

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RT120196-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny.

## Urteil vom 11. März 2013

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 22. November 2012 (EB121462)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 22. November 2012 wurde der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gesuchstellerin) provisorische Rechtsöffnung erteilt in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, Zahlungsbefehl vom 20. September 2012, für ausstehende Mietzinse in der Höhe von Fr. 58'476.15 nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2012 (Urk. 24 S. 8).

2. Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Gesuchsgegnerin) am 6. Dezember 2012 frist- und formgerecht Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils sowie den Aufschub der Vollstreckung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO (Urk. 23 S. 2).

3. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2013 reichte die Gesuchsgegnerin weitere Unterlagen ins Recht (Urk. 26 f.).

4. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2012 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen und ein Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 750.– verlangt (Urk. 28 S. 4). Dieser wurde am 30. Dezember 2012 fristgerecht geleistet (Urk. 31).

5. Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet erweist, ist auf die Einholung einer Beschwerdeantwort in Anwendung von Art. 321 Abs. 1 ZPO zu verzichten.

### **II.**

1. Mit der Beschwerde können gemäss Art. 320 ZPO jede unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Es kann jede Rechtsverletzung angeführt werden, die Sachverhaltserstellung kann aber nur als "offensichtlich unrichtig" gerügt werden.

"Offensichtlich unrichtig" ist dabei – analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG – gleichbedeutend mit willkürlich im Sinn von Art. 9 BV (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, 2. A., N 5 zu Art. 320).

Die Beschwerde dient nicht der Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern ermöglicht im Wesentlichen eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids.

2.1. Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet zu erheben. Der Inhalt dieser Bestimmung erschliesst sich durch einen Vergleich mit der entsprechenden Regelung für das bundesgerichtliche Verfahren in Art. 42 Abs. 2 BGG (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321 mit Verweis auf BGE 134 II 244 E. 2.4). Praxisgemäss sind die Eintretensvoraussetzungen aber nicht so restriktiv wie gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG im bundesgerichtlichen Verfahren. So wird vom Beschwerdeführer nicht verlangt, dass er explizit verletzte Gesetzesartikel nennt, da die kantonale Beschwerdeinstanz das Gesetz von Amtes wegen anwendet.

2.2. Vom Beschwerdeführer muss aber verlangt werden, dass er klar und substantiiert darlegt, welchen Mangel der angefochtene Entscheid aufweist. Dabei hat er sich insbesondere konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen. Er muss erläutern, welche Erwägung aus welchen Gründen nicht zutreffend ist. Der gerügten Erwägung sind die aus Sicht des Beschwerdeführers zutreffenden Überlegungen gegenüber zu stellen und es ist darzutun, zu welchem, von jenem der Vorinstanz abweichenden Ergebnis diese führen. Der Beschwerdeführer kann seiner Rüge- und Begründungspflicht nicht durch einen globalen Verweis auf bisherige Eingaben oder die Akten nachkommen. Insbesondere genügt die Erklärung der gesamten bisherigen Ausführungen zum Bestandteil der Beschwerde nicht. Werden keine oder ungenügende Rügen erhoben, stellt dies einen nicht behebbaren Mangel dar (vgl. Art. 132 ZPO). Es kann daher keine Nachfrist zur ergänzenden Begründung angesetzt werden. Die Beschwerde muss diesfalls abgewiesen werden.

2.3. Die Beschwerdeinstanz prüft nicht von sich aus den ganzen angefochtenen Entscheid, sondern nur die gerügten Teile. Was nicht gerügt wird, wird in der Regel nicht überprüft und hat daher grundsätzlich Bestand (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321).

3. Schliesslich herrscht ein umfassendes Novenverbot. Dieses gilt sowohl für echte als auch unechte Noven. Neue rechtliche bzw. normative Erwägungen sind aber zulässig (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326, Urteil des Bundesgerichts 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3).

### III.

1. Der hiavor unter Ziff. II. 2.2. erläuterten Rüge- und Begründungspflicht genügt der Verweis der Gesuchsgegnerin auf die bisherigen Ausführungen und Beilagen bzw. die Erklärung der bisherigen Ausführungen und Beilagen zum integrierenden Bestandteil ihrer Beschwerdeschrift nicht (Urk. 23 S. 3 Ziff. 4).

