag des Augenscheins herrschten eher milde, herbstliche Wetterverhältnisse und die Aussenwirtschaft des „R.“ war nicht in Betrieb. Dennoch lassen schon diese Erkenntnisse zumindest den Schluss zu, dass die Fenster in der Wohnung an einem ruhigeren Nachmittag bei milden Wetterverhältnissen ihre Grundfunktionen schon zur Zeit des Vertragsschlusses erfüllt haben müssen. Die gewonnenen Eindrücke werden im Kern bestätigt durch das eingeholte Gutachten, welches für die meisten Fenster im Objekt das Baujahr auf 1990 schätzt, mit Ausnahme der aus dem Jahre 2013 stammenden, besseren Verglasung im Zimmer 2 (...; vgl. zur Benennung der Räume den Grundrissplan ... sowie die Bezeichnungen im Vermessungsplan ...). Auch in der Expertise konnten keine Mängel an den im Jahre 2016 fachmännisch gerichteten Fensterdichtungen festgestellt werden; der Experte bzw. dessen Mitarbeiterin führte ebenfalls einen Blatttest durch und kam zum gleichen Ergebnis wie das Mietgericht. Was die verschiedenen Fenstertypen in der Wohnung angeht, geht aus dem Gutachten hervor, dass in den drei Räumen zur D.-strasse hin drei unterschiedliche Verglasungen eingebaut und deren Wärmedurchgangskoeffizienten auf ca. 1.5 W/m<sup>2</sup>K (Zimmer 1, linker Fensterflügel), ca. 1.3 W/m<sup>2</sup>K (Zimmer 2) sowie 2.8 W/m<sup>2</sup>K (restliche Fenster) zu schätzen sind. Diese entsprechen, mit Ausnahme des Fensters in Zimmer 2, nicht mehr den heutigen Anforderungen an den Wärmeschutz und einem Wärmedurchgangskoeffizienten von ca. 1.3 W/m<sup>2</sup>K. Den Fenstern haftet nach der Beurteilung im Gutachten kein Defekt an, der die technische Schalldämmung verschlechtert. Auch die ältesten der installierten Fenster würden ein bewertetes Bau-Schalldämmmass R' von 31 dB aufweisen, wobei 45, w unter der Berücksichtigung der Spektrum-Anpassungswerte C von -1 dB und C<sub>tr</sub> von -4 dB ein Gesamtwert für die Luftschalldämmung D von 33 dB resultiere. Diese Schalldämmung entspreche einer Normalverglasung, wie sie auch heute noch häufig in Wohngebäuden ohne Aussenlärm-Belastung oder bei gering lärmempfindlichen Räumen eingesetzt werde. Der von der SIA-Norm 181/2006 geforderte Anforderungswert D von 38 dB werde nicht erfüllt. Im vorliegenden Fall sei e

- 12 - jedoch bei bestehenden Bauteilen die SIA-Norm 181/1988 heranzuziehen, gemäss welcher eine Standard-Schallpegeldifferenz D von 35 dB zu erfüllen sei. nT,w Der Einwand der Kläger, dass der Fensteranpressdruck nicht der einzige Parameter sei, der überprüft werden müsse, da abbröckelnde Fensterrahmen für die Dichtigkeit ebenfalls von Relevanz seien, sowie dass eine nachvollziehbare Begründung hinsichtlich der Schlussfolgerung

fehle, dass die Fenster ausreichend vor Zugluft und Wind schützen würden ist nicht stichhaltig: Beim gerichtlichen Augenschein vom 8. November 2017 konnten keine undichten Stellen selbst an den Fensterrahmen festgestellt werden, deren Farbe abgeblättert war (...). Auch das Gutachten erwähnt nichts Derartiges, und zwar obwohl es den Zustand insbesondere der Balkontür durchaus kritisch beleuchtet und die Erwartung zum Ausdruck bringt, dass ein Fensterersatz in den nächsten Jahren „vermutlich anstehen“ werde, weil die dort sichtbaren Schäden ohne Massnahmen weiterhin zuzunehmen drohten. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass abblättrender Lack nicht mit einem undichten Fensterrahmen oder gar einer generell undichten Bausubstanz zu vergleichen ist. Sodann kann auch nicht allein aus der Tatsache, dass die Fenster nicht mehr den heutigen Anforderungen an den Wärme- bzw. Schallschutz genügen, auf eine Mangelhaftigkeit geschlossen werden. Wie bereits ausgeführt wurde, haben die Kläger gewisse Unzulänglichkeiten eines Altbaus hinzunehmen. Es obläge ihnen darzulegen, inwiefern die gegenüber den heute gebräuchlichen Fenstern doppelt so hohen Wärmeverluste oder eine beeinträchtigte Behaglichkeit, die gemäss dem Gutachten aus den vorliegenden Wärmedämmwerten resultieren kann, unter den gegebenen Voraussetzungen als Abweichung vom vereinbarten, zum vorausgesetzten Gebrauch der Sache als Wohnung durchaus tauglichen Zustand der Sache zu erachten sind. Sie verkennen mit ihrer Argumentation die Tragweite von Art. 256 Abs. 1 OR resp. Art. 259a Abs. 1 lit. a OR, denn diese Bestimmungen sehen keine generelle Modernisierungspflicht des Vermieters vor. Eine solche steht dann zur Diskussion, wenn das Mietobjekt beispielsweise eine Gefährdung von Leib und Leben der Mieter nach sich zieht oder zumindest zu einer Komforteinbusse im Vergleich zum vereinbarten bzw. vorauszusetzenden Zustand der Mietsache führt – und sei es nur durch eine erhebliche Veränderung der äusseren

- 13 - Bedingungen (dazu nachfolgend E. IV.1.2.2). Die anwendbaren technischen Normen allein sind höchstens ein Indiz für einen Mangel. Gegen einen solchen im beschriebenen Sinne schon zur Zeit des Vertragsschlusses spricht, dass die Baubehörden den aktuellen Zustand eines Objektes trotz inzwischen angehobenem Standard weiterhin tolerieren. Entgegen der Auffassung der Kläger weist die Beilage 3 des Gutachtens keinen Luftschalldämmwert D von 27 dB aus, sondern lediglich ein unter der Berücksichtigung des Spektrum-Anpassungswertes C von -4 dB errechnetes Bauteilschalldämmmass R' von 27 dB. Der Argumentation der Kläger, dass der Gesamtwert der Luftschalldämmung D von 33 dB weder den Anforderungen der e,tot SIA-Norm 181/2006 noch denjenigen der SIA-Norm 181/1988 standhält, ist entgegenzuhalten, dass der geforderte Wert von dem damaligen Beurteilungsschallpegel abhängig ist. Dazu konnte sich der Experte naturgemäss gerade nicht äussern. Als überzeugend erweist sich hingegen das Argument der Beklagten, dass die notwendigen Anforderungswerte zum Zeitpunkt des Einbaus erfüllt gewesen seien müssen, denn sonst wären die Fenster seitens der Baubehörde nicht abgenommen worden. Vor dem Hintergrund, dass den Fenstern kein Defekt anhaftet, der die Schalldämmung zu verschlechtern vermag, ist davon auszugehen, dass die Fenster die damaligen Anforderungswerte auch heute noch erfüllen, dass sich mithin die Mietsache jedenfalls zur Zeit des Vertragsschlusses in vertragskonformem Zustand befand. 1.2.1.3. Die weiteren offerierten Beweismittel sind für das Beweisthema unter den geschilderten Vorzeichen unabhängig vom Ergebnis einer Abnahme nicht geeignet, die vorstehenden Schlüsse infrage zu stellen: Eine Parteibefragung der Kläger oder eine Zeugenbefragung des Nachbarn J. könnten lediglich Auskunft über das subjektive Empfinden der Kläger oder des genannten Zeugen geben, welches für die Beurteilung der

Streitigkeit wie gezeigt nicht massgeblich ist. J. bewohnt zudem die Wohnung über derjenigen der Kläger, die, wie von den Klägern geschildert, oberhalb der Traufe der Liegenschaft gelegen [d.h. durch diese abgeschirmt] und nicht den gleichen Immissionen ausgesetzt ist wie das Mietobjekt und zudem auch sonst durchaus nicht die gleichen Eigenschaften zu haben braucht wie dieses (...). Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern eine allfällige Aussage

- 14 - der Kläger oder J.s zum Beweis, dass die Fenster des Mietobjekts ihre Grundfunktionen nicht erfüllen, geeignet sein sollte, die Schlüsse – insbesondere aus dem Gutachten – in Zweifel zu ziehen. Auch die Aussage des während des Augenscheins angetroffenen potentiellen Zeugen J., dass in einer weiteren Wohnung der entsprechenden Liegenschaft die Fenster bereits vor zehn Jahren ausgetauscht worden seien, lässt keinen Rückschluss auf den Zustand und die Funktion der Fenster des Mietobjekts der Kläger zu, sondern bestätigt letztlich nur die unterschiedlichen Eigenschaften der verschiedenen Mietwohnungen im Haus. Auch auf die von der Beklagten offerierten Gegenbeweismittel (Wohnungsabnahme-Protokoll vom 28. Februar 2013 ...; Offerte vom 25. Februar 2013 und Rechnung vom 12. März 2013 des Schreiners P., ...; Zeugenaussagen von L. und M. über die damals sowie die im Jahre 2016 getätigten Arbeiten [der Schreinerfirma P.] ...; Stellungnahme des Schreiners P. vom 5. April 2017 ...) braucht damit nicht eingegangen zu werden. 1.2.2. Mangelhaftigkeit durch die Inbetriebnahme des „R.“ 1.2.2.1. Was die von der Beklagten ebenfalls in Abrede gestellte Angabe der Kläger betrifft, seit Inbetriebnahme des „R.“ hätten sich die Lärmimmissionen akzentuiert, insbesondere durch die von den Gästen und dem Zusammenräumen der Stühle und Tische in der Nacht ausgehenden Geräusche, kann der Beklagten nicht gefolgt werden, soweit sie dafürhält, eine Mangelhaftigkeit der Sache scheide schon deshalb aus, weil mit Blick auf die nähere (städtische, im Ausgeviertel liegende) Umgebung der Liegenschaft mit einer Umnutzung zum Café zu rechnen gewesen sei. Entscheidend ist einzig, ob die Veränderung zu einer relevanten Abweichung vom vereinbarten Zustand geführt hat oder nicht. Da keine Seite geltend macht, es seien besondere Abreden zu den insbesondere in der Nacht auftretenden Immissionen getroffen worden, ist auch für die Frage nach dem Vorliegen einer Abweichung vom vertragskonformen Zustand im Lichte des Vertrauensprinzips gemäss Art. 1 und 18 OR grundsätzlich der Zustand der Sache massgeblich, wie er beim Vertragsschluss bestand. 1.2.2.2. Unbestritten ist, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in den Räumen des heutigen „R.“ ein Finanzinstitut betrieben wurde, von welchem insbesondere

- 15 - nachts keine Emissionen ausgingen. Aus Sicht vernünftiger und redlicher Vertragspartner mussten und durften beide Seiten davon ausgehen, dass die Vermieterin im Erdgeschoss nicht eine Nutzung gestatten würde, die zu erheblichen zusätzlichen Lärmimmissionen führen würde, insbesondere zu Schlafstörungen. 1.2.2.3. Im Rahmen des Augenscheins am 8. November 2017 konnte festgestellt werden, dass sich die Wohnung und insbesondere das Schlafzimmer der Kläger im 4. Obergeschoss direkt über dem „R.“ bzw. unmittelbar neben dessen Aussenbestuhlung befindet. Zudem reichten die Kläger anlässlich der Hauptverhandlung ein Foto der Aussenwirtschaft des „R.“ in einer Sommernacht zu den Akten. Aus all dem kann gefolgert werden, dass die Kläger tatsächlich von den Immissionen des „R.“ betroffen sind. Sowohl der Augenschein als auch das ins Recht gereichte Foto erlauben jedoch keine Aussage über die Intensität der Immissionen und demnach auch keinen Rückschluss auf eine allfällige Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit der klägerischen Wohnung. Ausserdem kann dem Foto der

Aussenwirtschaft weder ein Datum noch eine Uhrzeit entnommen werden, sodass auch keine Aussagen zur Störung der Nachtruhe gemacht werden können. Daraus, dass sich angeblich lediglich die Kläger über Lärmimmissionen seit der Inbetriebnahme des „R.“ beschwert haben, kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die verschiedenen Mietverträge im Haus sind voneinander un- abhängig, und ob die jeweils Beteiligten ihre Rechte wahrnehmen oder nicht, ist allein ihre Sache. Aus den Verträgen Dritter, selbst denjenigen, die die Beklagte selber mit anderen Mieter/innen abgeschlossen hat, kann sie rechtlich betrachtet nichts ableiten. Hinzu kommt in tatsächlicher Hinsicht, dass die verschiedenen Objekte zwangsläufig nicht den gleichen Beeinträchtigungen ausgesetzt sind, ins- besondere nicht die Wohnungen im 5. Obergeschoss, die weiter entfernt von der Lärmquelle und oberhalb der Traufe der Liegenschaft gelegen sind. Die Gebrauchstauglichkeit der jeweiligen Objekte hängt auch von der vereinbarten Nutzung und – bis zu einem gewissen Grad – auch vom vereinbarten Zustand der Sache ab: Zweifelsohne kann nicht mit Beschwerden von den Mietern der Büro- räumlichkeiten im 2. und 3. Obergeschoss bezüglich abendlicher bzw. nächtlicher Lärmimmissionen gerechnet werden, werden die Büroräumlichkeiten abends und nachts doch für gewöhnlich nicht genutzt.

- 16 - 1.2.2.4. Gemäss dem Gutachten vom 20. Dezember 2018 sind in der Wohnung – konkret an den Messstellen im Zimmer 1 – im Beobachtungszeitraum vom 16. bis 19. August 2018 bei geschlossenen Fenstern während der ganzen Nacht jeweils als akzeptabel zu bezeichnende Dauerschallpegel von 26 bis 31 dB(A) aufgetreten. Auch wenn die Schallimmissionen bis Mitternacht nicht durchwegs und auch nicht genau dem Betrieb des „R.“ zugeordnet werden konnten (...), resultierten in der genannten Zeit in Zusammenhang mit dem Restaurationsbetrieb Pegelspitzen zwischen 31 und 36 dB(A), mithin Abweichungen von rund 1 bis 6 dB gegenüber dem Dauerschallpegel, was nach Einschätzung des Experten subjektiv als gering zu betrachten sei und nur zu seltenen zusätzlichen Aufwachreaktionen führt. Nach Betriebsschluss, also zwischen Mitternacht und 1.00 Uhr, waren durch das Zusammenräumen der Aussenbestuhlung Pegelspitzen zwischen 31 und 39 dB(A) zu verzeichnen, somit eine moderate Abweichung von 1 bis 9 dB, wodurch mit ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen pro Nacht zu rechnen sei (...). Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach jede Lärmbelastung, die den Schlaf objektiv stört, selbst dann zumindest als mittlerer Mangel im Sinne von Art. 259a OR zu qualifizieren ist, wenn der Belastung durch einen tiefen Miet- zins Rechnung getragen wird (BGer 4C.65/2002 vom 31. Mai 2002 E. 3c; vgl. dazu schon vorn E. IV.1.1.2), haftet dem Mietobjekt aufgrund der Schalldurchlässigkeit der Fenster und der Lärmimmissionen durch das „R.“ ein Mangel im mietrechtlichen Sinne an. Bei den gemessenen Pegeldifferenzen handelt es sich nicht mehr um vernachlässigbare Umweltgeräusche, welche die Aufmerksamkeit nur kurzfristig auf sich ziehen. Vielmehr führen insbesondere die Aufräumarbeiten der Aussenwirtschaft zu Aufwachreaktionen, die zweifelsohne die Toleranzgrenze übersteigen. Von der Beklagten wird zwar die Kausalität zwischen den gemessenen Aufwachreaktionen und dem Betrieb bzw. den Aufräumarbeiten des „R.“ bestritten, jedoch wird von der Beklagtenseite weder ein Gegenbeweis offeriert noch wurden hierzu Ergänzungsfragen gestellt. Gleiches gilt auch für den Einwand der Beklagten, dass nicht ersichtlich sei, wie sichergestellt worden sei, dass die Kläger die Mikrofone nicht verschoben und / oder die Fenster geöffnet haben. Sodann spricht auch die Tatsache, dass nach der offiziellen Schliessung des Aussenbetriebes um 0.00 Uhr noch dieselben Schallpegel und Lärmspitzen gemessen worden seien

- 17 - entgegen der Ansicht der Beklagten nicht dafür, dass die Aussagen im Gutachten nicht zutreffen können. Die Kläger führten diesbezüglich aus, dass die Gäste oftmals vor dem Lokal weiterdiskutieren würden, was von der Beklagten nicht bestritten wurde. Die Beklagte verkennt auch die Methode des Gutachtens: Es wurde gerade nicht nur der Schalldruckpegel gemessen, vielmehr wurden parallel dazu die Geräusche in ihrer Gesamtheit mit Mikrofonen aufgezeichnet. Dies erlaubte es dem Gutachter bzw. seiner Mitarbeiterin auch, die gemessenen Pegel den einzelnen Arten von Geräuschen zuzuordnen, wie aus den Diagrammen gemäss Beilage ... und besonders aus der Tabelle in ... hervorgeht. Für das Gericht gibt das Gutachten keinerlei Anlass dazu, an dessen Richtigkeit zu zweifeln, geschweige denn, dem Gutachter Spekulationen oder Manipulationen zu unterstellen, zumal auch die Beklagte dafür keine Anhaltspunkte genannt hat. Gleiches gilt für die Behauptung, die Kläger könnten die Mikrofone verschoben oder gar die Fenster geöffnet haben, um die Resultate zu verfälschen. Man hätte die Geräte schon abstellen müssen, damit die Manipulationen nicht feststellbar gewesen wären; dies hätte aber zu Aufzeichnungslücken geführt. Bei den von der Beklagten selbst – wenn auch nicht richtig – zitierten Daten des GIS-Browsers zum Strassenlärm im entsprechenden Abschnitt der D.-strasse wären im Falle geöffneter Fenster auch nicht Schalldruckpegel von weniger als 40 dB(A) gemessen worden: Für das Gutachten wurde auch untersucht, welcher Schalldruckpegel auf der Aussenseite der Fenster herrschte, denn nur so waren der Experte und seine Mitarbeiterin in der Lage, die Lärmdämmeigenschaften der installierten Fenster sowie die qualitativen Anforderungen an Fenster zu bestimmen, die das Problem zu beheben vermöchten (vgl. ...). Die bei der Antwort auf Frage 4 gemessenen Beurteilungspegel von 64 dB am Tag und 60 dB in der Nacht auf der Aussenseite der Fenster wären bei geöffnetem Zustand mit geringfügigen Abweichungen auch bei den Messungen im Raum verzeichnet worden. Deshalb ist es als erstellt zu betrachten, dass insbesondere die Aufräumarbeiten im „R.“ nach Mitternacht bis ca. 1.00 Uhr auch bei durchschnittlich empfindlichen Menschen zu einer bis zwei Aufwachreaktionen pro Nacht führen. Zwar wendet die Beklagte grundsätzlich zu Recht ein, dass weder die Lärmschutzverordnung noch die SIA-Norm 181/2006 eine Toleranzgrenze hinsichtlich der maximal zuläs-

- 18 - sigen Lärmbelastung durch den Betrieb von Restaurants und Gartenwirtschaften festlegen, jedoch verkennt sie dabei, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung trotz fehlender gesetzlich festgelegter Schwellenwerte davon ausgeht, dass jede objektiv den Schlaf störende Lärmbelastung einen Mangel im mietrechtlichen Sinne darstellt (vorn E. IV.1.1.2). Auch gemäss der Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt im Umgang mit Alltagslärm ist im Übrigen die Anzahl der Aufwachreaktionen objektiv anhand der gemessenen Lärmpegel zu bestimmen (siehe dazu BGer 1C\_383/2016 bzw. 1C\_409/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 4.3). Die gleiche Betrachtungsweise kommt grundsätzlich auch im Mietrecht zum Zuge, denn auch hier ist ohne besondere Vereinbarung der Parteien nicht die subjektive Empfindung einer Partei für die Beurteilung von Mängeln massgeblich, sondern eine objektive Betrachtungsweise. Deshalb ist der Akustiker durchaus in der Lage, auch ohne medizinische Ausbildung oder ärztliche Untersuchung der Kläger Aussagen zu den relevanten Schlafstörungen zu machen. In der neueren Forschung ergeben sich zudem Hinweise, dass nicht nur Aufwachreaktionen mit den typischen Folgen von Schlafmangel und Konzentrationsstörungen am Folgetag der Gesundheit abträglich sind. Selbst akustische Störungen, die nicht zum Aufwachen führen, können Krankheiten wie Bluthochdruck, Herzkrankheiten bis hin zum Herzinfarkt oder

Schlaganfall begünstigen, da der menschliche Körper vor allem auf Schallpegeldifferenzen empfindlich ist und auf jedes störende Geräusch mit der Ausschüttung von Stresshormonen reagiert, so- dass das Herz schneller schlägt und der Blutdruck sowie die Atemfrequenz stei- gen (vgl. zum Ganzen die Studie «Lärmbelastung in der Schweiz» des Bundes- amts für Umwelt, S. 9, abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch/dam/bafu/de/doku- mente/laerm/uz-umwelt-zustand/laermbelastung-in-der-schweiz.pdf.download.pdf/UZ-1820-D.pdf>, besucht am 16. Oktober 2019). Zu ähnlichen Schlüssen sind auch deutsche Be- hörden gekommen ([https://www.regierung.oberpfalz.bayern.de/leistungen/umwelt/info/ger\\_ quellen/ger\\_quellen.htm](https://www.regierung.oberpfalz.bayern.de/leistungen/umwelt/info/ger_ quellen/ger_quellen.htm), besucht am 16. Oktober 2019). Auch das Bundesgericht hat im Laufe der Zeit seine Rechtsprechung in Zusammenhang mit Fluglärm- und Glockenklang-Immissionen verschärft (a.a.O.) und bezieht mittlerweile eine ETH- Studie aus dem Jahr 2011 in seine Überlegungen mit ein, aus welcher hervorgeht, dass es wohl keine fixe, vom Schalldruckpegel abhängige Aufwachschwelle gibt. Zwar nimmt die Wahrscheinlichkeit des Aufwachens mit steigendem Maximalpegel

- 19 - zu. Sie erhöht sich indessen vermutlich auch schon bei Ereignissen, die akustisch nur unwesentlich aus dem Hintergrund hervortreten (BGer 1C\_383/2016 bzw. 1C\_409/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 5.2-6). Sind aber wie hier bei einer be- stimmten Lärmbelastung zusätzliche Aufwachreaktionen zu erwarten, bedarf das Vorliegen eines nachträglich entstandenen Mangels nach dem Gesagten keiner weiteren Begründung. Nicht zu hören ist auch der Einwand der Beklagten, der energieäquivalente Dau- erschallpegel innerhalb des Mietobjektes sei im vorliegenden Fall durch eine zu schmale Datenbasis verfälscht, denn insbesondere die kritischen Aufräumarbeiten der Mitarbeitenden des „R.“ verursachen bei geöffneter Aussenwirtschaft zwangs- läufig jede Nacht in etwa die gleichen Emissionen. 1.2.2.5. Insgesamt ist daher von einem nachträglich entstandenen Mangel in Form der zusätzlichen Immissionen durch die Aufräumarbeiten des „R.“ zwischen Mit- ternacht und ca. 1.00 Uhr auszugehen, allerdings mit einem Vorbehalt: Während des Augenscheins wurde festgestellt, dass die Wohnung über ein viertes Zimmer verfügt, welches in Richtung Innenhof gelegen ist (...). Hierzu führte die Klägerin 2 aus, dass es sich hierbei um ein Ausweichzimmer handle, welches sich direkt un- ter der Küche der Nachbarn befinde, weshalb es dort auch nicht leiser sei als im Schlafzimmer. Zudem erwarte sie ein Kind, sodass das Zimmer zwar nicht zur Zeit des Augenscheins, aber in Zukunft als Kinderzimmer genutzt werden müsse. Die Ausführungen der Klägerin 2 betreffend Geräuschimmissionen aus der Küche der Nachbarn sind wenig überzeugend, denn das Kochen und Hantieren mit Ge- schirr kann zwar durchaus geräuschvoll sein, doch erscheint es eher unwahr- scheinlich bzw. ungewöhnlich, dass solche Aktivitäten in der Nacht ausgeübt wer- den sollen und diese Geräusche somit den Schlaf stören. Schliesslich ist sie dies- bezüglich auch nie mit einer Beschwerde an die Beklagte gelangt – die Behaup- tung ist auch nicht Thema des vorliegenden Verfahrens. Es bleibt daher dabei, dass in der Wohnung zumindest ein Zimmer uneingeschränkt als Schlafzimmer genutzt werden kann.

- 20 - 1.3. Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Fenster im Mietobjekt technisch ihre Grundfunktionen erfüllen, weshalb die Mietsache bei deren Über- gabe bzw. beim Vertragsschluss nicht mangelhaft war. Jedoch ergibt sich vorlie- gend unter Würdigung der erhobenen Beweismittel, dass die erhebliche Akzentu- ierung der Lärmimmissionen im Zusammenhang mit der Vermietung der Räum- lichkeiten durch die Beklagte an die Betreiberin des „R.“ zu einem nachträglich aufgetretenen Mangel führte, weil die bestehende Schallisolation in den Zimmern 1-3 aus objektiver Warte – also

unabhängig von der subjektiven Lärmempfindlichkeit der Kläger – ein bis zwei zusätzliche Aufwachreaktionen in Zusammenhang mit den Aufräumarbeiten der Mitarbeitenden des „R.“ in der warmen Jahreszeit nicht zu verhindern vermag, sodass eine wichtige Wohnfunktion (Nachtruhe) beeinträchtigt erscheint. Da die Wohnung zum Zwecke des Wohnens vermietet worden ist, muss der Mangel insgesamt als von mittlerer Bedeutung qualifiziert werden. 2. Begehren auf Ersatz der Fenster (Rechtsbegehren Ziff. 1) 2.1. Grundlagen Weist das Mietobjekt einen Mangel auf, so hat der Mieter grundsätzlich einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels (Art. 259a Abs. 1 lit. a OR). Ist die Mängelbeseitigung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen objektiv nicht möglich oder für den Vermieter nicht zumutbar – was nicht leichthin anzunehmen ist –, verliert der Mieter allerdings seinen Anspruch auf Mängelbeseitigung und kann lediglich die Minderung des Mietzinses sowie allenfalls Schadenersatz verlangen (BGer 4A\_244/2009 vom 7. September 2019 E. 3.1). Eine objektive Unzumutbarkeit der Mängelbehebung ergibt sich nach Treu und Glauben unter Würdigung aller konkreten Umstände, namentlich des Zweckes und der Dauer des Mietverhältnisses, der Art und des Umfanges der Mängelbehebung sowie der zu erwartenden Kosten im Verhältnis zum Wert der Liegenschaft und unter Berücksichtigung der Amortisationsmöglichkeit. Unzumutbarkeit ist beispielsweise bei der Vermietung von Abbruchobjekten gegeben, wenn die Kosten der Mängelbehebung in keinem Verhältnis zum Wert des Gebäudes stehen und in Anbetracht des bevorstehenden

- 21 - Abbruchs auch keine Möglichkeit besteht, die Investition zu amortisieren (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259b OR N 11; ZÜST, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss., St. Gallen 1992, 2. Aufl. 1995, S. 146). Gleiches gilt auch für alte Liegenschaften, die zu einer baldigen Totalsanierung bestimmt sind (Mietrecht für die Praxis/ROY a.a.O., S. 242). Macht der Vermieter unverhältnismässig hohe Kosten für die Mängelbeseitigung geltend, so hat er dies als rechts hindernde Tatsache zu beweisen (vgl. BGer 4A\_491/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.1.3.1). 2.2. Würdigung 2.2.1. Soweit die Beklagte sich auf eine in absehbarer Zukunft anstehende Totalsanierung mit Fensterersatz der gesamten Liegenschaft auf Unzumutbarkeit der Mängelbehebung beruft, sind ihre Behauptungen allesamt sehr vage gehalten. So macht sie geltend, ein vorzeitiger Fensterersatz im Mietobjekt der Kläger verursache unverhältnismässig hohe Kosten; es sei mit Materialkosten von ca. Fr. 12'000.– bis Fr. 15'000.– zu rechnen, zuzüglich Planungs- und Ausführungskosten. Als Beweismittel offerierte sie eine Expertise betreffend die Frage der Kosten eines Fensterersatzes. Massgebend wären hier jedoch vielmehr die Mehrkosten, welche aufgrund des vorzeitigen Ersatzes einzelner Fenster entstehen, im Vergleich zu den Kosten, die ohnehin im Rahmen der geplanten Gesamtsanierung anfallen werden. Diesbezüglich schweigt sich die Beklagte allerdings aus. Sodann verliert die Argumentation an Gewicht angesichts der Tatsache, dass die Kläger angeboten hatten, einen Drittel der Kosten für den Fensterersatz zu übernehmen oder mittels Überwälzung auf Mietzins mitzutragen. Zudem brachte die Beklagte lediglich die Befürchtung vor, dass die vorzeitig ersetzten Fenster schlimmstenfalls im Zuge der Gesamtsanierung entsorgt werden müssten, sollte nämlich ein anderer Fenstertyp gewählt werden müssen. Weshalb es ihr im Rahmen des vorzeitigen Fensterersatzes nicht möglich ist festzustellen, welche Auflagen der Denkmalschutzbehörde diesbezüglich zu beachten sind, und so sicherzustellen, dass die neu eingebauten Fenster auch künftig verwendet werden könnten und nicht entsorgt werden müssten, legt die Beklagte nicht dar. Dass ein Aus- und anschliessender Wiedereinbau der neuen, den Auflagen entsprechenden Fenster anlässlich

der Gesamtsanierung – falls überhaupt nötig – ausge-

- 22 - schlossen ist, machte die Beklagte sodann zu Recht nicht geltend. Auch der Einwand, dass andere Wohnungsmieter den Wunsch nach einem Fensterersatz äussern könnten, ist für den Entscheid belanglos, denn im Streitfall wäre im Einzelfall zu prüfen, ob und in welchem Ausmass andere Mieter im Hause einen Anspruch auf Fensterersatz haben. Wäre dies der Fall, so hätte die Beklagte die entsprechenden Kosten hinzunehmen. Sie ist daran zu erinnern, dass sie in jedem einzelnen Mietverhältnis die von ihr versprochene Gegenleistung zur Bezahlung des Mietzinses zu erbringen hat. Abgesehen davon dürften die Folgekosten, die lediglich mittelbar aus dem vorliegend streitigen Fensterersatz resultieren, für den Aspekt der Unzumutbarkeit kaum von Relevanz sein. Zudem wies die Beklagte selbst darauf hin, dass sich andere Mieter der Liegenschaften nicht über die aus dem Betrieb des „R.“ resultierenden Lärmimmissionen beschwert haben. Anzumerken bleibt sodann, dass es das Bundesgericht im von der Beklagten zitierten Entscheid mit einem zum Abriss bestimmten Haus zu tun hatte, welches mit der hier interessierenden Liegenschaft, die lediglich zu einer mittelfristigen Sanierung bestimmt ist, nicht unbesehen verglichen werden kann (BGer 4A\_244/2009 vom 7. September 2009 E. 3). Wo nicht ein Abriss bevorsteht, kann von Unzumutbarkeit nur gesprochen werden, wenn die Aufwendungen im Falle einer Totalrenovation oder eines Neubaus verloren gehen oder in keiner vernünftigen Relation zum Wert des Mietobjekts stehen würden (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259b OR N 11; SVIT-Komm.-TSCHUDI, Art. 259b N 10; CPra Bail-AUBERT, Art. 259b CO N 12; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 242 und Fn. 44; BSK OR I- WEBER, Art. 259b N 4). Von einer solchen Ausgangslage kann hier offensichtlich nicht gesprochen werden. Die Beklagte kann sich daher grundsätzlich nicht auf eine Unzumutbarkeit der Mängelbehebung berufen. 2.2.2. Das Gutachten gelangt allerdings zur Erkenntnis, dass mit einem Ersatz der Fenster zum heutigen Zeitpunkt, welche den Anforderungen der SIA-Norm 181/2006 genügen, lediglich eine kleine Verbesserung der Schalldämmung um ca. 5 dB herbeigeführt werden könne und dies lediglich in geringem Umfang vom menschlichen Gehör wahrnehmbar sei. Für die Gewährleistung einer deutlich wahrnehmbaren Lärmreduktion sei eine Pegelreduktion von 10 dB nötig, die sich

- 23 - mit Fenstern erreichen liesse, die ein bewertetes Bau-Schalldämmmass  $R'$  von ca. 41 bis 43 dB aufweisen. Angesichts der Tatsache, dass es während der Aufräumarbeiten des „R.“ zu einer Pegelerhöhung von 1 bis 9 dB gegenüber dem allgemeinen Dauerschallpegel kommt, muss die Beklagte folglich gemäss dem Gutachten zum Einbau von Fenstern mit einem bewerteten Bau-Schalldämmmass  $R'$  von ca. 41 bis 43 dB verpflichtet werden, was im Lichte der Lärmschutzverordnung bedeuten würde, dass sie bessere und teurere Fenster einbauen müsste, als es die geltende Norm vorschreibt (vgl. dazu Anhang 1 Abs. 1 zur Lärmschutzverordnung: Das bewertete Bau-Schalldämmmass mit am Bau gemessenen Spektrumswert  $R' + (C \text{ oder } C_w)_{tr}$  einschliesslich der zugehörigen Bauteile müsste mindestens 32 dB betragen, wenn der Beurteilungspegel in der Nacht bis und mit 70 dB beträgt). Die Lehre äussert sich nicht direkt zu einer solchen Ausgangslage. Zwar wird allgemein betont, dass der Mieter im Rahmen der Mängelbehebung keinen Anspruch auf Verbesserung des Komforts hat. HIGI/WILDISEN nennen etwa die Verwendung höherwertiger Materialien, AUBERT spricht Verbesserungen von „confort et l'équipement“ an, TSCHUDI den Ersatz von Tapeten in der Wohnung, die anders als die zu ersetzende nicht von einem Wasserschaden betroffen sind sowie vom Ersatz eines

Kühlschranks, obwohl dieser repariert werden kann, ROY vom Anspruch des Mieters auf Ersatz eines Kochherds nur durch ein gleichwertiges, nicht aber durch ein höherwertiges Gerät (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259b OR N 15; CPra Bail-AUBERT, Art. 259b CO N 12; SVIT-Komm.-TSCHUDI, Art. 259b N 11; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 242 und Fn. 44). Gerade aus den letzten Beispielen bez. Kühlschrank und Kochherd lässt sich aber schliessen, dass die Lehre sich einig ist, dass der Mieter den Anspruch auf Mängelbeseitigung nicht schon dadurch verliert, dass diese nach den zur Behebung unerlässlichen Massnahmen einen Mehrwert aufweist. Von einer unerlässlichen Behebungsmassnahme ist etwa auszugehen, wenn ein defekter Kühlschrank oder Kochherd nicht mehr repariert werden kann und auf dem Markt nur noch höherwertige Modelle erhältlich sind. Zum gleichen Resultat gelangte auch das Bundesgericht, als es festhielt, dass der Vermieter grundsätzlich verpflichtet sei, einfach verglaste Fenster durch eine Doppelverglasung zu ersetzen, wenn es während der Mietdauer durch den

- 24 - Bau eines dritten Gleises einer Eisenbahnlinie zu einer Lärmbelastung gekommen ist, welche den Mieter im bestimmungsgemässen Gebrauch der Sache beeinträchtigt (BGer 4A\_244/2009 vom 7. September 2009 E. 3.2, publ. in: MRA 1/10 S. 21 ff.). Anders zu entscheiden ist nur, wo die entstehenden Kosten in keinem Verhältnis zum Wert der Sache stehen oder wo aufgrund eines geplanten Abbruchs (BGer, a.a.O.) oder einer bevorstehenden Sanierung ein erheblicher Verlust droht. Im zweiten Fall ist zu berücksichtigen, dass nicht allein der Vermieter die Verlustgefahr trägt: Korrelat zur mit einer Mängelbehebung unvermeidlich einhergehenden Wertsteigerung ist nämlich ein Anspruch des Vermieters auf eine Mietzinserhöhung wegen wertvermehrender Investitionen gestützt auf Art. 269a lit. b OR. Da nach dem Gesagten im vorliegenden Fall keine Unzumutbarkeit der Mängelbehebung vorliegt, ist die Beklagte zum Einbau von Fenstern und Balkontüren in den Zimmern 1 und 3 zu verpflichten, die den Empfehlungen des Gutachtens entsprechen (bewertetes Bau-Schalldämmmass R' von ca. 41 bis 43 dB). Dies führt zwar zu einem Mehrwert, den die Vermieterin aber in Form einer Mietzinserhöhung geltend machen kann. Die Massnahme ist unerlässlich, um die Gebrauchstauglichkeit der Sache wiederherzustellen. Auch die Parteien haben keine Alternativen diskutiert. Eine – ohnehin von keiner Partei in den Raum gestellte – Kündigung des Mietverhältnisses mit dem „R.“ wäre der Beklagten nicht zumutbar, denn eine wahrheitsgemässe Begründung liefe darauf hinaus, der Betreiberin vorzuwerfen, sie benütze die Sache vertragsgemäss. Dies wäre mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren und hätte aller Voraussicht nach ein für die Beklagte kaum erfolgsversprechendes Anfechtungsverfahren zur Folge. Für die Mängelbehebung ist heute keine (Maximal-)Frist anzusetzen, damit ein allenfalls erforderliches Bewilligungsverfahren durchgeführt und bei den Arbeiten auf die Witterungsverhältnisse Rücksicht genommen werden kann. Die Vermieterin hat die Arbeiten aber unverzüglich an die Hand zu nehmen, insbesondere die allenfalls erforderlichen Bewilligungen einzuholen und die entsprechenden Verträge abzuschliessen. Bezüglich des Zimmers 2 ist ein Anspruch der Kläger auf Ersatz des Fensters hingegen zu verneinen: Dieses wurde erst im Jahre 2013 eingebaut und entspricht

- 25 - damit der neueren SIA-Norm 181/2006. Es weist jedenfalls einen weit besseren Wärmedämmwert aus als die Fenster in den übrigen Räumen. Auch wenn das Gutachten erkennen lässt, dass das Fenster die problematischen Aufwachreaktionen nicht zu verhindern vermag, dürfte der Schalldämmwert doch wesentlich besser sein als bei den Fenstern aus dem Jahr 1990 (...). Hinzu kommt, dass die Kosten des erst 2013 installierten

Fensters bei einem Ersatz schon im heutigen Zeitpunkt verloren wären. Dies macht eine entsprechende Investition aus Sicht der Beklagten auch unzumutbar. Vor allem aber wurde einleitend festgestellt, dass es genügt, wenn in einer 4-Zimmer-Wohnung drei Räume als Schlafzimmer taugen. Werden die Fenster in den Zimmern 1 und 3 ersetzt, während sich das Zimmer 4 nach den vorstehenden Ausführungen schon aufgrund seiner Lage zum Innenhof als Schlafzimmer eignet, sind diese Anforderungen erfüllt, sodass der Ersatz des Fensters im Zimmer 2 zur Behebung des Mangels an der ganzen Wohnung auch nicht erforderlich ist. Damit besteht hier so oder anders kein Beseitigungsanspruch der Kläger.

3. Begehren um Mietzinsreduktion

3.1. Grundlagen

3.1.1. Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch durch einen Mangel beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt (Art. 259d OR). Weist die Mietsache einen Mangel auf, so sinkt ihr objektiver Wert. Durch die Mietzinsminderung soll dem geminderten Wert des Mietobjekts infolge eines Mangels mit einem tieferen Mietzins Rechnung getragen werden. Deshalb soll der Mieter nicht den vereinbarten Mietzins bezahlen müssen, wenn und solange er nicht die volle Gegenleistung erhält (BGE 142 III 557 E. 8.3.4; BGE 130 III 504 E. 4.1; ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259d N 11). Selbst Mängel, auf die der Vermieter keinen Einfluss nehmen kann, führen zu einer Mietzinsminderung (BGer 4C.219/2005 vom 24. Oktober 2005 E. 2.3, sowie 4C.377/2004 vom 2. Dezember 2014 E. 2.1). Es wird jedoch vorausgesetzt, dass der Vermieter für die Mängel im Sinne von Art. 259a OR einzustehen hat. Ein Verschulden des Vermieters am Mangel ist nicht erforderlich, denn gleich wie bei der Kaufpreisminderung geht es auch bei

- 26 - Art. 259d OR um die Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259d OR N 12 f.). Unter Umständen kann aber der Vertrauensschutz eine Minderung ausschliessen (vorn E. IV.1.1.1).

3.1.2. Der Umfang der Mietzinsherabsetzung bestimmt sich nach der sog. relativen Berechnungsmethode. Demnach wird der Wert der mangelhaften Sache ins Verhältnis zum Wert der gebrauchstauglichen Sache gesetzt und anschliessend der Mietzins im gleichen Verhältnis herabgesetzt. Dabei ist auf objektive Kriterien, wie die Beschaffenheit und Art des Mietobjektes und des Mangels sowie auf den Vertragsinhalt abzustellen (BGE 130 III 504 E. 4.1). Subjektive Umstände sind bei der Bemessung des Minderungsanspruches nur zu berücksichtigen, sofern entsprechende Regelungen ausdrücklich im Mietvertrag zugesichert wurden (SVIT-Komm.-TSCHUDI Art. 259d OR N 32; ZK-HIGI/WILDISEN Art. 259d N 14; ähnlich BGer 4C.377/2004 vom 2. Dezember 2004 E. 3). Insbesondere bei Mängeln mittlerer Bedeutung führt diese Methode aber gelegentlich nicht zu einem überzeugenden Ergebnis, weshalb gemäss Bundesgericht in diesen Fällen bei der Festsetzung des Minderungsbetrages ein Billigkeitsentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB, beruhend auf der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gesunden Menschenverstand und der Kasuistik gefällt werden darf (BGE 130 III 504 E. 4.1, publ. in: mp 3/04 S. 134 ff.; BGer 4A\_130/2018 vom 26. Juli 2018 E. 4 sowie 4C.377/2004 vom 2. Dezember 2004 E. 3; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 259d OR N 7). Bei immissionsbedingten Mängeln sind die durch die Immissionen beeinträchtigten Teilnutzungen des vorausgesetzten Gebrauchs in den Kontext der Gesamtnutzung zu stellen und zu gewichten. Dabei handelt es sich aber nicht um einen streng mathematischen Vorgang. Das Gericht hat den prozentualen Anteil unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und der Umstände des Einzelfalles abzuwägen und zu schätzen (TSCHUDI, a.a.O., S. 138; BÄTTIG, in: MRA 2/00 S. 291). Das Mass der Minderung ist umso grösser, als die beeinträchtigte Teilnutzung gewichtig ist. Im

Wohngebrauch ist der Teilnutzung "Schlafen" wesentlich mehr Gewicht beizumessen, als der Teilnutzung "Kochen" (TSCHUDI, a.a.O., S. 138). Bei Mängeln, welche die Gebrauchstauglichkeit einer Sache um weniger als 5% schmälern, ist zusätzlich erforderlich, dass diese zu einer Beeinträchtigung über eine längere Dauer führen (BGer 4C.97/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 3.3).

- 27 - 3.2. Würdigung 3.2.1. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Kläger 1 sich schon im Jahre 2016 bei der Liegenschaftsverwaltung der Beklagten über den Lärm des „R.“ be- schwert und damit sinngemäss zum Ausdruck gebracht hat, dass aus seiner Sicht Leistung und Gegenleistung nicht mehr im Gleichgewicht seien. Ein Minderungs- anspruch ist daher nicht schon aufgrund des Vertrauensschutzes ausgeschlossen. 3.2.2. Die Kläger fordern eine Mietzinsminderung von jeweils April bis Oktober in der Höhe von 15 %, rückwirkend ab April 2016 bis zur Behebung des Mangels. Sie verwiesen zunächst auf die Kasuistik, gemäss welcher Mietzinsreduktionen im Umfang von 12 % aufgrund unangenehmer Immissionen, namentlich des Geruchs fauler Eier, oder von 10 % bis 25 % infolge Lärm herrührend von Nachbarn zuge- sprochen wurden. Die Beklagte entgegnete, es könne schlicht nicht sein, dass von der Aussenwirt- schaft des „R.“ zwischen April und Oktober sieben Tage in der Woche auch bei Regen, kaltem Wetter etc. Lärmimmissionen ausgegangen seien. Zwar stimme sie mit den Klägern überein, dass nicht Tag für Tag Protokoll geführt werden müsse, die Kläger würden aber jegliche Konkretisierung unterlassen. Gewichte man die Zeit der Schlafstörungen mit zwei Stunden pro Tag, so liege eine zeitliche Beein- trächtigung der Sache von maximal 8.5 % vor. Gewichte man die sachliche Stö- rung mit 20%, so resultiere ein Minderungsanspruch von maximal 1.7 %. 3.2.3. Die Kasuistik darf naturgemäss nicht losgelöst von den Besonderheiten des Einzelfalls betrachtet werden; inwieweit die von den Klägern zitierten Urteile mit dem vorliegenden Fall vergleichbar sein sollen, ist nicht ersichtlich. Was das Aus- mass der Beeinträchtigungen angeht, behaupten die Kläger zwar durchaus sub- stantiiert, die vorliegenden Lärmimmissionen träten täglich auf, wobei sie jeweils abends bzw. nachts und vor allem bei schönem Wetter, jeweils im Zeitraum von April bis Oktober – teilweise auch bereits ab März – vorkämen; in welcher Häufig- keit (ob täglich, mehrmals pro Woche oder Monat) die schlafstörenden Immissio- nen aufgetreten sind, wurde hingegen nicht näher umschrieben. Wie die Beklagte zu Recht einräumt, ist es nicht erforderlich, dass substantiierte Angaben und Beweisofferten zu im Wesentlichen gleichartigen, über längere Zeit

- 28 - aufgetretenen Beeinträchtigungen für jeden einzelnen Tag gemacht werden, je- denfalls soweit die der Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen als allge- mein bekannt gelten können und damit nach Art. 151 ZPO nicht beweisbedürftig sind. Richtig ist allerdings auch der Einwand der Beklagten, die Immissionen seien witterungsabhängig, was auf die Beurteilung des Mangels zurückwirke. Zu weit geht umgekehrt die Ziselierung der Wohnfunktionen, welche die Beklagte vornimmt. Wie schon erwähnt, ist es unzulässig, Schlaf- und Einschlafstörungen einfach auf den Zeitraum zu beschränken, in denen sie auftreten, denn die Folgen bezüglich Leistungsfähigkeit und die Gefahr für die Gesundheit wiegen auch zeit- lich wesentlich schwerer als die Aufwachreaktionen selber, zumal auch das Bun- desgericht in seiner öffentlich-rechtlichen Rechtsprechung davon ausgeht, dass schon das Ruhebedürfnis der Bevölkerung gerade zwischen 22.00 Uhr und 23.00 Uhr, mithin in der Einschlafphase besonders schutzwürdig ist (BGer 1A.282/2000 bzw. 1A.286/2000 vom 15. Mai 2011 E. 4c). Noch wichtiger ist es nach dem Gesagten aber zu

vermeiden, dass die Betroffenen aus der Tiefschlafphase gerissen werden. 3.2.4. Im vorliegenden Fall ist die Qualität der problematischen Lärmimmissionen aufgrund der durch das Gutachten erhobenen Stichprobe während drei Tagen im August 2018 bekannt. Gemäss dem Gutachten sind die Gespräche und das Gelächter während des Betriebs des „R.“ wahrnehmbar, jedoch ist die Pegeldifferenz gegenüber dem Dauerschallpegel mit 1 bis 6 dB nur gering erhöht; es ist nur mit seltenen zusätzlichen Aufwachreaktionen zu rechnen. Ferner ist die Pegelerhöhung mit 1 bis 9 dB während den Aufräumarbeiten zwischen Mitternacht und 1.00 Uhr morgens gegenüber dem Dauerschallpegel als moderat zu bezeichnen, was bei durchschnittlich empfindlichen Menschen zu maximal ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen während der Nacht führt. Insbesondere diese Aufräumarbeiten dürften sich bei schönem Wetter immer gleich gestalten, unabhängig etwa von der Ferienzeit und dem damit zusammenhängenden Gästeaufkommen. Nach allgemeiner Erfahrung kann auf der anderen Seite eine Aussenwirtschaft selbst in der warmen Jahreszeit abends höchstens während zwei Dritteln eines Monats betrieben werden. Dies bestätigt sich auf-

- 29 - grund der – im Detail unterschiedlichen, aber im Kern übereinstimmenden – Klimatabellen, die im Internet zu finden sind. So weist etwa die Tabelle auf [www.wetter.com](http://www.wetter.com) für Zürich zwischen April und Oktober durchschnittlich 11.3 Regentage auf ( $12+13+13+12+12+9+8 = 79 : 7$ ). Zwar können im April und Oktober auch Tageshöchsttemperaturen von 30° bzw. 27° C auftreten. Dabei handelt es sich aber um die Rekordwerte. Die durchschnittlichen Tageshöchsttemperaturen betragen im April 12° C und im Oktober 13° C, dazwischen liegen sie mit 17, 20, 22, 21 und 18° C deutlich höher. Im Juli und August können die Tages-Rekordwerte auch deutlich über 35° C liegen (<https://www.wetter.com/reise/klima/klimatabelle/schweiz-zuerich-CH0CH4503.html>; besucht am 16. Oktober 2019). Zwischen Mai und September dürfte abends im „R.“ regelmässig Betrieb herrschen. Tage oder besser gesagt Nächte, die im April oder Oktober draussen zum Verweilen einladen, dürften dagegen eher selten sein. Wie gezeigt ist allein das zeitliche Ausmass der Lärmimmissionen aber nicht entscheidend. Regelmässige Schlafstörungen wirken sich nicht nur in der Phase aus, in welcher sie auftreten und können zumindest gemäss Einschätzung des Bundesamtes für Umwelt auch gesundheitliche Langzeitfolgen haben (vorn, E. IV.1.2.2.4). In Würdigung aller Umstände ist die Mietzinsminderung für die Monate Juni bis August auf 15 % des Nettomietzins festzusetzen, für Mai und September auf 10 %. Für die Monate April und Oktober ist keine Minderung vorzusehen. Daraus resultiert ein Minderungsanspruch der Kläger zwischen Mai 2016 und September 2019 in Höhe von Fr. 5'604.30, nach folgender Rechnung:

- 30 - 4. Herausgabe der hinterlegten Mietzinse 4.1. Grundlagen 4.1.1. Der Mieter einer unbeweglichen Sache, der vom Vermieter die Beseitigung eines Mangels verlangt und ihm dazu schriftlich eine angemessene Frist ansetzt, kann ihm androhen, dass er bei unbenütztem Fristablauf Mietzinse, die künftig fällig werden, bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle hinterlegen wird (Art. 259g Abs. 1 OR). Mit der Hinterlegung gelten die Mietzinse als bezahlt (Art. 259g Abs. 2 OR). 4.1.2. Der Anspruch auf Hinterlegung ist an mehrere materielle und formelle Voraussetzungen geknüpft. Materiell ist insbesondere erforderlich, dass die Mietsache einen Mangel aufweist, der vom Vermieter zu beheben ist. Umstritten ist je-

- 31 - doch, ob ein Hinterlegungsanspruch auch bei Mängeln besteht, deren Behebung dem Vermieter unmöglich oder unzumutbar ist. Gemäss der Rechtsprechung und Lehre wird überwiegend davon ausgegangen, dass die Hinterlegung unrechtmässig erfolgt, sofern die Mangelbeseitigung durch den Vermieter unmöglich oder unzumutbar ist, mit anderen Worten, wenn der Beseitigungsanspruch des Mieters nicht besteht (BGE 125 III 120 E. 2b; BGE 124 III 201 E. 2d sowie BGer 4A\_739/2011 vom 3. April 2012 E. 3.2; SVIT-Komm.-TSCHUDI, Art. 259g OR N 11 f.; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 266; BK-GIGER, Art. 259g N 17; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 259g-i OR N 3; ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259g N 23; ZÜST, a.a.O., S. 285; TSCHUDI, a.a.O., S. 39; a. M. BLUMER, SPR, VIII/3 Rz. 763; OFK-PERMANN, Art. 259g OR N 6). Die Rechtmässigkeit der Hinterlegung wird überwiegend im Hinblick auf die materielle Hinterlegungswirkung diskutiert: Die hinterlegten Mietzinse gelten gemäss Art. 259g Abs. 2 OR als bezahlt, sofern die Hinterlegung den formellen wie auch materiellen Voraussetzungen vollumfänglich genügt. Allerdings gilt auch dies nicht uneingeschränkt: Geht der Mieter gutgläubig davon aus, dass die materiellen Voraussetzungen der Hinterlegung gegeben sind, trägt er das Risiko sämtlicher, an den Zahlungsverzug gemäss Art. 257d OR anknüpfenden Folgen nicht (BGE 125 III 120; SVIT-Komm.-TSCHUDI, Art. 259g OR N 39 und N 41; Mietrecht für die Praxis/ROY, a.a.O., S. 269; ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 259g N 43; vgl. BGE 125 III 120 E. 2b; BGer 4A\_739/2011 vom 3. April 2012 E. 3.2). Selbiges hat mutatis mutandis für die Herausgabe der hinterlegten Mietzinse zu gelten: Erweist sich die Behebung des Mangels zum Voraus als offensichtlich unmöglich oder unzumutbar, sodass ein Beseitigungsanspruch vom Mieter nicht gutgläubig angenommen werden kann, fallen dem Vermieter die hinterlegten Mietzinse im vollen Umfang zu. Stellt sich dieser Umstand erst während des Beweisverfahrens heraus, sind allfällige, aus der mangelhaften Sache resultierenden finanziellen Ansprüche des Mieters aus den hinterlegten Mietzinsen zu decken, zumal dem Mieter ohnehin ein Verrechnungsrecht zustünde (vgl. dazu BLUMER, SPR, VIII/3 Rz. 763). 4.2. Würdigung Wie bereits darlegt, handelt es sich bei den Lärmimmissionen aus dem Betrieb des „R.“ um einen Mangel der Mietsache. Die verlangte Mängelbeseitigung ist

- 32 - aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens zwar nur teilweise geschuldet. Dies ändert aber nichts daran, dass die Hinterlegung rechtmässig erfolgte, sodass die hinterlegten Mietzinse zur Deckung der Ansprüche der Parteien zu verwenden und folglich im Umfang der resultierenden Mietzinsminderung (total Fr. 5'604.30) den Klägern und im Übrigen der Beklagten herauszugeben sind. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Streitwert 1.1. Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen bzw. sofern ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Bei einer Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert im Mängelbeseitigungsverfahren (Art. 259b lit. b OR) bestimmt sich nach den für die Mängelbeseitigung mutmasslich entstehenden Kosten. Massgeblich sind objektive Kriterien (STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, Art. 91 N 25 m.H. zur Rechtsprechung). Der Streitwert im Mietzinsminderungsverfahren bestimmt sich nach dem verlangten Herabsetzungsbetrag während der Dauer, für welche die Herabsetzung gewährt werden soll (Obergericht des Kantons Zürich, Urteil PD120011 vom 5. September 2012 E. 4.2). Das Gesetz sieht im Weiteren vor, dass bei ungewisser oder unbeschränkter

Dauer als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der ein- jährigen Leistung gilt (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Kann die Dauer nicht genau festgelegt werden, gilt sie deswegen nicht bereits als ungewiss. Ist eine Nutzung oder Leis- tung wahrscheinlich für eine Dauer von weniger als 20 Jahren geschuldet, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den kapitalisierten Wert für die wahr- scheinliche Dauer abzustellen (BGer 4C.387/2004 vom 17. März 2005 E. 1.2.2; SVIT-Komm.-BISANG/KOUMBARAKIS, ZPO N 333). 1.2. Mängelbeseitigung und Mietzinsminderung schliessen einander – wie bereits ausgeführt (vgl. hiervor E. IV.1.1.1.) – nicht aus. Dementsprechend sind die Teil-

- 33 - Streitwerte solcher Begehren zusammenzurechnen. Der von den Klägern beziffer- te Streitwert der Klage von Fr. 13'585.85 wurde durch die Beklagte bestritten, oh- ne dass diese dem allerdings eigene Überlegungen entgegengesetzt hätte. Dem- nach hat das Gericht den Streitwert festzusetzen. 1.2.1. Gemäss Ziffer 1 des Rechtsbegehrens fordern die Kläger den Ersatz von vier Fenstern: zwei im Schlaf-, sowie je eines im Wohn- und Esszimmer. Der seitens der Kläger angeführte Streitwert von Fr. 13'585.85 für die Mängelhe- bung sowie die beantragte Mietzinsreduktion kann schon vor dem Hintergrund der eingereichten Offerten nicht zutreffen, welche die Kosten für den Ersatz der Fens- ter auf Fr. 11'300.87, Fr. 14'590.90 und Fr. 15'200.50 beziffern – dies unter Einbe- zug der Montagekosten. Der genannte Streitwert wurde von den Klägern auch nicht näher aufgeschlüsselt. Die Beklagte hat keine Offerten eingeholt und für ihre Angabe, dass sich allein die Materialkosten für den Fensterersatz sich auf Fr. 12'000.– bis Fr. 15'000.– belaufen, eine Expertise offeriert. Mangels Werkver- tragsofferten erscheinen die Angaben der Beklagten nicht überzeugend. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Mehrwert der neuen Fenster wird auf die Kläger überwälzen können. Die Einholung einer Expertise einzig zur Bestim- mung des Streitwerts ist nicht tunlich. In Würdigung der Umstände ist der Streit- wert auf rund Fr. 12'000.– festzusetzen. 1.2.2. Die Kläger verlangen in Ziffer 2 des Rechtsbegehrens eine Mietzinsreduk- tion von 15 %, rückwirkend von April 2016 bis zum Zeitpunkt der Mängelbehe- bung. Nach dem Ausgeführten ist auf die wahrscheinliche Dauer bis zur Behebung ab- zustellen, wobei es die Verfahrensdauer sowie die Zeit für die effektive Beseiti- gung des Mangels zu berücksichtigen gilt. In Anbetracht dessen, dass das vorlie- gende Verfahren am 17. März 2017 bei der Schlichtungsbehörde anhängig ge- macht wurde, ist die Dauer des vorliegenden Verfahrens auf etwa 32 Monate an- zusetzen. Diesbezüglich erscheint es realistisch, dass eine allfällige Mängelhe- bung etwa vier weitere Monate in Anspruch nehmen wird und zu dieser Verfah- rensdauer hinzuzurechnen ist.

- 34 - Berücksichtigt werden muss ferner, dass die Mietzinsreduktion für zwei un- terschiedliche Zeiträume verlangt wird: Zunächst wird für den Zeitraum von April 2016 bis November 2017 eine Herabsetzung des Nettomietzinses von Fr. 2'177.– von 15 %, mithin Fr. 326.– monatlich, verlangt; dies jeweils für die Dauer von April bis Oktober. Unter dem Strich ergibt sich daraus eine beantragte Mietzinsredukti- on von Fr. 4'564.– (14 Monate à Fr. 326.–). Zu diesem Betrag ist sodann die Miet- zinsreduktion von Dezember 2017 bis zur Behebung des Mangels, ebenfalls je- weils von April bis Oktober, im Umfang von 15% von Fr. 2'134.–, daher Fr. 320.– monatlich, zu addieren, mithin ein Betrag von Fr. 4'480.– (14 Monate à Fr. 320.–) zu veranschlagen. Demnach ist der Streitwert für die verlangte Mietzinsminderung insgesamt auf Fr. 9'044.– festzusetzen. 1.3. Nach dem Gesagten resultiert insgesamt ein Streitwert in der Höhe von Fr. 21'044.– (Fr. 12'000.– + Fr. 9'044.–). 2. Prozess- und Parteikosten 2.1. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei

aufgelegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 ZPO). Gemäss § 2 lit. a, lit. c und lit. d GebV bemisst sich die Gerichtsgebühr bei Zivilprozessen nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls. 2.2. Vorliegend unterliegen die Kläger mit ihrem Rechtsbegehren auf Ersatz des Fensters im Zimmer 2, obsiegen aber bezüglich des Antrags auf Ersatz des Fensters und der Balkontüre im Zimmer 1 und des Fensters im Zimmer 3. Demnach sind die diesbezüglichen Kosten den Klägern zu 1/4 und der Beklagten zu 3/4 aufzuerlegen. Die von den Klägern geforderte Mietzinsreduktion von total Fr. 9'044.– wird ihnen im Umfang von Fr. 5'604.30 gewährt. Mit anderen Worten obsiegen die Kläger diesbezüglich zu rund 62%. Konsolidiert obsiegen die Kläger zu knapp 70% (Fr. 9'000.– + Fr. 5'604.30] : Fr. 21'044.–]). Sie haben daher 30% der Gerichtskosten zu tragen, während die Beklagte die restlichen 70% zu übernehmen hat. Zudem hat die Beklagte den Klägern eine auf 40% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen.

- 35 - Die ordentliche Gerichtsgebühr beliefe sich beim Streitwert von Fr. 21'044.– auf Fr. 3'230.–. Sie ist indes unter Berücksichtigung von Schwierigkeit und Zeitaufwand des Falles, insbesondere des Beweisverfahrens (Augenschein und Gutachten), in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG um einen Viertel zu erhöhen, was zu einer Gebühr von Fr. 4'000.– führt. Die ordentliche Parteientschädigung beläuft sich beim genannten Streitwert auf Fr. 4'320.– inkl. MwSt. Sie ist gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die Aufwendungen im Beweisverfahren um Zuschläge im Umfang von insgesamt 25% zu erhöhen, mithin auf Fr. 5'410.–. Die den Klägern zuzusprechende reduzierte Entschädigung beträgt 40% dieses Betrages, also Fr. 2'164.–. 2.3. Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Diese können die mit dem unnötigen Aufwand verbundenen Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung betreffen und müssen durch schuldhaftes oder ordnungswidriges Verhalten, folglich unter Missachtung der zumutbaren Sorgfalt, entstanden sein (BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 108 N 1, GASSER/RICKLI, Kurzkomentar ZPO, Art. 108 N 1). Die späte Mitteilung einer fehlenden Vergleichsbereitschaft kann unter Umständen als solche qualifiziert werden (BGer 4A\_151/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 6.2 f.). Ferner hat sich auch das Bundesgericht gestützt auf die Lehre dahingehend geäußert, dass den Gerichten bei der Anwendung – entgegen dem Wortlaut der Bestimmung – ein gewisser Ermessensspielraum zusteht (vgl. dazu BGer vom 14. Juli 2017 E. 3.3.1 in fine, sowie 5A\_195/2013 vom 9. Juli 2013 E. 3.2.1 und gestützt darauf BOHNET/DROESE, Präjudizienbuch ZPO, Bern 2018, Art. 108 ZPO N 1; CR CPC-TAPPY, Art. 108 N 4). 2.3.1. Der von den Klägern mit Eingabe vom 12. Juni 2019 gestellte Antrag auf Entschädigung ihrer Kosten für die auf den gleichen Tag angesetzte Vergleichsverhandlung wird von ihnen im Wesentlichen damit begründet, dass die Beklagte ihre fehlende Vergleichsbereitschaft umgehend nach Erhalt der Vorladung vom 19. März 2019, und nicht erst einen Tag vor der anberaumten Verhandlung vom

## **E. 12**

Juni 2019 hätte kommunizieren müssen. 2.3.2. Die Kläger haben ihren Schaden in Form von Vorbereitungsaufwand nicht weiter substantiiert, sondern sich damit begnügt, einen Aufwand von 75 Minuten

- 36 - geltend zu machen. Unter Berücksichtigung des Verfahrensstandes erscheint es nicht nachvollziehbar, welche Verhandlungsvorbereitungen getroffen werden mussten. Den Parteien, erst recht deren Vertreterinnen und dem Gericht war der gesamte Prozessstoff bekannt. Absicht des Gerichts war es einzig, die Ausgangslage nach dem

Beweisverfahren, zu dessen Ergebnis beide Parteien bereits schriftlich Stellung genommen hatten, zu diskutieren und nochmals mögliche Verhandlungslösungen auszuloten. Eine inhaltliche Vorbereitung war dazu nicht nötig. Ferner scheinen die Kläger davon auszugehen, dass die fehlende Vergleichsbereitschaft der Beklagten bereits zum Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung vom 11. März 2019 bestanden habe. Dieser Schluss ist aber nicht ohne Weiteres zulässig: Die Tatsache, dass sich die Rechtsvertreterin der Beklagten nach dem Inhalt der Vergleichsverhandlungen erkundigt hat, lässt ein Missverständnis nicht als ausgeschlossen scheinen. Zwar scheint aufgrund der angegebenen Begründung – Vermeidung einer Sperrfrist – die fehlende Vergleichsbereitschaft schon länger bestanden zu haben. Es kann aber durchaus sein, wie die Beklagte dies geltend macht, dass diese auch im Falle einer Verhandlungslösung einen anderen Verfahrensausgang erwartet hat als den nun vorliegenden. Wie die Beklagte zu Recht vorträgt, darf die Kostenaufgabe nicht dazu führen, eine Partei sozusagen für ihre fehlende Vergleichswilligkeit zu bestrafen. Auf einem Urteil zu bestehen, ist das gute Recht der Parteien. Die Beklagte macht zu Recht geltend, dass es trölerisch gewesen wäre, sich überhaupt nicht vor der Verhandlung zu melden und einen Vorschlag dann einfach abzulehnen. Sanktionen hätte die Beklagte bei einer Ablehnung in der Verhandlung selbst dann – allerdings nur aufgrund von Beweisschwierigkeiten – nicht einmal zu befürchten gehabt. Es spricht jedenfalls für die Beklagte, dass sie ihren ablehnenden Standpunkt klar gemacht hat, als für sie deutlich wurde, dass das Gericht den Parteien substantielle gegenseitige Zugeständnisse empfehlen würde. Jedenfalls darf nicht leichthin von einem treuwidrigen Verhalten ausgegangen werden. Nach dem Gesagten ist der Antrag auf Entschädigung unnötiger Kosten unbegründet. (...)\* \* \* \* \*

- 37 - Aus dem Urteil des Obergerichts NG190025-O vom 14. April 2020 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Diggelmann, Stammbach; Gerichtsschreiberin Götschi): „(...) 1. Sachverhalt / Prozessgeschichte (...) 2. Prozessuales (...) 2.2 Der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren der Klage beträgt Fr. 21'044.–. Das vorinstanzliche Urteil ist daher mit Berufung anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde rechtzeitig, schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet eingereicht. Es ist daher grundsätzlich auf die Berufung einzutreten. 2.3 Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Zur unrichtigen Rechtsanwendung gehört auch die falsche Ermessensausübung, weshalb sie im Gesetz nicht eigens erwähnt wird. Zur Begründung der Berufung genügt es nicht, in der Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss das vor der Vorinstanz bereits Vorgebrachte (und von ihr Diskutierte) zu wiederholen. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewandt hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll (vgl. statt vieler OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 f. mit Verweisen sowie BGE 138 III 374). Soweit eine hinreichende Begründung fehlt,

- 38 - tritt die Berufungsinstanz auf die Berufung nicht ein (vgl. BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1; 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2). 2.4 Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn

sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Bestimmung regelt das Novenrecht im Berufungsverfahren abschliessend und ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren der Verhandlungs- oder der (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime untersteht. Eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO fällt ausser Betracht (vgl. BGE 138 III 625 ff.; 142 III 413 ff., E. 2.2.2 m.w.H.). Hinsichtlich unechter Noven obliegt es dem Rechtsuchenden, der sie vor der Berufungsinstanz geltend machen will, nachzuweisen, dass er die zumutbare Sorgfalt angewandt hat. Dies bedeutet insbesondere, dass er die Gründe, warum die Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz nicht behauptet und vorgelegt werden konnten, genau darlegen muss (vgl. BGE 5A\_456/2016 vom 28. Oktober 2016, E. 4.1.1; 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2 und 5A\_695/2012 vom 20. März 2013, E. 4.2.1).

3. Zur Berufung im Einzelnen

3.1 Gegenstand des Berufungsverfahrens Die Vorinstanz hiess die Klage der Mieter auf Behebung des Mangels und Herabsetzung des Mietzinses teilweise gut. Zur Mangelhaftigkeit der Mietwohnung führte sie im Wesentlichen aus, diese habe sich zur Zeit des Vertragsschlusses zwar in einem vertragskonformen Zustand befunden und sei nicht (alleine) aufgrund des Alters bzw. Zustandes der Fenster mangelhaft. Doch sei durch die Inbetriebnahme des "R." bzw. die Umnutzung der Räumlichkeiten im Erdgeschoss der Liegenschaft der Vermieterin (von einer Bank zu einem Café/einer Bar), in welcher auch die Mietwohnung der Mieter liegt, ein nachträglicher Mangel entstanden. Letzteres bestreitet die Vermieterin im Berufungsverfahren. Dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in den Räumen des heutigen "R." ein Finanzinstitut betrieben worden

- 39 - sei, von welchem insbesondere nachts keine Emissionen ausgegangen seien, stellt die Vermieterin aber nicht in Abrede.

3.2 Mangelbegriff / Definition und Abgrenzungen

3.2.1 Der Vermieter ist verpflichtet, die Sache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters sind namentlich nichtig, wenn sie in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume enthalten sind (Art. 256 Abs. 2 OR). Der Vermieter kommt seiner Pflicht nach Art. 256 Abs. 1 OR nach, wenn er dem Mieter die Sache in dem Zustand überlässt und erhält, der den vertragsgemässen oder – mangels genauerer Abrede – üblichen Gebrauch der Mietsache uneingeschränkt zulässt. Hingegen kommt er dieser nicht oder schlecht bzw. mangelhaft nach, wenn der Zustand der Mietsache vom vertragsgemäss geschuldeten Zustand abweicht (vgl. ZK OR-HIGI/WILDISEN, Vorbemerkungen zum 8. Titel [Art. 253 - 273c OR], Art. 253 - 265 OR, 5. Aufl. 2019, Art. 258 N 27 m.w.H.). Ein Mangel an der Mietsache liegt demnach stets dann vor, wenn sich die Mietsache nicht in dem Zustand befindet, den der Vermieter im Einzelfall konkret schuldet; auch wenn dadurch keine Beeinträchtigung des vertragsgemässen Gebrauchs bewirkt wird. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb eine Beeinträchtigung des vertragsgemässen Gebrauchs eine Voraussetzung für das Vorliegen eines Mangels darstellen soll. Wäre dem so, würde dies dem Vermieter namentlich erlauben, ohne besonderen Anlass nicht genau die Leistung zu erbringen, die er versprochen bzw. vertraglich zugesichert hat. Was im Einzelfall geschuldet ist und unter den gegebenen Umständen vom Mieter als Leistung objektiv von der Mietsache erwartet werden darf (nachfolgend als vereinbarten oder vertragsgemässen Zustand bezeichnet), muss anhand des konkreten Vertrages oder mangels (genauerer) Abrede anhand des üblichen Gebrauchs ermittelt werden (vgl. ZK OR-HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 258 N 27 ff.). Ein Mangel liegt mit anderen Worten vor, wenn die Mietsache eine vom Vermieter versprochene

Eigenschaft oder eine Eigenschaft nicht aufweist, mit welcher der Mieter unter Bezugnahme auf den zum vereinbarten Gebrauch tauglichen Zu-

- 40 - stand rechnen konnte. Dabei ist der tatsächliche Zustand der Sache mit dem vereinbarten Zustand zu vergleichen (vgl. BGE 135 III 345 ff., E. 3.2 = Pra 98 [2009] Nr. 135). Zu Recht geht auch die Vermieterin grundsätzlich von diesem Mangelbegriff aus. Unbestritten ist, dass die Parteien keine besonderen Abreden getroffen haben, insbesondere auch nicht in Bezug auf Immissionen bzw. auf ein bestimmtes Mass an Immissionsfreiheit. Demnach richtet sich der vertragsgemässe Zustand hier danach, was die Mieter als Leistung objektiv von der Mietwohnung erwarten durften. Was ein Mieter vernünftigerweise vom Mietobjekt an Tauglichkeit erwarten darf, ist nebst dem Gebrauchszweck vor allem abhängig vom Alter des Objektes sowie vom Mietpreis. Ferner bestimmen die anerkannten Regeln der Technik und die Verkehrsanschauung die vernünftige Erwartung mit. Bezüglich Schall- oder Wärmeisolation kann bei einem Altbau – wie hier – somit nicht dasselbe erwartet werden wie bei einem Neubau (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, Vorbemerkungen zum 8. Titel [Art. 253 - 273c OR], Art. 253 - 265 OR, 5. Aufl. 2019, Art. 256 N 33). Davon ging auch die Vorinstanz aus. Lärm im Schlafzimmer, der den Schlaf des Mieters stört, stellt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stets einen Mangel dar, und zwar einen solchen mittlerer Bedeutung, wenn die Mietsache zum Zwecke des Wohnens vermietet wurde (vgl. BGer 4C.65/2002 vom 31. Mai 2002, E. 3c = MRA 1/03 S. 14 ff.). Ob sich Lärm im konkreten Fall schlafstörend auswirkt, richtet sich – wie die Vorinstanz zu Recht ausführte – nicht nach dem subjektiven Empfinden der Mieter, sondern ist nach einem objektiven Massstab zu beurteilen. 3.2.2.1 Die Vermieterin macht unter dem Titel "Kein Mangel durch Umgebungsveränderung" im Wesentlichen geltend, die Mieter hätten objektiv nicht erwarten dürfen, dass sie die Flächen im Erdgeschoss nicht (früher oder später) an ein Restaurant / Café vermieten werde. Bei Räumlichkeiten wie den streitgegenständlichen, welche derart zentral in der Stadt gelegen seien, bestimme sich der vereinbarte Zustand und Gebrauch der Sache insbesondere nach den Bedingungen des Lebens in dieser Stadt, welche sich im Laufe der Zeit und entsprechend den so-

- 41 - zialen Bedürfnissen und Verhaltensweisen der Menschen verändern könne. Es sei notorisch, dass Restaurationsbetriebe mitsamt allfällig daraus resultierender Immissionen zu den üblichen Sacheigenschaften eines Ausgehquartiers gehörten. Sehe der Mieter eine derartige Veränderung voraus bzw. hätte er sie – wie dies hier der Fall sei – bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt voraussehen können, stehe dies der Annahme eines Mangels grundsätzlich entgegen (vgl. ... mit Verweis auf SVIT-Kommentar-TSCHUDI, 4. Aufl. 2018, N 33 zu Vorbemerkungen zu Art. 258-259i OR, der wiederum auf BGer 5C.117/2005 vom 16. August 2005, E. 2.3 verweist). Ausgehend vom dargelegten, von der Vermieterin grundsätzlich anerkannten Mangelbegriff (vgl. oben E. 3.2.1) stellt sie sich somit im Ergebnis auf den Standpunkt, weil die Mieter die (künftige) Vermietung an ein Restaurant / Café bzw. die Inbetriebnahme des "R." (samt dazugehöriger Immissionen) bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt bereits bei Vertragsschluss hätten voraussehen können, fehle dem Mietobjekt keine Eigenschaft, mit welcher die Mieter unter Bezugnahme auf den zum vereinbarten Gebrauch tauglichen Zustand hätten rechnen können; mit anderen Worten entspreche der tatsächliche Zustand dem vereinbarten Zustand des Mietobjektes. 3.2.2.2 Die Vereinbarung des vorausgesetzten, vertragsgemässen Gebrauchs der Mietsache kann zwar grundsätzlich auch stillschweigend erfolgen (vgl. ZK OR-HIGI/WILDISEN, a.a.O.,

Art. 259a N 19). Doch übersieht die Vermieterin dabei zum einen, dass die Parteien aufgrund der absolut zwingenden Natur von Art. 256 Abs. 2 OR die Pflicht der Vermieterin zur Übergabe und Erhaltung der Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand nicht zum Nachteil der (Wohnraum-)Mieter einschränken oder wegbedingen können; eine solche Vereinbarung wäre nichtig (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Art. 256 N 4 und 70 ff.; so im Ergebnis auch SVIT-Kommentar-TSCHUDI, a.a.O., N 34 zu Vorbemerkungen zu Art. 258-259i OR). Der Vermieter muss die Mietsache somit grundsätzlich auch dann namentlich in einem Zustand erhalten, der den vertragsgemässen oder üblichen Gebrauch uneingeschränkt zulässt, wenn vertraglich ein geringeres Mass an Immissionsfreiheit vereinbart worden sein sollte. Es sei denn, der Mieter würde

- 42 - diesfalls für die entsprechende Schmälerung der Hauptpflicht des Vermieters voll entschädigt. Letzteres macht die Vermieterin nicht geltend. Entgegen der Vermieterin würde somit selbst sichere Kenntnis der Mieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über einen künftigen Mangel dessen Qualifikation als Mangel nicht von vornherein ausschliessen. 3.2.2.3 Weiter geht es entgegen der Vermieterin nicht um (übliche Sach-)Eigenschaften eines Ausgehquartiers, sondern darum, welche (üblichen Sach-)Eigenschaften die Mieter als Leistung objektiv von der Mietwohnung erwarten durften. Der vertragsgemässe Zustand richtet sich wie gesehen (vgl. oben E. 3.2.1) danach, was die Mieter unter den gegebenen Umständen als Leistung objektiv von der Mietwohnung erwarten durften. Es ist unbestritten, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in den Räumen des heutigen "R." ein Finanzinstitut betrieben wurde, von welchem insbesondere nachts keine Immissionen ausgingen (...). Die Mieter durften somit unter den gegebenen Umständen als Leistung objektiv von der Mietwohnung erwarten, dass diese insbesondere nachts keine Emissionen aus diesen Räumen ausgesetzt ist. Die Vermieterin macht in diesem Zusammenhang unter Verweis auf BGE 135 III 345 ff. und BGer 4A\_281/2009 vom 31. Juli 2009 geltend, mit Veränderungen und Entwicklungen in der Umgebung müsse gerechnet werden, weshalb auch damit einhergehende Einwirkungen hinzunehmen seien. Nur in "extremen Fällen" könne eine Veränderung zu einer Beeinträchtigung des vorausgesetzten Gebrauchs des Mietobjektes führen. Um zu bestimmen, mit welchem Lärm bzw. welchen Nutzungsarten ein Mieter üblicherweise zu rechnen habe (und daher in Bezug auf den vereinbarten Gebrauch kein Mangel vorliege), seien unter anderem die Umgebung des Gebäudes, die Bausubstanz, seine Abnutzung sowie die darin ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen (...), mit Verweis auf BGE 135 III 345 ff., E. 3.3 und BGer 4A\_281/2009 vom 31. Juli 2009, E. 3.2). Dass für das Vorliegen eines Mangels keine Beeinträchtigung des vorausgesetzten Gebrauchs des Mietobjektes gegeben sein muss, wurde bereits dargelegt (vgl. oben E. 3.2.1).

- 43 - Weiter ging das Bundesgericht im erwähnten Entscheid 135 III 345 ff. zwar grundsätzlich vom gleichen Mangelbegriff aus, von welchem auch hier auszugehen ist (vgl. oben E. 3.2.1). Dennoch kann dieser Entscheid mangels Vergleichbarkeit zur Beurteilung nicht herangezogen werden, ging es darin doch um Entwicklungen in der Umgebung, konkret um eine dichtere Überbauung der Umgebung. Die Mieter mussten neu von einem ihrer Zimmer aus Fenster und Balkone ansehen, weil in der Nachbarschaft ein Mietshaus abgebrochen und an dessen Stelle ein nicht durchwegs identischer Neubau errichtet worden war. Das kantonale Gericht hatte den Mietern eine Mietzinsreduktion von 2 % gewährt, weil nun von den gemieteten Räumen aus Fenster und Balkone zu sehen

sein, wo vorher keine solchen zu sehen gewesen seien. Das Bundesgericht verneinte das Vorliegen eines Mangels demgegenüber mit der Begründung, nicht jede im Verlauf des Mietverhältnisses auftretende Verminderung des Komforts stelle einen Mangel dar. Die dichtere Überbauung der Umgebung sei eine vorhersehbare Entwicklung und ein Vermieter müsse – ohne besondere Zusicherung – keine Garantie dafür bieten, dass diese ausbleibe (a.a.O., E. 3.3). Dasselbe gilt für den ebenfalls von der Vermieterin zitierten unpublizierten Bundesgerichtsentscheid 4A\_281/2009 ("Lifflärm-Entscheid"). Darin hatte die kantonale Instanz einen Mangel verneint, weil die Lärmimmissionen des Aufzugs, an dessen Schacht die Wohnung der Mieter direkt angrenzte, nicht übermässig erscheinen bzw. eine Toleranzschwelle nicht überschreiten würden. Das Bundesgericht fügte dem in seiner Begründung hinzu, die Tatsache, dass sich die Mieter erst ein Jahr nachdem sie in der Wohnung waren, erstmals beschwert hätten, sei ein ernstzunehmendes Indiz dafür, dass sich das Mietobjekt in einem Zustand befinde, der den Vorstellungen der Mieter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspreche; wenn man bedenke, dass der Aufzug jeden Tag und in geringerem Masse auch nachts in Betrieb sei, sei das Ausbleiben einer Reaktion während eines Jahres kaum mit dem Begriff des Mangels vereinbar (a.a.O., E. 3.2 f.). Das Bundesgericht schloss aus der erst ein Jahr später erfolgten Beanstandung seitens der Mieter, der tatsächliche Zustand der Mietsache entspreche dem vereinbarten bzw. vertragsgemässen Zustand. Dass sich dies im vorliegenden Fall gleich verhalte, behauptete die Vermieterin zu Recht nicht.

- 44 - In beiden Fällen wurden (zumindest teilweise) auch nachbarrechtliche Grundsätze als Kriterien für die Beurteilung des Vorliegens eines immissionsbedingten Mangels im Mietrecht herangezogen. Ob nachbarrechtliche Bestimmungen im Mietrecht analog anwendbar sind, ist umstritten. Eine analoge Anwendung hätte zur Folge, dass auch im Mietrecht insbesondere die Kriterien Schädlichkeit, Lage, Beschaffenheit der Grundstücke und Ortsgebrauch massgebend wären. Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur verneint eine analoge Anwendung mit dem Verweis darauf, im Mietrecht sei primär auf die vertragliche Vereinbarung und damit auf den Parteiwillen abzustellen (vgl. REETZ/HAEFELI, Ansprüche von Mietern und Vermietern bei Störungen durch benachbarte Mieter, in: MRA 5/09 S. 153 ff., S. 159 m.w.H.). Diese Frage braucht hier nicht abschliessend erörtert zu werden. Denn hier gehen die in Frage stehenden Immissionen ohnehin nicht von einem Eigentümer oder Besitzer eines anderen Grundstücks aus, sondern von den Mieträumlichkeiten im Erdgeschoss; dies aufgrund der Inbetriebnahme des "R." bzw. der Umnutzung dieser Räumlichkeiten, welche die Vermieterin erlaubt und damit herbeigeführt hat. Daher rechtfertigte sich eine analoge Anwendung nachbarrechtlicher Grundsätze von vornherein nicht. Das Gesagte gilt auch für den von der Vermieterin angeführten unpublizierten Bundesgerichtsentscheid 5C.117/2005 vom 16. August 2005. In jenem Entscheid ging es um die Berechnung und Bemessung von Schadenersatz im Sinne von Art. 679 und Art. 684 ZGB (Überschreitung des Eigentumsrechts / Übermässige Einwirkungen). Das Bundesgericht hielt fest, hierfür sei von der Mietminderung auszugehen, welche die Mieter geltend machen könnten, und dabei seien nachbarrechtliche Grundsätze heranzuziehen. An dieser Stelle bleibt klarzustellen, dass die Mieter keine Ansprüche aus Nachbarrecht gemäss Art. 679 oder 684 ZGB geltend machen. Ob die Immissionen im Sinne von Art. 684 ZGB übermässig sind und ob diese die nachbarrechtliche Toleranzgrenze übersteigen, spielt damit für das Vorliegen eines mietrechtlichen Mangels grundsätzlich keine Rolle. Die entsprechenden Ausführungen der Vermieterin zielen somit an der Sache vorbei. Es ist davon auszugehen,

dass die Vorinstanz mit "Toleranzgrenze" das von der Vermieterin vertraglich geschuldete Mass an Immissionsfreiheit bzw. das gemeint hat, was die Mieter als Leistung objektiv von der Mietwohnung (als Altbau) erwar-

- 45 - ten durften. Davon scheint im Übrigen im Ergebnis auch die Vermieterin auszugehen. 3.2.2.4 Soweit die Vermieterin geltend macht, es liege kein Mangel vor, weil der Beeinträchtigungsschwellenwert von 5 % nicht erreicht sei, übersieht sie, dass gemäss Bundesgericht für die Rechtfertigung einer Mietzinsherabsetzung der Gebrauch der Sache zu mindestens 5 % beschränkt sein muss (oder aber zu 2 %, wenn es sich um einen dauerhaften Mangel handle, vgl. BGE 135 III 345 ff., E. 3 m.w.H.). Dies änderte am Vorliegen eines Mangels jedoch nichts, zumal hier davon ausgegangen wird, dass es für das Vorliegen eines Mangels keiner Beschränkung des Gebrauchs der Sache bedarf (vgl. oben E. 3.2.1). 3.2.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – mangels konkreter (ausdrücklicher oder stillschweigender) besonderer Vereinbarung der Parteien – ein Mangel vorliegt, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache von dem abweicht, was die Mieter als Leistung objektiv von der Mietwohnung erwarten durften. Lärm, der den Schlaf der Mieter stört, stellt wie gesehen einen Mangel dar. Das bedeutet, dass Mieter objektiv von ihrer Mietwohnung erwarten dürfen, dass diese sie vor Lärm schützt, der ihren Schlaf stört. Daran ändert nichts, dass es sich hier um einen Altbau handelt. 3.3 Schlafstörende Auswirkung des Lärms 3.3.1 Maximal ein bis zwei zusätzliche Aufwachreaktionen aufgrund der gemessenen Pegelspitzen 3.3.1.1 Die Vorinstanz führte zur Begründung im Wesentlichen aus, gemäss Gutachten vom 20. Dezember 2018 seien nach Betriebsschluss (des "R."), also zwischen Mitternacht und 1:00 Uhr, durch das Zusammenräumen der Aussenbestuhlung Pegelspitzen zwischen 31 und 39 dB(A) zu verzeichnen gewesen. Dies stelle eine moderate Abweichung von 1 bis 9 dB vom Dauerschallpegel dar, der an den Messstellen im Zimmer 1 im Beobachtungszeitraum vom 16. bis 19. August 2018 bei geschlossenen Fenstern während der ganzen Nacht (22:00 Uhr bis 6:00 Uhr) gemessen worden sei. Dadurch sei mit einer bis zwei zusätzlichen Aufwachreakti-

- 46 - onen pro Nacht zu rechnen (...). Bei den gemessenen Pegeldifferenzen handle es sich nicht mehr um vernachlässigbare Umweltgeräusche, welche die Aufmerksamkeit nur kurzfristig auf sich zögen. Vielmehr führten insbesondere die Aufräumarbeiten der Aussenwirtschaft zu Aufwachreaktionen, die zweifelsohne die Toleranzgrenze übersteigen würden. Auch verkenne die Vermieterin, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung trotz fehlender gesetzlich festgelegter Schwellenwerte davon ausgehe, dass jede objektiv den Schlaf störende Lärmbelastung einen Mangel im mietrechtlichen Sinne darstelle. Insgesamt vermöge somit die bestehende Schallisolation in den Zimmern 1-3 aus objektiver Warte eine bis zwei zusätzliche Aufwachreaktionen im Zusammenhang mit den Aufräumarbeiten der Mitarbeitenden des "R." in der warmen Jahreszeit nicht zu verhindern. 3.3.1.2 Die Vermieterin hält dem im Wesentlichen entgegen, die Annahme der Vorinstanz, die Pegelspitzen L von max. 31-39 dB(A) führten auch bei durchschnitlich empfindlichen Menschen zu einer bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen pro Nacht, sei willkürlich. Erstens hätten die Gutachter einzig ausgeführt, dass die Pegelerhöhungen von 1-9 dB zu maximal einer bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen während der Nacht führen könnten. Zweitens führten weder Pegelspitzen zwischen 31 und 36 dB noch zwischen 31 und 39 dB bei einem Durchschnittsmenschen zu zusätzlichen Aufwachreaktionen. Und drittens sei es ohnehin so, dass am Ohr der schlafenden Mieter (und nicht in der Raummitte) hätte gemessen werden müssen, weshalb die Dezibelwerte

(von welchen auszugehen sei) nochmals ca. 5-6 dB tiefer seien. Sodann komme es bei einem 35-dB(A)- Ereignis nur einmal in der Woche zu einer zusätzlichen Aufwachreaktion und da der schlafgesunde Mensch in einer normalen Nacht ca. 24 Mal spontan erwache, fielen auch diese wenigen zusätzlichen Aufwachreaktionen nicht ins Gewicht. Ihre Vorbringen zum zweiten und dritten Einwand stützt die Vermieterin einerseits auf den mit ihrer Berufungsschrift ins Recht gereichten Auszug aus der Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt im Umgang mit Alltagslärm und andererseits auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Übermässigkeit von Kirchenglockengeläut.

- 47 - 3.3.1.3 Vorab ist klarzustellen, dass die Vorinstanz – entgegen der Behauptung der Vermieterin – zur Beurteilung der Frage, ab welchen Pegelspitzen mit wie vielen zusätzlichen Aufwachreaktionen zu rechnen sei, weder die Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt zum Thema Alltagslärm noch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Übermässigkeit von Kirchenglockengeläut herangezogen hat. Vielmehr hielt sie fest, die Anzahl der Aufwachreaktionen seien – auch gemäss Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt – objektiv anhand der gemessenen Lärmpegel zu bestimmen. Dem ist wie bereits dargelegt zuzustimmen, zumal die schlafstörende Auswirkung der gemessenen Pegelspitzen nach einem objektiven Massstab zu beurteilen ist (vgl. oben E. 3.2.1). Daher kommt es nicht auf die Reaktionen der Mieter an, weshalb es nicht entscheidend ist, ob die Mieter (effektiv) Aufwachreaktionen zeigten und falls ja, wie viele. Demnach ist die Feststellung im Gutachten, die Pegelerhöhungen von 1- 9 dB könnten zu maximal einer bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen während der Nacht führen, entgegen dem ersten Einwand der Vermieterin zur Begründung hinreichend. Der Einwand der Vermieterin erweist sich als unbehelflich. In Bezug auf die zum zweiten Einwand gestützt auf die Vollzugshilfe und die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung vorgebrachten Tatsachenbehauptungen legt die Vermieterin nicht dar, dass diese keine unzulässigen neuen Tatsachenbehauptungen im Sinne von Art. 317 ZPO darstellen. Es wäre an ihr gewesen darzulegen, warum sie diese Tatsachenbehauptungen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits in erster Instanz behaupten und die entsprechenden Beweismittel vorlegen konnte. Dies ist denn auch nicht ersichtlich. Soweit die Vermieterin gestützt auf diese Tatsachenbehauptungen schliesst, weder Pegelspitzen zwischen 31 und 36 dB noch zwischen 31 und 39 dB führten bei einem Durchschnittsmenschen zu zusätzlichen Aufwachreaktionen oder seien mit Blick auf die 24 Aufwachreaktionen pro Nacht eines schlafgesunden Menschen vernachlässigbar, ist sie damit nicht zu hören. Ob und inwiefern diese Tatsachenbehauptungen relevant wären, kann daher offen bleiben. Inwiefern die Vollzugshilfe oder die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Übermässigkeit von Kirchenglockengeläut in rechtlicher Hinsicht zu

- 48 - berücksichtigen wären, legt die Vermieterin nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Zumal wie bereits dargelegt die Übermässigkeit des Lärms nicht zu beurteilen ist (vgl. insb. oben E. 3.2.2.3). Im Übrigen erachtete das Bundesgericht das Kopfende des Bettes entgegen der Vermieterin nicht als massgeblichen Messpunkt. Vielmehr wurde dieser Punkt von jenem Gutachter ohne ersichtliche Begründung gewählt (vgl. BGer 1C\_383/2016 bzw. 1C\_409/2016 vom 13. Dezember 2016, E. 4.4). In Anbetracht der Tatsache, dass Mieter ihre Möbel in einer Mietwohnung beliebig stellen dürfen, ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht von den in der Raummitte gemessenen Pegelspitzen ausgegangen werden können sollte. Nach dem Gesagten ist die von der Vermieterin in diesem Zusammenhang beantragte Rückweisung zum Zwecke der entsprechenden Sachverhaltsergänzung durch die

Vorinstanz obsolet; ohne- hin hält selbst die Vermieterin die genauen Dezibelwerte am Ohr der schlafenden Mieter letztlich nicht für entscheidend. Sie stellt sich auf den Standpunkt, auch die (in der Raummitte) gemessenen Pegelspitzen führten nicht zu zusätzlichen Aufwachreaktionen. 3.3.1.4 Die Vermieterin vermag somit nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz zu Unrecht, geschweige denn willkürlich, angenommen hat, die (zwischen Mitternacht und 01:00 Uhr) gemessenen Pegelspitzen führten auch bei durchschnittlich empfindlichen Menschen zu ein bis zwei Aufwachreaktionen pro Nacht. 3.3.2 Kausalität der Aufräumarbeiten im "R." nach Mitternacht bis ca. 01:00 Uhr für ein bis zwei zusätzliche Aufwachreaktionen pro Nacht 3.3.2.1 Die Vorinstanz erwog dazu im Wesentlichen, laut Gutachten seien zwischen Mitternacht und 01:00 Uhr durch das Zusammenräumen der Aussenbestuhlung Pegelspitzen zwischen 31 und 39 dB(A) zu verzeichnen gewesen, wodurch mit ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen pro Nacht zu rechnen sei. Insbesondere die Aufräumarbeiten der Aussenwirtschaft führten zu Aufwachreaktionen, die zweifellos die Toleranzgrenze übersteigen würden. Die Vermieterin verkenne die Methode des Gutachtens: Es sei nicht nur der Schalldruckpegel gemessen worden, vielmehr seien parallel dazu die Geräusche in ihrer Gesamtheit mit Mikrofonen aufgezeichnet worden. Dies habe es dem Gutachter bzw. seinen Mitarbeitern erlaubt, die gemessenen Pegel den einzelnen Arten von Geräuschen zuzuordnen, wie aus den Diagrammen gemäss Beilage 2.1-3 und insbesondere aus der Tabelle in Beilage 2.4 von act. 82 hervorgehe. Die Vermieterin habe die Kausalität zwischen den gemessenen Aufwachreaktionen und dem Betrieb bzw. den Aufräumarbeiten des "R." zwar bestritten, doch werde von ihr weder ein Gegenbeweis offeriert noch seien hierzu Ergänzungsfragen gestellt worden. Die Vorinstanz gelangte daher zum Schluss, es sei erstellt, dass insbesondere die Aufräumarbeiten im "R." nach Mitternacht bis ca. 01:00 Uhr auch bei durchschnittlich empfindlichen Menschen zu ein bis zwei Aufwachreaktionen pro Nacht führten. 3.3.2.2 Die Vermieterin stellt sich auf den Standpunkt, die Annahme der Vorinstanz, die Aufräumarbeiten im "R." zwischen Mitternacht und ca. 01:00 Uhr seien kausal für die gemessenen Pegelspitzen L von max. 31-39 dB(A), sei willkürlich. Wie bereits in ihrer Stellungnahme zum Gutachten vor Vorinstanz hob die Vermieterin hervor, die Gutachter seien zum Schluss gekommen, dass es nicht möglich sei, genau zu definieren, wie laut nur die Aussenwirtschaft des "R." in der Wohnung sei. Sie hielt dafür, es sei nicht nachvollziehbar, wie die Gutachter dann aber sagen wollten, dass es sich bei den gemessenen Pegelspitzen um das Zusammenstellen der Stühle gehandelt haben soll. Denn diese Spitzen könnten auch durch die normalen Passantenströme, umliegende Restaurants/Bars, der Tram- und Bushaltestelle oder durch ein vorbeifahrendes Motorrad oder aufgetuntes Auto verursacht worden sein. Die Aussagen der Gutachter auf Seite 4 und 5 seien insoweit widersprüchlich. Ausserdem sei die Feststellung willkürlich, die Aufräumarbeiten würden zwischen Mitternacht und 01:00 Uhr stattfinden. Der Beilage 2.4 des Gutachtens sei zu entnehmen, dass die entsprechenden Pegelspitzen, auf welche sich die Vorinstanz stütze, um ca. 23:05 Uhr und 00:02 Uhr gemessen worden seien. 3.3.2.3 Die Vorinstanz führte in ihrer Begründung bereits aus, weshalb der Gutachter bzw. seine Mitarbeiter die gemessenen Pegel den einzelnen Arten von Geräuschen bzw. insbesondere den Aufräumarbeiten im "R." nach Mitternacht bis ca.

- 49 - 01:00 Uhr, hatten zuordnen können. Damit setzt sich die Vermieterin nicht auseinander, weshalb grundsätzlich darauf nicht weiter einzugehen ist. Die Vermieterin scheint aus der Behauptung, die Pegelspitzen, auf welche sich die Vorinstanz abstütze, seien nicht

zwischen Mitternacht und 01:00 Uhr, sondern um ca. 23:05 Uhr und 00:02 Uhr gemessen worden, ableiten zu wollen, dass die Aufräumarbeiten des "R." nicht kausal waren für die gemessenen Pegelspitzen, welche zu ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen führten. In der Tat erscheinen die Ausführungen der Vorinstanz zur Begründung nicht ganz schlüssig. Denn zunächst wird erwähnt, dass gemäss Gutachten aufgrund der Pegelerhöhung von 1-9 dB durch das Zusammenräumen der Aussenbestuhlung (deren Pegelspitzen zwischen 23:05 Uhr und 00:02 Uhr gemessen wurden, vgl. act. 82 Beilage 2.4) mit ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen zu rechnen sei. Im Ergebnis begründete die Vorinstanz die ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen jedoch insbesondere mit den Aufräumarbeiten des "R." zwischen Mitternacht und 01:00 Uhr. Die Vermieterin übersieht jedoch, dass den Mietern der Hauptbeweis (u.a. mittels offeriertem Gutachten) dafür auferlegt worden war, dass sie wegen der nächtlichen Immissionen des Aussenbetriebs des "R." im Schlaf gestört werden. Zu nächtlichen Immissionen des Aussenbetriebs gehört zweifellos auch das Zusammenstellen der Stühle zwischen 23:05 Uhr und 00:02 Uhr. Ob die Pegelspitzen, auf welche die Vorinstanz abstellte, zwischen 23:05 Uhr und 00:02 Uhr oder zwischen Mitternacht und 01:00 Uhr gemessen und ob diese durch das Zusammenstellen der Stühle oder durch Aufräumarbeiten verursacht wurden, ist daher letztlich nicht entscheidend. Auch wenn die gemessenen Pegelspitzen, die gemäss Gutachten zu ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen führen, vor und nicht nach Mitternacht gemessen wurden und nicht durch das Aufräumen, sondern durch das Zusammenstellen der Stühle verursacht worden sein sollten, besteht kein Zweifel daran, dass diese zusätzlichen Aufwachreaktionen aufgrund der nächtlichen Immissionen des (Aussen-)Betriebs des "R." verursacht wurden. Es ist somit nicht ersichtlich, was die Vermieterin aus diesem Vorbringen für sich ableiten können will.

- 51 - 3.3.3 Bedeutung des Mangels 3.3.3.1 Die Vorinstanz stufte den Lärm als mittleren Mangel ein. Eine den Schlaf objektiv störende Lärmbelastung sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als mittlerer Mangel zu qualifizieren. 3.3.3.2 Die Vermieterin bringt dagegen unter dem Titel der Übermässigkeit von Immissionen gestützt auf den eingereichten Auszug aus der Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt im Umgang mit Alltagslärm und auf Bundesgerichtsentscheidung zwar insbesondere vor, bei den gemessenen Pegelspitzen zwischen 31 und 39 dB(A) sei höchstens mit einer zusätzlichen Aufwachreaktion pro Woche zu rechnen, die Mieter seien nicht krank oder alt und das Mietobjekt liege mitten im Ausgehquartier. Gemäss Berechnungsformel der Vollzugshilfe sei die Intensität der Störung damit null. Es lägen somit keine Umstände vor, die den Schlaf objektiv störten und die zu beurteilenden Immissionen wirkten sich höchstens "leicht störend" aus. Die Übermässigkeit ist wie gesagt nicht zu beurteilen (vgl. insb. oben E. 3.2.2.3). Im Übrigen kann auf das zu den neuen Tatsachenbehauptungen und dem Rechtlichen bereits Ausgeführten verwiesen werden (vgl. oben E. 3.3.1.3). 3.3.4 Zwischenfazit Als Zwischenfazit kann zusammengefasst festgehalten werden, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass aufgrund der Inbetriebnahme des "R." ein mittlerer Mangel vorliegt. 3.4 Begehren auf Ersatz der Fenster / Mängelbeseitigungsanspruch / Fehlen anspruchvernichtender Voraussetzungen (Zumutbarkeit) 3.4.1.1 Die Vorinstanz erwog zur Zumutbarkeit der (vollen) Mängelbehebung im Wesentlichen, massgebend seien die Mehrkosten, welche aufgrund des vorzeitigen Ersatzes einzelner Fenster im Vergleich zu den Kosten, die ohnehin im Rahmen der geplanten Gesamtsanierung anfallen würden. Diesbezüglich schweige sich die Vermieterin aber aus. Auch bringe sie lediglich die Befürchtung vor, die vorzeitig ersetzten Fenster schlimmstenfalls im Zuge der

Gesamtsanierung ent-

- 52 - sorgen zu müssen. Weshalb es ihr nicht möglich sei festzustellen, welche Auflagen der Denkmalschutzbehörden diesbezüglich zu beachten seien, und so sicherzustellen, dass diese nicht entsorgt werden müssten, lege sie aber ebenfalls nicht dar. Der von der Vermieterin hierzu angeführte Bundesgerichtsentscheid 4A\_244/2009 beziehe sich auf ein zum Abriss bestimmtes Haus. In den übrigen Fällen könne nur dann von Unzumutbarkeit gesprochen werden, wenn die Aufwendungen im Falle einer Totalrenovation oder eines Neubaus verloren gehen oder in keiner vernünftigen Relation zum Wert des Mietobjekts stehen würden. Von einer solchen Ausgangslage könne nicht gesprochen werden, weshalb sich die Vermieterin grundsätzlich nicht auf eine Unzumutbarkeit der Mängelbehebung berufen könne (vgl. ... u.a. mit Verweis auf ZK OR-HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 259b N 11). 3.4.1.2 Die Vermieterin beanstandet diesbezüglich im Wesentlichen, die Vorinstanz lasse unberücksichtigt, dass es für eine Bejahung der Unzumutbarkeit ausreiche, wenn in Anbetracht der bevorstehenden Abbruch-/Sanierungsarbeiten keine Möglichkeit bestehe, die Investition zu amortisieren. Dies sei vorliegend der Fall. Es dürfe als notorisch gelten, dass die Baubehörden die von der Vermieterin einzuholende Baubewilligung lediglich unter diversen Auflagen (insbesondere solchen im Zusammenhang mit dem Denkmalschutz) erteilen werde. Daher könne noch nicht abgeschätzt werden, welche einheitlich einzubauenden Fenstertypen gewählt werden könnten bzw. müssten. Da die gesamte Aussenhülle (inkl. Fassade) zu erneuern sein werde, würden die Auflagen auch von den geplanten Arbeiten an der Fassade abhängen und andere Anforderungen erfüllen müssen, als dies bei einem vorzeitigen Ersatz im heutigen Zeitpunkt der Fäll wäre (... insb. mit Verweis ... auf ZK OR-HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 259b N 11). 3.4.1.3 Der Mieter hat einen Mangelbeseitigungsanspruch, wenn ein nachträglicher Mangel an der Mietsache vorliegt, den er nicht zu vertreten oder zu beseitigen hat und anspruchvernichtende Voraussetzungen fehlen. Anspruchsvernichtend ist die objektive Unmöglichkeit der Mängelbehebung durch den Vermieter und die sich nach Treu und Glauben ergebende Unzumutbarkeit der vollen Mängelbehebung. Der Vermieter kann beispielsweise bei der Vermietung von sanierungsbedürftigen Altbauten bis zur Renovation nicht gezwungen werden, Ausga-

- 53 - ben für die Mängelbehebung zu tätigen, die in keiner vernünftigen Relation zum Gebrauchswert des Objektes stehen, sondern höchstens zu solchen, die Kosten notbedürftiger Behebung decken (vgl. ZK OR HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 259b N 11 insb. mit Verweis auf BGer 4A\_244/2009 vom 7. September 2009 E. 3 = MRA 1/10 S. 21 ff.; vgl. auch act. 139 S. 30). Die Vermieterin wiederholt wie gesehen einzig ihre bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Einwände und setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. Insoweit kann auf ihre Vorbringen nicht eingegangen werden. Im Übrigen behauptet sie auch in der Berufungsschrift von vornherein nicht, die Ausgaben für die Mängelbehebung stünden in keiner vernünftigen Relation zum Gebrauchswert des Objektes, und legt dies auch nicht dar. Dasselbe gilt für die Behauptung, es bestehe in Anbetracht der bevorstehenden Abbruch- / Sanierungsarbeiten keine Möglichkeit, die Investition zu amortisieren. Inwiefern ihre Vorbringen zulässige Noven darstellen und zu berücksichtigen wären, braucht daher nicht geklärt zu werden. 3.4.1.4 Es bleibt somit bei der fehlenden Unzumutbarkeit der (vollen) Mängelbehebung. 3.4.2.1 Weiter verpflichtete die Vorinstanz die Vermieterin in teilweiser Gutheissung der Klage, in den Zimmern 1 und 3 des Mietobjektes (Eckzimmer N.- und D.-strasse sowie Zimmer an der D.-strasse,

das Richtung C.-strasse liegt) Fenster bzw. Balkontüren einbauen zu lassen, die punkto Wärmedämmung den Anforderungen der SIA-Norm 181/2006 genügen und ein bewertetes Bau-Schalldämmmass R' von 41 bis 43 dB erreichen. w Zur Begründung, weshalb die Vermieterin solche Fenster bzw. Balkontüren einbauen zu lassen habe, führte die Vorinstanz aus, angesichts der Tatsache, dass es zu einer Pegelerhöhung von 1 bis 9 dB gegenüber dem allgemeinen Dauerschallpegel komme, müsse die Vermieterin gemäss Gutachten zum Einbau solcher Fenster bzw. Balkontüren verpflichtet werden bzw. empfehle dies das Gutachten. Dies bedeute im Lichte der Lärmschutzverordnung zwar, dass die Vermieterin bessere und teurere Fenster einbauen müsste, als es die geltende Norm vorschreibe. Und grundsätzlich hätten die Mieter im Rahmen der Mängelbehebung

- 54 - keinen Anspruch auf Verbesserung des Komforts (... u.a. mit Verweis auf Anhang 1 Abs. 1 zur Lärmschutzverordnung). Doch würden die Mieter ihren Anspruch auf Mängelbehebung auch nicht schon dadurch verlieren, dass die Mietsache nach den zur Behebung unerlässlichen Massnahmen einen Mehrwert aufweisen würde. Von einer unerlässlichen Behebungsmassnahme sei etwa auszugehen, wenn ein defekter Kühlschrank nicht mehr repariert werden könne und auf dem Markt nur noch höherwertige Modelle erhältlich seien. Das Korrelat zur mit einer Mängelbehebung unvermeidlich einhergehenden Wertsteigerung sei ein Anspruch des Vermieters auf eine Mietzinserhöhung wegen wertvermehrender Investitionen gestützt auf Art. 269a lit. b OR. Diese Massnahme sei unerlässlich, um die Gebrauchstauglichkeit der Sache wiederherzustellen (... u.a. mit Verweis auf BGer 4A\_244/2009 vom 7. September 2009, E. 3.2). Im Ergebnis hält die Vorinstanz somit dafür, der Mangel könne einzig durch den Einbau dieser entsprechenden Fenster bzw. Balkontüren behoben werden, weshalb dies für die Vermieterin zumutbar sei, auch wenn dadurch ein Mehrwert geschaffen werde.

3.4.2.2 Die Vermieterin beanstandet im Wesentlichen, indem die Vorinstanz sie ohne entsprechenden Antrag der Mieter zum Einbau von Fenstern mit gewissen Minimal-Anforderungen bezüglich Schalldämmmass verpflichtet habe, habe sie die Dispositionsmaxime sowie Art. 259a Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 259b OR verletzt. Es sei nicht Sache des Gerichts zu entscheiden, wie ein Mangel zu beseitigen sei. Zudem sei nie abgeklärt worden, ob der behauptete Mangel auch durch andere, allenfalls weniger weitgehende Massnahmen (wie beispielsweise Abdichtung des Rollladenkastens, Arbeiten an der Fassade oder anderweitige schallabsorbierende Massnahmen im Innenbereich des Mietobjektes) behoben werden könnte. Dass die Parteien keine "Alternativen" diskutiert hätten, spiele keine Rolle. Sie habe ohnehin keine solchen nennen müssen, bevor ein Mangel nicht rechtsgenügend nachgewiesen sei. Daher sei es willkürlich, den angeordneten Fensterersatz als eine "unerlässliche Massnahme" zur Beseitigung des Mangels anzusehen.

3.4.2.3 Nach dem Dispositionsgrundsatz darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO). Ob ein Gericht mehr oder anders zugesprochen hat, als eine Prozesspartei verlangt hat, misst sich in erster Linie an den gestellten Rechtsbegehren. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Verletzung des Grundsatzes "ne eat iudex ultra petita partium" nicht vor, wenn ein Gericht den eingeklagten Anspruch in rechtlicher Hinsicht ganz oder teilweise abweichend von den Begründungen der Parteien würdigt, sofern er vom Rechtsbegehren gedeckt ist. Das Gericht ist aber an den Gegenstand und Umfang des Begehrens gebunden, insbesondere wenn der Kläger seine Ansprüche im Rechtsbegehren selbst qualifiziert oder beschränkt (vgl. BGer

4A\_440/2014 vom 27. November 2014, E. 3.3; 4A\_572/2010 vom 20. Dezember 2010, E. 4.2; 5A\_168/2020 vom 1. Juni 2010, E. 3 je m.w.H.). Die Vorinstanz hielt fest, die Mieterin habe den Ersatz derjenigen vier Fenster innert angemessener Frist beantragt, welche gegen die D.-strasse und den C.-Platz gerichtet seien (zwei im Schlaf-, je eines im Ess- und Wohnzimmer). Dies beanstandet die Vermieterin nicht. Die Vorinstanz legte mit ihrer Anordnung nicht fest, wie der Mangel zu beheben sei. Vielmehr legte sie fest, dass der Mangel durch Einbau von Fenstern und Balkontüren derjenigen Qualität zu erfolgen habe, die ihrer Ansicht nach für die Beseitigung des Mangels erforderlich sei. Damit verliess sie den Gegenstand und Umfang des Begehrens grundsätzlich nicht, zumal die Mieter die Mängelbehebung durch den Einbau neuer Fenster und Balkontüren verlangt und ihre Ansprüche im Rechtsbegehren nicht selbst qualifiziert oder beschränkt hatten. Somit sprach die Vorinstanz nichts anderes oder mehr zu, als von den Mietern verlangt worden war. Im Übrigen behauptet die Vermieterin auch nicht, dass die im Dispositiv erwähnten Fenster und Balkontüren in den Zimmern 1 und 3 des Mietobjektes nicht zu denjenigen gehörten, hinsichtlich welcher die Mieter den Einbau neuer Fenster und Balkontüren beantragt haben. 3.4.2.4 Die Vermieterin macht sodann nicht geltend, dass es andere Massnahmen gegeben hätte, mit denen dieser Mangel hätte behoben werden können, und welche dies gewesen wären. Auch behauptet die Vermieterin nicht, dies bereits vor Vorinstanz vorgebracht zu haben; das Gegenteil ist der Fall. Ob die angeord-

- 56 - nete Massnahme eine zur Mängelbehebung unerlässliche ist (im Sinne einer einzigen Option), kann daher offen bleiben. 3.4.2.5 Im Ergebnis ist die Vorinstanz somit zu Recht davon ausgegangen, dass der Mängelbeseitigungsanspruch der Mieter nicht von einer nach Treu und Glauben sich ergebende Unzumutbarkeit der vollen Mängelbehebung vernichtet wird. 3.5 Mietzinsreduktion 3.5.1 Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, weil ein Mangel mittlerer Bedeutung vorliege, führe die relative Berechnungsmethode, anhand welcher der Umfang der Mietzinsherabsetzung grundsätzlich zu bestimmen sei, gelegentlich nicht zu einem überzeugenden Ergebnis. Daher dürfe in diesen Fällen laut Bundesgericht bei der Festsetzung des Minderungsbetrages ein Billigkeitsentscheid im Sinne von Art. 4 ZGB, beruhend auf der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gesunden Menschenverstand und der Kasuistik gefällt werden. Die Vermieterin mache zwar geltend, wenn man die Zeit der Schlafstörungen mit zwei Stunden pro Tag gewichte, liege eine zeitliche Beeinträchtigung der Sache von 8.5 % vor, und wenn man die sachliche Störung mit 20 % gewichte, resultiere ein Minderungsanspruch von maximal 1.7 %. Diese Ziselierung der Wohnfunktionen, die die Vermieterin vornehme, gehe aber zu weit. Es sei unzulässig, Schlaf- und Einschlafstörungen auf den Zeitraum zu beschränken, in denen sie auftreten, denn die Folgen bezüglich Leistungsfähigkeit würden wesentlich schwerer wiegen, als die Aufwachreaktionen selber. Weiter dürften sich insbesondere die Aufräumarbeiten bei schönem Wetter immer gleich gestalten, unabhängig etwa von der Ferienzeit und dem damit zusammenhängenden Gästeaufkommen. Nach allgemeiner Erfahrung könne eine Aussenwirtschaft selbst in der warmen Jahreszeit abends höchstens während zwei Dritteln eines Monats betrieben werden. Zwischen Mai und September dürfte abends im "R." regelmässig Betrieb herrschen. Nächte, die im April oder Oktober draussen zum Verweilen einladen würden, dürften eher selten sein. Das zeitliche Ausmass der Lärmimmissionen sei hingegen nicht entscheidend. Regelmässige Schlafstörungen wirkten sich nicht nur in der Phase aus, in welcher sie auftreten würden. In Würdigung aller Umstände sei die Mietzinsherabsetzung für die Monate Juni bis August auf 15 % des Nettomietzinses festzusetzen, für Mai und Sep-

- 57 -  
tember auf 10 %. Für die Monate April und Oktober sei keine Minderung vorzusehen. 3.5.2 Die Vermieterin hält im Wesentlichen dagegen, die Vorinstanz habe ihr Ermessen überschritten. Es dürfe nur dann ein Billigkeitsentscheid gefällt werden, wenn eine "Ziselierung" nicht möglich und sinnvoll sei. Letzteres sei nicht der Fall. Die Vermieterin hält daher daran fest, der Minderungsanspruch betrage maximal 1.7 %. Weiter beanstandet sie, es stelle eine unzulässige Sachverhaltsergänzung und eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar, wenn die Vorinstanz annehme, die Aussenwirtschaft des "R." werde zwischen Mai und September jeweils an 2/3 aller Abende betrieben und führe bei den Mietern zu regelmässigen Schlafstörungen. 3.5.3 Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt hat, erfolgt die Bestimmung des Umfangs der Herabsetzung grundsätzlich nach der "relativen" Methode. Danach wird der aktuelle, mangelhafte Zustand mit dem vertragsgemässen, mangelfreien Zustand der Mietsache verglichen. Die durch den Mangel bewirkte Beeinträchtigung wird in Prozenten geschätzt und mit dem Umfang des Herabsetzungsanspruches gleichgesetzt (vgl. ZK OR-HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 259d N 12). Ist ein Mangel mittelschwer, verletzt eine Billigkeitsentscheidung unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung, dem gesunden Menschenverstand und der Gerichtspraxis kein Bundesrecht (vgl. ..., insb. mit Verweis auf BGE 130 III 504 ff., E. 4.1 = Pra 94 [2005] Nr. 6). Die Vermieterin setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander, sondern wiederholt das von ihr bereits vor Vorinstanz Vorgebrachte. Insofern kann darauf nicht eingegangen werden. Im Übrigen bleibt klarzustellen, dass ausgehend von einem mittelschweren Mangel die Vorinstanz mit ihrer Entscheidung nach Billigkeit kein Bundesrecht verletzte, indem sie namentlich gestützt auf die allgemeine Erfahrung dafür hielt, eine Aussenwirtschaft könne selbst in der warmen Jahreszeit abends höchstens während zwei Dritteln eines Monats betrieben werden, und das zeitliche Ausmass der Lärmimmissionen mit dem Hinweis relativierte, (regelmässige) Schlafstörungen

- 58 -  
wirkten sich nicht nur in der Phase aus, in welcher sie aufträten. Eine diesbezügliche Ermessensüberschreitung seitens der Vorinstanz wäre auch nicht ersichtlich. 3.6 Herausgabe der hinterlegten Mietzinse Die Vermieterin begründet ihren Antrag auf Herausgabe der hinterlegten Mietzinse nicht und beanstandet den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich auch nicht. Darauf kann somit nicht weiter eingegangen werden. 3.7 Fazit Die Berufung der Vermieterin ist abzuweisen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichts des Mietgerichts Zürich vom 12. November 2019 zu bestätigen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen 4.1 Ausgangsgemäss ist namentlich auch die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen. Die Berufungsklägerin wird kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 4.2.1 Ausgehend vom Streitwert von Fr. 14'604.30 (...) ist die zweitinstanzliche Entscheidegebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 4.2.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, und den Berufungsbeklagten nicht, weil ihnen kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist. (...)“ Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang. Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich © Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber,

## Mietgerichtspräsident

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.