

# ZH\_GERICHTE NG190025 vom 12. November 2019

Zh Gerichte, 2019-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_gerichte\\_NG190025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_NG190025)

FR: ZH\_GERICHTE NG190025 du 12 novembre 2019

IT: ZH\_GERICHTE NG190025 del 12 novembre 2019

## Regeste

Mängel / Mietzinshinterlegung Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 12. November 2019 (MG170024)

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt / Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Vermieterin) schloss am 10./29. Januar 2013 einen Mietvertrag mit dem Kläger und Berufungsbeklagten 1 (nachfolgend: Mieter) und I. \_\_\_\_\_ über die 4-Zimmerwohnung im

#### E. 1.2

Für den Verlauf des Schlichtungs- und Gerichtsverfahrens vor dem Einzel- gericht des Mietgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) kann auf das vorin- stanzliche Urteil verwiesen werden (vgl. act. 139 S. 4 ff.).

#### E. 1.3

Mit Urteil vom 12. November 2019 (act. 134 = act. 139 [Aktenexemplar]) hiess die Vorinstanz die Klage der Mieter wie eingangs wiedergegeben teilweise gut.

- 6 -

#### E. 1.4

Dagegen erhob die Vermieterin mit Eingabe vom 16. Dezember 2019 frist- gerecht (vgl. act. 134 i.V.m. act. 136 i.V.m. act. 140 S. 1) Berufung (act. 140) und reichte einen Auszug aus der Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt im Um- gang mit Alltagslärm in Kopie ins Recht (act. 141/1).

#### E. 1.5

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1- 139). Der mit Verfügung vom 7. Januar 2020 (act. 142) von der Vermieterin ein- geholte Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 142-144). Mit dem vorliegen- den Urteil ist den Mietern ein Doppel der Berufungsschrift samt Beilagenverzeich- nis (act. 140) zuzustellen. 2. Prozessuales 2.1 Das Verfahren betrifft eine Mietstreitigkeit nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und untersteht damit dem vereinfachten Verfahren (vgl. ZR 115/2016 Nr. 6 S. 33 ff.). Es gilt die sogenannte eingeschränkte (soziale) Untersuchungs- und die Dis- positionsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, Art. 58 Abs. 1 ZPO). 2.2 Der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren der Klage be- trägt Fr. 21'044.–

(vgl. act. 139 S. 40 ff.). Das vorinstanzliche Urteil ist daher mit Berufung anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde rechtzeitig (vgl. oben E. 1.4), 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

- 7 - 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, 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. BGer 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

- 8 - des Alters bzw. Zustandes der Fenster mangelhaft (vgl. act. 139 S. 16 ff.). Doch sei durch die Inbetriebnahme des "L'.\_\_\_\_\_" 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 (a.a.O., S. 21 ff.). Letzteres bestreitet die Vermieterin im Berufungsverfahren. Dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in den Räumen des heutigen "L'.\_\_\_\_\_" ein Finanzinstitut betrieben worden sei, von welchem insbesondere nachts keine Emissionen ausgegangen seien (a.a.O., S. 22), 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 Miet-

- 9 - sache 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 Zustand 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 (vgl. act. 139 S. 15 und act. 140 Rz. 42).

Unbestritten ist, dass die Parteien keine besonderen Abreden getroffen haben, insbesondere auch nicht in Bezug auf Immissionen bzw. auf ein bestimmtes Mass an Immissionsfreiheit (vgl. act. 139 S. 22; act. 140 Rz. 43). 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

#### **E. 4**

Obergeschoss an der G.\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, mit Mietbeginn 1. März 2013 ab (act. 3/2). Es handelt sich dabei unbestrittenermassen um eine Altbauwohnung mit Blick in Richtung E.\_\_\_\_-strasse und J.\_\_\_\_-platz, die Schallimmissionen diverser Quellen

ausgesetzt ist (vgl. act. 139 S. 16 f.).