2.1. Einleitend macht die Gesuchsgegnerin grundsätzliche Ausführungen, dass die Auffassung der Vorinstanz, die streitgegenständliche Schuldanererkennung sei durch ihre Vorbringen nicht entkräftet worden, falsch sei. Insbesondere habe sich die Vorinstanz zu wenig mit ihren glaubhaften Einwendungen auseinandergesetzt. Diese seien vielmehr einfach "abgetan" worden. Damit setze sich die Vorinstanz offensichtlich über ihre Kompetenzen hinweg, zumal die Rechtsöffnungsinstanz nicht befugt sei, eine materiellrechtliche Überprüfung der Ansprüche vorzunehmen. Die Vorinstanz verkenne, dass es darum gehe, Einwendungen glaubhaft zu machen und im summarischen Verfahren keine Urkunden als Beweismittel eingereicht werden müssen. Die Vorinstanz fasse zwar ihre Einwendungen richtig zusammen, komme aber dann zum nicht vertretbaren Schluss, diese Einwendungen seien nicht entscheidend. Die Vorinstanz stelle zu hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung und verstosse dadurch gegen die geltende Rechtsordnung (Urk. 23 S. 3 f. Ziff. 1. f.).

2.2. Die Gesuchsgegnerin legt nicht konkret dar, gegen welche Erwägung sich ihre Kritik richtet. Sie erläutert nicht, welcher Schluss der Vorinstanz falsch

sei bzw. welcher Tatbestand zu Unrecht als nicht glaubhaft betrachtet oder falsch subsumiert worden sei. Diese Rügen erfüllen die unter II. 2.2. hiervoor dargelegten Anforderungen an die Begründungsdichte nicht.

3.1. Die Gesuchsgegnerin rügt sinngemäss weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Voraussetzung der Befreiung von der Pflicht, Miete zu bezahlen, gemäss Art. 264 Abs. 1 OR verneint. Die Ausführungen der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache und zum Zeitpunkt der Kündigung seien in diesem Zusammenhang irrelevant. Dies, weil die Gesuchsgegnerin einen zumutbaren und solventen Nachmieter gestellt habe, der bereit gewesen wäre, sowohl das Mietobjekt als auch das sich darin befindliche Datacenter der Gesuchsgegnerin zu übernehmen. Dass es mit dem Nachmieter nicht zum Vertragsschluss gekommen sei, habe die Gesuchstellerin selber verschuldet. Die Gesuchsgegnerin müsse daher keine Mietzinsen mehr bezahlen (Urk. 23 S. 4 Ziff. 3).

3.2. Die Gesuchsgegnerin nimmt nicht konkret auf eine Erwägung der Vorinstanz Bezug. Aus dem Zusammenhang ergibt sich aber, dass sich die Rüge auf die vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage der vorzeitigen Rückgabe der Mietsache im Sinne von Art. 264 OR bezieht (Urk. 24 S. 3 f. Ziff. 2.4.).

3.3.1. Ein Mieter, der die Mietsache ohne Einhaltung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins zurückgibt, kann sich gemäss Art. 264 Abs. 1 OR von der Pflicht, die Miete zu bezahlen, befreien, indem er einen geeigneten Nachmieter vorschlägt. Dieser muss bereit sein, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Zudem muss der vorgeschlagene Nachmieter dem Vermieter zumutbar und er muss zahlungsfähig sein.

Um von der Mietzinspflicht befreit zu werden, muss der Mieter zwingend die Mietsache zurückgeben. Unter der Rückgabe der Mietsache ist im vorliegenden Fall die Rückgabe der leeren Geschäftsräume und der dazugehörigen Schlüssel zu verstehen. Gibt der Mieter die Mietsache nicht zurück, indem er beispielsweise einen Schlüssel behält oder Gegenstände in den Mieträumlichkeiten zurücklässt, muss er weiterhin den Mietzins bezahlen (Higi, Zürcher Kommentar, N. 19 ff. zu Art. 264 OR).

3.3.2. Die Ausführungen der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache bzw. zur Frage, ob die Mietsache überhaupt zurückgegeben wurde, sind vor diesem Hintergrund entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin offensichtlich relevant, die entsprechende Rüge ist daher unbegründet.

3.3.3. Die Vorinstanz hielt fest, dass die Gesuchsgegnerin die Mietsache nicht zurückgegeben habe (Urk. 24 S. 4 oben). Diese Feststellung wurde vorliegend nicht gerügt. Aus den Ausführungen der Gesuchsgegnerin geht hervor, dass sich ihr Datacenter immer noch im Mietobjekt befindet (Prot. I S. 12). Die vorinstanzliche Feststellung steht also auch mit den Akten in Einklang. Sie ist daher zutreffend.

Da wie soeben ausgeführt die Rückgabe der Mietsache unabdingbare Voraussetzung ist, dass sich der Mieter auf Art. 264 Abs. 1 OR berufen kann, erweist sich der Schluss der Vorinstanz, die Gesuchsgegnerin könne sich zur Abwehr der Rechtsöffnung nicht auf Art. 264 Abs. 1 OR stützen, als zutreffend.

Nachdem eine der zwingenden Voraussetzungen gemäss Art. 264 Abs. 1 OR nicht gegeben ist, kann darauf verzichtet werden abzuklären, ob tatsächlich ein geeigneter Nachmieter vorgeschlagen wurde bzw. wem es anzulasten ist, dass es mit diesem nicht zum Vertragsschluss gekommen ist.

4.1. Weiter macht die Gesuchsgegnerin geltend, der Mietzins sei nicht geschuldet, da die Gesuchstellerin ihre Vertragsleistung nicht erbracht habe. Sie habe notwendige Angaben und Daten zur Elektroinstallation und Stromzufuhr nicht geliefert. Dadurch habe sie klar gegen ihre vertraglichen Verpflichtungen verstossen. Zudem verstosse die Gesuchstellerin mit diesem Verhalten gegen öffentlichrechtliche Vorschriften, die die Offenlegung des Stromnetzwerkes vorsähen, damit öffentlichrechtliche Sicherheitsvorschriften eingehalten werden könnten. In der Folge habe sie, die Gesuchsgegnerin, deswegen den Mietvertrag nicht übertragen bzw. ihr Datacenter nicht verkaufen können. Daraus sei ihr hoher Schaden entstanden, den sie mit dem Mietzins verrechnen könne. Die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie diese Vorbringen als unglaubhaft eingestuft habe (Urk. 23 S. 4 f. Ziff. 4.).

4.2. Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Grundlage bestehe, welche die Gesuchstellerin zur Offenlegung ihres Stromnetzwerkes verpflichte (Urk. 24 S. 4 Ziff. ).

4.3. Die Gesuchsgegnerin nennt keine gesetzliche oder vertragliche Grundlage für den behaupteten Informationsanspruch. Sie legt keinen konkreten Sachverhalt dar, der unter eine konkrete Rechtsnorm oder eine konkrete Vertragsbestimmung subsumiert werden könnte. Im Ergebnis beschränkt sich die Gesuchsgegnerin darauf, die Erwägung der Vorinstanz als unzutreffend zu bezeichnen. Diese Rüge genügt dem unter Ziff. II. 2.2. hiervor dargelegten Begründungserfordernis nicht.

5.1. Als nächstes rügt die Gesuchsgegnerin, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie die gesuchsgegnerische Behauptung des Fortbestehens eines Wasserlecks als unglaublich qualifiziert habe. Dass die Vorinstanz dabei auf die Wortwahl eines Emails abgestellt habe, sei überspitzter Formalismus. Auch sei es nicht zutreffend, dass die Gesuchsgegnerin ihre Vorbringen mit Dokumenten belegen müsse (Urk. 23 S. 5).