Mit Vertragsanpassung vom 8. Februar 2016 wurde der Mietvertrag infolge Zuzugs der Klägerin und Berufungsbeklagten 2 (nachfolgend: Mieterin) per 1. Februar 2016 mit allen vertraglichen Rechten und Pflichten auf beide Berufungsbeklagten überschrieben (act. 3/3). Das Erdgeschoss der entsprechenden Liegenschaft war zu Mietbeginn am 1. März 2013 bis Herbst 2015 an die K.\_\_\_\_\_ AG vermietet. Im März 2016 nahm die neue Mieterin L.\_\_\_\_\_ AG im Erdgeschoss der Liegenschaft den Betrieb des gleichnamigen Cafés (nachfolgend: „L'.\_\_\_\_\_“) auf (vgl. act. 139 S. 3). Bereits vor Eröffnung des "L'.\_\_\_\_\_" hatte sich der Mieter an die Vermieterin gewandt mit der Anfrage, die Fenster in der Wohnung zu ersetzen. Nach der Inbetriebnahme des "L'.\_\_\_\_\_" korrespondierten die Parteien ab Mai 2016 mehrfach betreffend den Ersatz der Fenster, wobei die Vermieterin jeweils erklärte, dass von einem Fensterersatz abgesehen werde, da mittelfristig der Fensterersatz in der gesamten Liegenschaft geplant sei (a.a.O., S. 3 f.). Zum weiteren Sachverhalt kann auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (a.a.O., S. 4).

#### **E. 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 (siehe auch act. 139 E. V.2.2. i.V.m. act. 140 S. 2) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr 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).

- 29 - 4.2.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, und den Berufungsbeklagten nicht, weil ihnen kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist. Es wird erkannt:

#### **E. 8**

Titel [Art. 253 - 273c OR], Art. 253 - 265 OR, 5. Aufl. 2019, Art. 256 N 33). Davon ging auch die Vorinstanz aus (vgl. act. 139 S. 15). 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 (vgl. act. 139 S. 16) – nicht nach dem subjektiven Empfinden der Mieter, sondern ist nach einem objektiven Massstab zu beurteilen.

- 10 - 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 sozialen Bedürfnissen und Verhaltensweisen der Menschen verändern könne. Es sei notorisch, dass Restaurationsbetriebe mitsamt allfällig daraus resultierender Immissionen zu den üblichen Sacheigenschaften eines Ausgehquartiers gehöre. 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. act. 140 Rz. 56 f. 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 "L'.\_\_\_\_\_" (samt dazugehöriger Immissionen) bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt bereits bei Vertragsschluss hätten voraussetzen 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

- 11 - 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 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 "L'.\_\_\_\_\_" ein Finanzinstitut betrieben wurde, von welchem insbesondere nachts keine Immissionen ausgingen (vgl. act. 139 S. 22). Die Mieter durften somit unter den gegebenen Umständen als Leistung objektiv von der Mietwohnung erwarten, dass diese insbesondere nachts keinen 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

- 12 - anderem die Umgebung des Gebäudes, die Bausubstanz, seine Abnutzung sowie die darin ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen (act. 140 Rz. 55 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).

Weiter ging das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung 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 Entscheidung 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 seien, 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 ("Liftdärm-Entscheidung"). 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 ihrer 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 befände, der den Vorstellungen der Mieter zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ent-

- 13 - spreche; 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.

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 "L'.\_\_\_\_\_" 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 klarzustel-

- 14 - len, 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 (vgl. insb. act. 140 Rz. 44 ff. und 54 ff.) 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) erwarten durften. Davon scheint im Übrigen im Ergebnis auch die Vermieterin auszugehen (a.a.O., Rz. 41). 3.2.2.4 Soweit die Vermieterin geltend macht, es liege kein Mangel vor, weil der Beeinträchtigungsschwellenwert von 5 % nicht erreicht sei (vgl. act. 140 Rz. 46), 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 (vgl. auch act. 139 S. 25).

- 15 - 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 "L'.\_\_\_\_\_" ), 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 Aufwachreaktionen pro Nacht zu rechnen (vgl. act. 139 S. 23 f. mit Verweis auf act. 82 S. 4 f.). 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 (a.a.O., S. 24). 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 (a.a.O., S. 25). 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 "L. \_\_\_\_\_" in der warmen Jahreszeit nicht zu verhindern (a.a.O., S. 28).

3.3.1.2 Die Vermieterin hält dem im Wesentlichen entgegen, die Annahme der Vorinstanz, die Pegelspitzen Laf, max von max. 31-39 dB(A) führten auch bei durchschnittlich empfindlichen Menschen zu einer bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen pro Nacht, sei willkürlich (vgl. act. 140 Rz. 21 und 23 ff.). 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 (a.a.O., Rz. 23). Zweitens führten weder Pegelspitzen zwischen 31 und 36 dB

- 16 - noch zwischen 31 und 39 dB bei einem Durchschnittsmenschen zu zusätzlichen Aufwachreaktionen (a.a.O., Rz. 24). 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 (a.a.O., Rz. 29 ff., insb. Rz. 29 und 32).