5.2. Die Vorinstanz stütze sich in ihrem Entscheid auf die Ausführungen der Gesuchstellerin, sie habe das Leck im Winter 2011 behoben. Weiter zog sie in Betracht, dass in einem Email des CEO der Gesuchsgegnerin an einen Mitarbeiter der Gesuchstellerin in Bezug auf das Leck die Vergangenheitsform verwendet worden sei. Sie deutete dies als Indiz, dass das Leck nicht mehr bestehe, ansonsten das Präsens verwendet worden wäre. Weiter führte die Vorinstanz aus, dass die Gesuchsgegnerin die Art und das Ausmass des Mangels nicht substantiiert habe und auch nicht vorgebracht habe, der Mangel würde weiterhin bestehen. Schliesslich habe die Gesuchsgegnerin auch nicht deponiert, die Gesuchstellerin über den Fortbestand des Mangels informiert zu haben. Schliesslich habe die Gesuchsgegnerin nicht vorgebracht, sie habe die Mietsache wegen des Mangels nicht bestimmungsgemäss nutzen können (Urk. 24 S. 4 f. Ziff. 2.5.).

5.3. Um die auf einen Mietvertrag gestützte Rechtsöffnung abzuwehren, können Mängel an der Mietsache vorgebracht werden. Die Mängel müssen zu-

mindest substantiiert werden, gewisse Autoren verlangen sogar die Glaubhaftmachung. Fest steht jedoch, dass einfaches, unsubstantiiertes Behaupten nicht genügt (BSK-SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 117). Dass die Vorinstanz die einfache Behauptung eines Mangels nicht genügen liess, sondern dessen Substantiierung verlangte, ist daher nicht zu beanstanden. Der Gesuchsgegnerin ist grundsätzlich zuzustimmen, dass im Rechtsöffnungsverfahren nicht nur der Urkundenbeweis möglich ist, sondern – Sonderbestimmungen vorbehalten – alle im summarischen Verfahren zulässigen Beweismittel eingebracht werden können. Die betreffende Rüge der Gesuchsgegnerin geht dennoch ins Leere, da die Vorinstanz nicht aufgrund eines nicht erbrachten Urkundenbeweises der Gesuchsgegnerin nicht folgte, sondern aufgrund einer Würdigung aller Umstände. Diese Vorgehensweise ist zweifelsohne korrekt.

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass das Gleiche für die gerügte Würdigung des Emails gilt. Es sind zwar Situationen denkbar, in denen das Abstellen auf den Wortlaut eines Emails nicht angebracht ist, insbesondere wenn erkennbar ist, dass das Email sehr schnell und nachlässig, allenfalls von unterwegs und unter Zeitdruck verfasst wurde (vgl. beispielsweise Urk. 15/3). Der Einleitung des streitgegenständlichen Emails ist zu entnehmen, dass es sich um den Text eines eingeschriebenen Briefes handelt, der vorab per Email versandt wurde (Urk. 15/1). Es handelt sich also um einen sorgfältig redigierten Text, aus dem zudem hervorgeht, dass der Verfasser über gute Englischkenntnisse verfügt. Hinzu kommt, dass das Email von der Vorinstanz nur als ein Umstand unter mehreren gewürdigt wurde. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz aus der Anwendung der einfachen Vergangenheitsform (Simple Past) "... the water leaks we had. ..." den richtigen Schluss zog, dient doch auf Englisch das Simple Past der Beschreibung eines in der Vergangenheit abgeschlossenen Zustandes, während zur Beschreibung eines aktuellen bzw. eines fortdauernden Zustandes das Present Perfect oder allenfalls das Simple Present eingesetzt wird (Longman Grammar of Spoken and Written English, Bieber et al., Essex 1999/2000, S. 467, Ziff. 6.3.2.3).

Hinzu kommt, dass der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz klar davon sprach, dass sie ein Wasserleck in der Decke "hatten", es Reparaturen "gab" und teilweise das Datacenter abgehängt werden "musste" (Prot. I S. 5 f.).

In Würdigung aller dieser Umstände kann der Vorinstanz keine Willkür oder überspitzter Formalismus bezüglich der Sachverhaltsfeststellungen vorgeworfen werden. Ihr Vorgehen und der von ihr gezogene Schluss sind vielmehr korrekt und nicht zu beanstanden.

6.1. Die Gesuchsgegnerin rügt weiter, die Vorinstanz habe sich nur auf die Behauptungen der Vorinstanz (recte: Gesuchstellerin) gestützt. Sie habe zu Unrecht auf die haltlosen Vorbringen der Gesuchstellerin, die im Mietvertrag aufgeführte Forderung der Gesuchsgegnerin gegen die Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 40'000.– sei bereits zu Beginn des Mietverhältnisses durch Verrechnung untergegangen, abgestellt. Es sei vielmehr von ihrer Behauptung, die Forderung könne nach wie vor verrechnet werden, auszugehen (Urk. S. 6 Ziff. 5).

6.2. Die Vorinstanz hielt zunächst die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien zur Verrechenbarkeit der betreffenden Forderung fest. Danach legte sie die umstrittene Ziff. 28 des Mietvertrages aus. Dabei berücksichtigte sie auch, dass in den von den Parteien eingereichten Korrespondenzen nie die betreffende Gutschrift thematisiert worden sei. Sie kam zum Schluss, dass es eher unwahrscheinlich sei, dass die Gutschrift von Fr. 40'000.– nicht bereits getilgt worden sei. Dementsprechend sei dieser Einwand gegen die Rechtsöffnung unbehelflich (Urk. 23 S. 6 Ziff. 2.6.2.).

6.3. Die Rüge ist bereits insofern nicht zutreffend, als dass die Vorinstanz nicht nur auf die Parteivorbringen abstellte, sondern vielmehr den Mietvertrag auslegte sowie die weiteren Akten berücksichtigte und diese dann in Beziehung zu den Parteibehauptungen setzte (Urk. 23 S. 6 Ziff. 2.6.2.). Dieses Vorgehen ist zutreffend und gibt zu keinen Beanstandungen Anlass.

Dass die Vorinstanz den Mietvertrag falsch ausgelegt hätte bzw. das Verhältnis zwischen dem Mietvertrag, den weiteren Akten und den Parteibehauptun-

gen falsch beurteilt hätte, ist weder ersichtlich noch gerügt und damit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Insgesamt erweist sich auch diese Rüge als unbegründet.

7.1. Sodann macht die Gesuchsgegnerin sinngemäss geltend, die Vorinstanz hätte zu Unrecht die Verrechnung von zu viel bezahlten Mietzinsen nicht zugelassen. Die Vorinstanz habe überprüft, ob der Gesuchsgegnerin ein Anspruch aus Art. 62 ff. OR zustehe. Dies liege aber nicht in der Kompetenz der Rechtsöffnungsrichterin. Dieser Anspruch müsse vom Sachrichter im ordentlichen Verfahren geprüft werden. Fakt sei, dass die Gesuchsgegnerin zu viel Mietzinsen bezahlt habe. Es mache nun den Anschein, dass die Vorinstanz sämtliche Einwände der Gesuchsgegnerin einfach nur mit "nicht glaubhaft" abschmettere und den haltlosen Behauptungen der Gesuchstellerin folge (Urk. 23 S. 6 Ziff. 5 f.).

7.2. Die Vorinstanz verwies zunächst auf den Mietvertrag vom 29. Juni 2010, dem zu entnehmen sei, dass die Mietzinse für Juli bis September 2010 nicht geschuldet seien. Sie führte dann aus, dass gemäss Art. 63 Abs. 1 OR aus einer freiwillig bezahlten Nichtschuld nur dann ein Rückforderungsanspruch entstehe, wenn die Nichtschuld irrtümlich bezahlt wurde. Die Gesuchsgegnerin habe zunächst nicht substantiiert dargelegt, wann und weshalb sie die nicht geschuldeten Mietzinse bezahlt habe, auch habe sie keine Belege für die Bezahlung eingereicht. Sodann habe sie nicht behauptet, die Mietzinse irrtümlich bezahlt zu haben. Es sei der Gesuchsgegnerin daher nicht geglückt, die Bezahlung der nicht geschuldeten Mietzinsen glaubhaft zu machen. Darüber hinaus sei, selbst wenn, die streitigen Mietzinse geleistet worden wären, fraglich, ob gemäss Art. 63 Abs. 1 OR ein Rückforderungsanspruch bestehe (Urk. 24 S. 7 2. Absatz).

7.3. Möchte ein Schuldner die Rechtsöffnung abwehren, indem er geltend macht, er habe die streitgegenständliche Forderung durch Verrechnung getilgt, muss er das Bestehen der Forderung, die er zur Verrechnung bringen will, glaubhaft machen (BSK-SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 93 f.). Unabhängig davon, ob der Rückforderungsanspruch, den die Gesuchsgegnerin geltend macht, als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR oder als vertraglicher Anspruch zu qualifizieren ist, setzt ein solcher zunächst die Zahlung nicht ge-

schuldeter Mietzinsen voraus. Dementsprechend prüfte die Vorinstanz pflichtgemäss, ob es der Gesuchsgegnerin geglückt sei, diese Zahlungen glaubhaft zu machen. Konkrete Kritik an dieser Prüfung brachte die Gesuchsgegnerin nicht vor. Insbesondere legte sie nicht dar, sie hätte – entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen – substantiiert behauptet, wann und weshalb sie nicht geschuldete Mietzinse bezahlt habe, oder entsprechende Belege eingereicht. Aus den Akten geht nichts hervor, was das Vorgehen der Vorinstanz als unzutreffend erscheinen liesse. Das Vorgehen der Vorinstanz und der daraus folgende Schluss sind daher nicht zu beanstanden.

Die Gesuchsgegnerin betonte in diesem Zusammenhang erneut, es sei nicht zulässig, im summarischen Verfahren einen Urkundenbeweis zu verlangen (Urk. 23 S. 5). Diesbezüglich ist der Vollständigkeit und der Klarheit halber anzumerken, dass die Vorinstanz nicht einen Urkundenbeweis verlangte. Vielmehr zählte sie beispielhaft Möglichkeiten auf, wie im summarischen Verfahren nahe- liegenderweise Vorbringen glaubhaft gemacht werden können (Urk. 24 S. 7, 2. Abschnitt). Eine Pflicht, Urkunden zu produzieren, postulierte sie damit aber nicht. Dabei ist die Gesuchsgegnerin auch darauf aufmerksam zu machen, dass ihr die Glaubhaftmachung der zu viel bezahlten Mietzinse nicht nur aufgrund der fehlenden Belege missglückte, sondern auch, weil ihre Behauptungen unsubstantiiert waren.

Zusammenfassend ist es der Gesuchsgegnerin nicht gelungen, den Schluss der Vorinstanz, dass die Zahlung nicht geschuldeter Mietzinsen unglaubhaft sei, zu widerlegen. Diese Zahlung wäre aber die Grundlage eines verrechenbaren Rückforderungsanspruches, unabhängig davon, wie dieser rechtlich zu qualifizieren wäre. Es kann daher darauf verzichtet werden, weiter abzuklären, ob die Vorinstanz die Kompetenz hatte zu prüfen, ob ein Rückforderungsanspruch gemäss Art. 63 Abs. 1 OR vorliegt.

8. Beim weiteren Argument, die Fläche der gemieteten Räumlichkeiten sei kleiner als im Vertrag zugesichert, weshalb sie und ihre Vorgängerin daher zu viel Miete bezahlt hätten und welchen Betrag sie nun zur Verrechnung bringe

(Urk. 23 S. 6 Ziff. 7), handelt es sich um ein unzulässiges Novum (vorne E. II. 3). Darauf ist nicht einzutreten.

9. Die von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Rügen erweisen sich entweder als nicht zutreffend oder als unzureichend begründet. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

#### **IV.**

1. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzulegen. Die Kosten sind gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen. Da die Gesuchsgegnerin vollumfänglich unterliegt, sind ihr die ganzen Kosten aufzuerlegen.

2. Der Gesuchstellerin ist mangels Aufwand keine Entschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage von Doppeln von Urk. 23 und 25 -27, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 58'476.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. März 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:  
mc