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 (act. 141/1) und andererseits auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Übermässigkeit von Kirchenglockengeläut (vgl. act. 140 Rz. 25 bis 33).

3.3.1.3 Vorab ist klarzustellen, dass die Vorinstanz – entgegen der Behauptung der Vermieterin (act. 140 Rz. 25) – 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 (vgl. act. 139 S. 26 oben). 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) eine Aufwachreaktion 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 Be-

- 17 - gründung hinreichend. Der Einwand der Vermieterin erweist sich als unbehelflich (vgl. insb. act. 140 Rz. 24 und 34).

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 (vgl. oben E. 2.4). 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 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 (vgl. act. 140 Rz. 35); ohnehin hält selbst die Vermieterin die genauen Dezibelwerte am Ohr der schlafenden Mieter letztlich nicht für entscheidend. Sie stellt

- 18 - sich auf den Standpunkt, auch die (in der Raummitte) gemessenen Pegelspitzen führten nicht zu zusätzlichen Aufwachreaktionen (a.a.O., Rz. 30). 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 "L' \_\_\_\_\_" 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 "L'.\_\_\_\_\_" 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 "L'.\_\_\_\_\_" nach Mitternacht bis ca. 01:00 Uhr auch bei durchschnittlich empfindlichen Menschen zu ein bis zwei Aufwachreaktionen pro Nacht führe (vgl. act. 139 S. 24 f.). 3.3.2.2 Die Vermieterin stellt sich auf den Standpunkt, die Annahme der Vorinstanz, die Aufräumarbeiten im "L'.\_\_\_\_\_" zwischen Mitternacht und ca.

- 19 - 01:00 Uhr seien kausal für die gemessenen Pegelspitzen Laf, max von max. 31-39 dB(A), sei willkürlich (act. 140 Rz. 36 ff.).

Wie bereits in ihrer Stellungnahme zum Gutachten vor Vorinstanz (vgl. act. 94 Rz. 3-6 und 9-11) hob die Vermieterin hervor, die Gutachter seien zum Schluss gekommen, dass es nicht möglich sei, genau zu definieren, wie laut nur die Aussenwirtschaft des "L'.\_\_\_\_\_" 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 (a.a.O., Rz. 37).

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 (a.a.O., Rz. 38). 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 "L'.\_\_\_\_\_" nach Mitternacht bis ca. 01:00 Uhr, hatten zuordnen können (vgl. act. 139 S. 24 f.). 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 "L'.\_\_\_\_\_" nicht kausal waren für die gemessenen Pegelspitzen, welche zu ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen führten.

- 20 -

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 (vgl. act. 139 S. 23 f. mit Verweis auf act. 82 S. 4 f.). Im Ergebnis begründete die Vorinstanz die ein bis zwei zusätzlichen Aufwachreaktionen jedoch insbesondere mit den Aufräumarbeiten des "L'.\_\_\_\_\_" zwischen Mitternacht und 01:00 Uhr (a.a.O., S. 23 f. mit S. 25 und S. 27). 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 "L'.\_\_\_\_\_" im Schlaf gestört werden (vgl. Prot. VI. S. 30 = act. 43). 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 "L'.\_\_\_\_\_" verursacht wurden. Es ist somit nicht ersichtlich, was die Vermieterin aus diesem Vorbringen für sich ableiten können will.

### 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 (vgl. act. 139 S. 24 und 28).

#### 3.3.3.2 Die Vermieterin bringt dagegen unter dem Titel der Übermässigkeit von Immissionen gestützt auf den eingereichten Auszug aus der Vollzugshilfe des

- 21 - Bundesamtes für Umwelt im Umgang mit Alltagslärm und auf Bundesgerichtsentscheide 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 (vgl. act. 140 Rz. 45-51, insb. Rz. 50 f.).

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 "L'.\_\_\_\_\_" ein mittlerer Mangel vorliegt.

### 3.4 Begehren auf Ersatz der Fenster (Dispositiv-Ziffer 1) / 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 Gesamtanierung anfallen würden. Diesbezüglich schweige sich die Vermieterin aber aus. Auch bringe sie lediglich die Befürchtung vor, die vorzeitig ersetzten Fenster schlimmstenfalls im Zuge der Gesamtanierung entsorgen 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

- 22 - 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 Mängelbeseitigung berufen könne (vgl. act. 139 S. 29 f. 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 diverser Auflagen (insbesondere solcher 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 Fall wäre (a.a.O., Rz. 70 und 72 insb. mit Verweis act. 94 Rz. 12 und 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 die anspruchsvernichtende Voraussetzungen fehlen. Anspruchsvernichtend ist die objektive Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung durch den Vermieter und die sich nach Treu und Glauben ergebende Unzumutbarkeit der vollen Mängelbeseitigung. Der Vermieter kann beispielsweise bei der Vermietung von sanierungsbedürftigen Altbauten bis zur Renovation nicht gezwungen werden, Ausgaben für die Mängelbeseitigung zu tätigen, die in keiner vernünftigen Relation zum Gebrauchswert des Objektes stehen, sondern höchstens zu solchen, die Kosten notbedürftiger Beseitigung decken (vgl. ZK OR HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 259b

- 23 - 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 (vgl. act. 21 Rz. 14 und Prot. Vi. S. 8 f.) 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 Mängelbeseitigung 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) Mängelbeseitigung. 3.4.2.1 Weiter verpflichtete die Vorinstanz die Vermieterin in teilweiser Gutheissung der Klage, in den Zimmern 1 und 3 des Mietobjektes (Eckzimmer G. \_\_\_\_\_ - und E. \_\_\_\_\_ -strasse sowie Zimmer an der E. \_\_\_\_\_ -strasse, das Richtung H. \_\_\_\_\_ -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'w von 41 bis 43 dB erreichen (vgl. act. 139 S. 45 Dispositiv-Ziffer 1).

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 (vgl. a.a.O., S. 31 und 32). Dies bedeute im Lichte der öffentlichen Norm 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 keinen Anspruch auf Ver-

- 24 - besserung des Komforts (a.a.O., S. 31 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 (a.a.O., S. 32 u.a. mit Verweis auf BGer 4A\_244/2009 vom 7. September 2009, E. 3.2 = MRA 1/10 S. 21 ff.).

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 (vgl. act. 140 Rz. 64 und 68).

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 Schallsorbierende 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 (a.a.O., Rz. 64). Daher sei es willkürlich, den angeordneten Fensterersatz als eine "unerlässliche Massnahme" zur Beseitigung des Mangels anzusehen (a.a.O., Rz. 67 i.V.m. 64).

- 25 - 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 anderes 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 E.\_\_\_\_\_-strasse und das F.\_\_\_\_\_ gerichtet seien (zwei im Schlaf-, je eines im Ess- und Wohnzimmer) (vgl. act. 139 S. 2 mit Verweis auf act. 1 S. 2, act. 18 S. 7 und S. 10, Prot. VI. S. 6, sinngemäss). 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.

- 26 - 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 angeordnete 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 (Dispositiv-Ziffer 2) 3.5.1 Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, weil ein Mangel mittlerer Bedeutung vorliege (vgl. act. 139 S. 28), 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 (a.a.O., S. 34). 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 % (a.a.O., S. 35 f.). 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 (a.a.O., S. 36). 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 "L'.\_\_\_\_\_" regelmässig Betrieb herrschen. Nächte, die

- 27 - im April oder Oktober draussen zum Verweilen einladen würden, dürften eher selten sein (a.a.O., S. 37 f.). 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 September auf 10 %. Für die Monate April und Oktober sei keine Minderung vorzusehen (a.a.O., S. 38).

3.5.2 Die Vermieterin hält im Wesentlichen dagegen, die Vorinstanz habe ihr Ermessen überschritten (vgl. act. 140 Rz. 75). 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 % (vgl. act. 140 Rz. 74 mit Prot. Vi. S. 11 f.). Weiter beanstandet sie, es stelle eine unzulässige Sachverhaltsergänzung und eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar, wenn die Vorinstanz annehme, die Aussenwirtschaft des "L'.\_\_\_\_\_" werde zwischen Mai und September jeweils an 2/3 aller Abende betrieben und führe bei den Mietern zu regelmässigen Schlafstörungen (a.a.O., Rz. 75).

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, mängelfreien 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. act. 139 S. 34 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 (vgl. Prot. Vi. S. 11 f.). Insoweit kann darauf nicht eingegangen werden.

- 28 -

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 wirkten sich nicht nur in der Phase aus, in welcher sie auftraten. Eine diesbezügliche Ermessensüberschreitung seitens der Vorinstanz wäre auch nicht ersichtlich.

3.6 Herausgabe der hinterlegten Mietzinse (Dispositiv-Ziffer 4) 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 (Geschäfts-Nr. MG170024) zu bestätigen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen