

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Urteil vom 6. September 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 15. März 2017 (EB170174-L)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 15. März 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch des Gesuchstellers und Beschwerdeführers (fortan Gesuchsteller) um Erteilung von provisorischer Rechtsöffnung für Fr. 49'322.– nebst Zins zu 5 % seit 15. März 2016 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6 (Zahlungsbefehl vom 18. November 2016) ab (Urk. 15 S. 1 und S. 6, Dispositivziffer 1). Die Spruchgebühr von Fr. 500.– wurde dem Gesuchsteller auferlegt (Dispositivziffer 2).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller fristgerecht Beschwerde (Urk. 11a; Urk. 14). Er stellt die folgenden Anträge (Urk. 14 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 15. März 2017 (Geschäfts Nr. EB170174-L) in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.
2. Es sei dem Beschwerdeführer/Gesuchsteller in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6 (Zahlungsbefehl vom 18. November 2016) für Fr. 49'322.– nebst 5% Zins seit 15. März 2016 provisorische Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Eventualiter sei in Gutheissung der Beschwerde das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 15. März 2017 (Geschäfts Nr. EB170174-L) aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) sowohl für das vorinstanzliche Verfahren als auch für das Beschwerdeverfahren zulasten des Beschwerdegegners/Gesuchgegners."

Der Gesuchsteller hat einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet (Urk. 16; Urk. 17). Die Beschwerdeantwort datiert vom 14. Juni 2017 (Urk. 19). Mit Eingabe vom 15. Juni 2017 reichte der Gesuchsgegner und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) einen Handelsregisterauszug der C._____ GmbH nach (Urk. 22; Urk. 23). Die Eingaben wurden dem Gesuchsteller samt Beilagen mit Verfügung vom 16. Juni 2017 zur Kenntnis gebracht (Urk. 24).

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_117/2016 vom 9. Juni 2016, E. 3.2.1). Noven können in der Beschwerde jedoch so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (BGE 139 III 466 E. 3.4; bestätigt in BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

4. Auf die Ausführungen des Beschwerdeführers wird nachfolgend nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

II.

1.1. Die Parteien haben am 7./12. Dezember 2002 per 1. Januar 2003 einen "Mietvertrag für Geschäftsräume" für einen Lagerraum an der D.____-Str. ... in E.____ abgeschlossen. Der Bruttomietzins betrug monatlich Fr. 3'465.– (Fr. 3'120.– Mietzins netto zuzüglich Fr. 345.– akonto Nebenkosten). Der Gesuchsgegner unterzeichnete den Vertrag als natürliche Person und Inhaber seiner Einzelunternehmung "C.____, B.____" (Prot. VI S. 3; Urk. 1 S. 2 f.; Urk. 5/1; Urk. 5/3; Urk. 7 S. 1; Urk. 8/5). Am 13. März 2008 erhöhte der Gesuchsteller (mittels Formular zur Mitteilung von Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen i.S.v. Art. 269 d OR) den monatlichen Bruttomietzins per 1. Oktober 2008 auf Fr. 3'523.– (Fr. 3'178.– Mietzins netto zuzüglich Fr. 345.– akonto Nebenkosten; Urk. 5/4). Gemäss den Behauptungen des Gesuchstellers vor Vor-

instanz, welche unbestritten blieben, hat der Gesuchsgegner den neuen Mietzins in Ziffer 3 der Vereinbarung vom 4./5. Oktober 2016 unterschriftlich anerkannt (Prot. VI S. 3 f.; Urk. 1 S. 3; Urk. 5/5; Urk. 7 S. 1). Die Einzelunternehmung des Gesuchsgegners wurde am 5. Juli 2010 gelöscht (Urk. 8/5). Zuvor war am 29. Juni 2010 die C._____ GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen worden. Sie übernahm bei der Gründung das Geschäft der Einzelunternehmung C._____, B._____, mit Aktiven und Passiven (Urk. 8/6). Das Mietobjekt wurde per Ende Oktober 2016 zurückgegeben. Gemäss Gesuchsteller blieben die vierzehn Monatsmieten von September 2015 bis und mit Oktober 2016 à je Fr. 3'523.–, mithin Fr. 49'322.–, unbezahlt (Urk. 1 S. 3 f.). Am 16. November 2016 hat der Gesuchsteller - unter anderem - diesen Betrag in Betreuung gesetzt. Der Gesuchsgegner hat am 2. Dezember 2016 Rechtsvorschlag erhoben (Urk. 3). In der Folge ersuchte der Gesuchsteller vor Vorinstanz um provisorische Rechtsöffnung.

1.2. Der Gesuchsgegner hat sich vor Vorinstanz im Wesentlichen darauf berufen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung nicht ihn als Privatperson, sondern die C._____ GmbH betreffe. Zudem beanstandete er die Höhe der geltend gemachten Forderung (Urk. 7). Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid dafür, nachdem der Gesuchsgegner die Erbringung der Leistung durch den Gesuchsteller nicht bestritten habe, stelle der vorgelegte Mietvertrag grundsätzlich eine unterschriftliche Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar, welche zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige, sofern der Gesuchsgegner nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräfteten, sofort glaubhaft mache (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Die vom Gesuchsgegner beanstandete Passivlegitimation sei hingegen – auch ohne entsprechende Rüge – von Amtes wegen zu prüfen (Urk. 15 S. 2). In der Folge prüfte die Vorinstanz losgelöst von den Bestreitungen des Gesuchsgegners und gestützt auf sämtliche eingereichten Urkunden, wer in der massgeblichen Periode (September 2015 bis Oktober 2016) aus dem Mietverhältnis tatsächlich verpflichtet war: Der Gesuchsgegner persönlich oder die C._____ GmbH. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass dies unklar sei. Sie wies das Rechtsöffnungsgesuch daher "zufolge zweifelhafter Passivlegitimation des Gesuchsgegners" ab (Urk. 15 S. 4 f.).

2.1. Der Gesuchsteller rügt, die Vorinstanz habe zur Beantwortung der Frage, wer im September 2015 bis Oktober 2016 tatsächlich aus dem Mietvertrag verpflichtet war, auf nicht behauptete Tatsachen abgestellt und nicht bestrittene Tatsachen ausser Acht gelassen. Sie habe auf Urkunden abgestellt, welche vom Gesuchsgegner nicht (rechtsgenügend) als Beweismittel angerufen worden seien. Die Vorinstanz habe damit den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt (Art. 320 lit. b ZPO). Sie habe zu Unrecht die Untersuchungsmaxime angewandt. Die Vorinstanz habe die Verhandlungsmaxime verletzt, was eine Rechtsverletzung darstelle (Art. 320 lit. a ZPO; Urk. 14 S. 3 f. und 11 ff.).

2.2. Beruht eine Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so spricht der Richter die provisorische Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

2.3.1 Der Gesuchsteller stützt sein Rechtsöffnungsgesuch auf den von den Parteien am 7./12. Dezember 2002 unterzeichneten Mietvertrag, das Mietzinsanpassungsformular vom 13. März 2008 sowie die Vereinbarung vom 4./5. Oktober 2016 (Urk. 1 S. 3). Der vom Mieter unterzeichnete Mietvertrag berechtigt zur Rechtsöffnung für die darin festgelegten fälligen Mietzinse und bezifferten Nebenkosten (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 362; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 114). Eine durch den Gläubiger mit amtlichem Formular mitgeteilte Mietzinserhöhung stellt indes keine Schuldanerkennung dar und berechtigt nicht zur Rechtsöffnung für den Erhöhungsbetrag, selbst wenn sie vom Mieter nicht angefochten wurde. Es bedarf der unterschriftlichen Anerkennung der Mietzinserhöhung durch den Mieter (Stücheli, a.a.O., S. 365; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 115).

2.3.2 Vorliegend ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass, nachdem der Gesuchsgegner die Erbringung der Leistung durch den Gesuchsteller nicht bestritten hat, der vorgelegte - von den Parteien unterzeichnete - Mietvertrag eine unterschriftliche Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG für den darin festgehaltenen Mietzins darstellt (Urk. 15 S. 2). Gemäss Mietvertrag hat sich der Gesuchsgegner zur Zahlung des Mietzinses unterschriftlich verpflichtet. Die

Frage, ob der Gesuchsgegner der Mietzinserhöhung schriftlich zugestimmt hat, kann an dieser Stelle offen bleiben. Der Mietvertrag stellt somit grundsätzlich einen gültigen Rechtsöffnungstitel dar. Diese Frage ist von Amtes wegen zu prüfen (BGer 5A_746/2015 vom 18. Januar 2016, E. 4.2). Weiter hat der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen die drei Identitäten zu prüfen: Darunter sind die Identität zwischen dem Betreibenden und dem auf dem Rechtsöffnungstitel genannten Gläubiger, die Identität zwischen dem Betrieben und dem auf dem Rechtsöffnungstitel genannten Schuldner sowie die Identität zwischen der in Betreuung gesetzten Forderung und derjenigen, die sich aus dem Rechtsöffnungstitel ergibt, zu verstehen (BGE 141 I 97 S. 100 E. 5.2). Betreibender ist der Gesuchsteller, welcher im Mietvertrag vom 7./12. Dezember 2002 als Vermieter fungiert. Betriebener ist der im Mietvertrag als Mieter bezeichnete Gesuchsgegner. Die in Betreuung gesetzte Forderung sind die angeblich ausstehenden Mietzinse (Urk. 3; Urk. 5/1). Damit sind vorliegend die drei Identitäten gegeben. Eine weitergehende Prüfung hat nicht von Amtes wegen zu geschehen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist somit nicht von Amtes wegen zu prüfen, ob es glaubhaft erscheint, dass die Verpflichtung des Gesuchsgegners aus dem Mietvertrag in der massgeblichen Periode von September 2015 bis Oktober 2016 noch bestand (vgl. Urk. 15 S. 2; Prüfung der "Passivlegitimation" von Amtes wegen auch ohne entsprechende Rüge). So gehen denn Stücheli und Staehelin übereinstimmend davon aus, dass, da der Mietvertrag hinsichtlich des Mietzinses nur für die Dauer des Mietverhältnisses einen Rechtsöffnungstitel bildet, der Gesuchsgegner, will er die gehörige Beendigung des (unbefristeten) Mietverhältnisses geltend machen (z.B. mittels Kündigung oder wie vorliegend zufolge Übergangs des Mietverhältnisses auf einen Dritten [vgl. Urk. 7]), eine entsprechende Einrede zu erheben und glaubhaft zu machen hat (vgl. hierzu Stücheli, a.a.O., S. 363 und 366; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 116, sowie *OGer ZH RT120169 vom 2.11.2012 E. 2.c.*).

2.3.3 Für die Einwendungen gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG gilt die Verhandlungsmaxime. Dabei obliegt es dem Schuldner, die Einwendung substantiiert darzulegen, damit zu behaupten, und mit Dokumenten und anderen Beweismitteln zu belegen (vgl. Dominique Müller/Dominik Vock, Behauptungs-, Bestreitungs- und

Substantiierungslast im Rechtsöffnungsverfahren, ZZZ 2016, S. 130 und 135). Die Einwendungen müssen sofort glaubhaft gemacht werden. Eine Einwendung erscheint als glaubhaft, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, welche die Behauptungen derart untermauern, dass der Richter überwiegend geneigt ist, an deren Wahrheit zu glauben. Wobei beim Glaubhaftmachen die Wahrscheinlichkeit lediglich in dem Sinn überwiegen muss, als mehr für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindernden Tatsachen sprechen muss als dagegen (BGer 5A_881/2011 vom 16. März 2012, E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2). Die Einwendungen gegen die provisorische Rechtsöffnung müssen grundsätzlich durch Urkunden glaubhaft gemacht werden (BGer 5A_510/2013 vom 5. Dezember 2012, E. 5.3).

2.4.1 Der Gesuchsgegner hat vor Vorinstanz eingewendet, die "Betreibung" für die Lagerkosten erfolge gegen ihn als Privatperson. Es betreffe aber die C._____ GmbH. Wie aus den Unterlagen festgestellt werden könne, sei die Einzelfirma im Handelsregister des Kantons Zürich per 5. Juli 2010 gelöscht worden. Die C._____ GmbH habe die Aktiven und Passiven sowie den gesamten Fahrzeugpark übernommen. Da die geschuldeten Lagermieten "März 2015 bis Oktober 2016" die GmbH betreffen würden und "laut Fusionsgesetz Art. 75 der Zeitraum zwischen Einzelfirma und C._____ GmbH mehr als drei Jahre" betrage, sei er als Privatperson für die Lagermieten "nicht zuständig". Auch seien alle Zahlungen seit der Gründung der C._____ GmbH durch diese getätigt worden (Urk. 7 S. 1 f.). Seine Ausführungen seien durch die eingereichten Beilagen belegt (Prot. Vi S. 3). Der Gesuchsgegner berief sich somit (zumindest sinngemäss) darauf, dass der Mietvertrag bei der Gründung der C._____ GmbH mittels Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, SR 221.301, FusG) von ihm persönlich auf die GmbH übergegangen sei. Es ist somit zu prüfen, ob glaubhaft erscheint, dass die C._____ GmbH durch Universalsukzession nach dem FusG Mieterin des 2002 durch den Gesuchsgegner abgeschlossenen Mietvertrags wurde. Zuzufolge der geltenden Verhandlungsmaxime ist dabei auf die vom Gesuchsgegner aufgestellten Behauptungen abzustellen.

2.4.2 Seit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes am 1. Juli 2004 richtet sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäftes eines im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens nach Art. 69 ff. FusG (vgl. Art. 181 Abs. 4 OR). Nach Art. 69 Abs. 1 FusG können im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen. Dazu bedarf es eines Übertragungsvertrags (Art. 70 f. FusG) sowie der Eintragung des Vermögensübergangs im Handelsregister (Art. 73 Abs. 1 FusG). Der Übertragungsvertrag enthält die Firma oder den Namen, den Sitz und die Rechtsform der beteiligten Rechtsträger (Art. 71 Abs. 1 lit. a), ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens, wobei Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufzuführen sind (lit. b), den gesamten Wert der übertragenden Aktiven und Passiven (lit. c), die allfällige Gegenleistung (lit. d) und eine Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Vermögensübertragung übergehen (lit. e). Die Vermögensübertragung wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam (Art. 73 Abs. 2, 1. Satz FusG). Dies führt zu einer partiellen Universalsukzession betreffend aller im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven auf den übernehmenden Rechtsträger (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG). Die Frage, ob auch mit Dritten abgeschlossene Verträge ohne deren Zustimmung übergehen (vgl. dazu BSK FusG-Malacrida, Art. 69 N 13 b und Art. 73 N 15b), kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen vorliegend offen gelassen werden (vgl. zum Ganzen BGer 4A_130/2015 vom 2. September 2015, E. 3.1, in deutscher Übersetzung in mietrechtspraxis [mp], 2016, S. 60).

2.4.3 Der Gesuchsgegner hat nicht behauptet, dass anlässlich der Gründung der C._____ GmbH und der Löschung der Einzelunternehmung C._____, B._____, zwischen den beiden Firmen ein Übertragungsvertrag im Sinne von Art. 70 FusG, welcher insbesondere ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens enthielt, geschlossen worden wäre. Entsprechende Dokumente wurden nicht eingereicht. Ins Recht gelegt wurden die Handelsregisterauszüge der C._____, B._____ (Urk. 8/5), sowie der C._____ GmbH (Urk. 8/6). Gemäss Art. 139 der Handelsregisterverordnung (SR 221.411, HRegV) müssen bei der Vermögensübertragung

bei der übertragenden Rechtseinheit (vorliegend bei der C._____, B._____) die Firma oder der Name, der Sitz sowie die Identifikationsnummer der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtseinheiten (Art. 139 lit. a HRegV), das Datum des Übertragungsvertrages (lit. b), der gesamte Wert der gemäss Inventar übertragenen Aktiven und Passiven (lit. c) sowie die allfällige Gegenleistung (lit. d) eingetragen werden. Auf dem Handelsregisterauszug der Einzelunternehmung fehlen dahingehende Eintragungen gänzlich. Es ist lediglich vermerkt, dass das Einzelunternehmen infolge Geschäftsüberganges erloschen ist (Urk. 8/5). Im Handelsregisterauszug der C._____ GmbH (der übernehmenden Unternehmung) wird unter *besondere Tatbestände* festgehalten: "Sacheinlage/Sachübernahme: Die Gesellschaft übernimmt bei der Gründung das Geschäft des im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens C._____, B._____, in Zürich, gemäss Vertrag vom 24.06.2010 und Übernahmebilanz per 31.12.2009 mit Aktiven von CHF 80'443.40 und Passiven von CHF 41'272.40, wofür 20 Stammanteile zu CHF 1'000.00 ausgegeben und CHF 19'161.00 als Forderung gutgeschrieben werden" (vgl. Urk. 8/6). Allein gestützt auf diesen Eintrag kann jedoch nicht auf eine Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz geschlossen werden (vgl. hierzu auch BGer 4A_130/2015 vom 2. September 2015 E. 3.2, in deutscher Übersetzung in mietrechtspraxis [mp], 2016, S. 62). Viel wahrscheinlicher erscheint die qualifizierte Gründung der C._____ GmbH mittels Sacheinlagevertrag (Urk. 14 S. 8; vgl. hierzu auch Urk. 5/14).

2.4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Übergang des Mietvertrages von der C._____, B._____, auf die C._____ GmbH gestützt auf das Fusionsgesetz als nicht glaubhaft erscheint.

2.5. Der Mieter von Geschäftsräumen kann das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen (Art. 263 OR). Eine Übertragung kann nun aber allein gestützt auf die unbestrittene Behauptung, dass alle Zahlungen (gemeint sind die Mietzinsen und die anfallenden Nebenkosten für das Mietobjekt) seit der Gründung der C._____ GmbH durch diese getätigt worden seien (Urk. 7 S. 1 f.), nicht glaubhaft gemacht werden (vgl. hierzu BGer 4A_130/2015 vom 2. September 2015 E. 4.1, in deutscher Übersetzung in miet-

rechtspraxis [mp], 2016, S. 63). Nicht zu beachten ist in diesem Zusammenhang die Behauptung des Gesuchsgegners in der Beschwerdeantwort, der Gesuchsteller sei am 6. Juli 2010 per E-Mail darüber informiert worden, dass die Einzelfirma C._____, B._____, gelöscht worden sei und alle zukünftigen Rechnungen und Korrespondenz an die C._____ GmbH zu richten seien (Urk. 19 S. 2). Die entsprechende Behauptung wurde vor Vorinstanz nicht verlesen (vgl. Urk. 7 S. 2). Sie ist verspätet (vgl. vorne I./E. 3). Vor Vorinstanz hat der Gesuchsgegner sodann weder behauptet, dass er dem Gesuchsteller je einen Antrag auf die Zustimmung zur Übertragung des Mietvertrages auf die C._____ GmbH gestellt, noch, dass der Gesuchsteller seine Zustimmung erteilt hätte. Es ist im Rahmen der geltenden Verhandlungsmaxime nicht Aufgabe des Gerichts, zu prüfen, ob sich gestützt auf die vom Gesuchsgegner im Weiteren kommentarlos - und damit ohne konkrete Behauptungen - eingereichten Urkunden eine Übertragung nach Art. 263 OR ergibt. Genauso wenig hat das Gericht - ohne entsprechende konkrete Behauptungen - die Urkunden dahingehend zu durchforsten, ob sich aus ihnen anderweitige Zweifel an der Passivlegitimation des Gesuchsgegners ergeben.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner seine behaupteten Einwendungen nicht glaubhaft zu machen vermag. Insoweit die Vorinstanz die Passivlegitimation des Gesuchsgegners gestützt auf nicht behauptete Tatsachen und unter Würdigung von Urkunden, welche kommentarlos eingereicht wurden, in Zweifel zieht (vgl. Urk. 15 S. 4), hat sie die Verhandlungsmaxime verletzt. Es liegt eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO vor. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien muss nicht mehr eingegangen werden. Das Urteil der Vorinstanz ist aufzuheben. Da sich das Verfahren als spruchreif erweist (vgl. nachfolgend E. 4), ist ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO).

4.1.1 Wie dargelegt liegt mit dem Mietvertrag vom 7./12. Dezember 2002 ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor. Er berechtigt zur provisorischen Rechtsöffnung für den darin bezifferten Mietzins von monatlich Fr. 3'465.- (Fr. 3'120.- Mietzins netto zuzüglich Fr. 345.- akonto Nebenkosten). Zu prüfen ist, ob der Ge-

suchsgegner die Mietzinserhöhung auf Fr. 3'523.– (Fr. 3'178.– Mietzins netto zuzüglich Fr. 345.– akonto Nebenkosten) unterschriftlich anerkannt hat.

4.1.2 Der Gesuchsteller hat sich vor Vorinstanz darauf berufen, der Gesuchsgegner habe die (neue) Höhe des Mietzinses unterschriftlich anerkannt. Als Beweis offerierte er Ziffer 3 der Vereinbarung vom 4./5. Oktober 2016 (Urk. 1 S. 2; Urk. 5/5). Die Behauptung blieb unbestritten (Prot. Vi S. 3; Urk. 7). Als Abschlussparteien werden auf der Vereinbarung der Gesuchsteller ("Vermieter") und die C._____ GmbH, B._____ ("Mieter") angeführt (Urk. 5/5). Inhaltlich wurde festgehalten, dass der Vermieter "dem Mieter" das Mietverhältnis per Ende September 2016 kündigt. Die Rückgabe wurde auf den 4. Oktober 2016 angesetzt. Aufgrund eines Unfalls der "Untermieterschaft" und damit verbundener Räumungsprobleme verzögere sich die Rückgabe des Mietobjekts. Die "Parteien" kamen überein, dass die Kündigung vom 22. August 2016 per 30. September 2016 gelte und wirksam sei (Urk. 5/5, Ziffer 1), dass der Vermieter der Mieterschaft das Mietverhältnis einmalig und definitiv bis zum 27. Oktober 2016 erstrecke (Ziffer 2) sowie dass die Zinszahlungspflicht bis zum Zeitpunkt des Auszuges bestehe und der aktuelle Bruttomietzins Fr. 3'523.– ("Netto Fr. 3'178.–, Nebenkostenkonto Fr. 345.–") betrage (Ziffern 3). Unterzeichnet wurde die Vereinbarung durch den Rechtsvertreter des Gesuchstellers (mit Vollmacht) sowie, ob dem Vermerk "B._____, C._____ GmbH", durch den Gesuchsgegner. Zu kurz greift die Erwägung der Vorinstanz, die Vereinbarung sei zwischen dem Gesuchsteller (vertreten durch seinen Rechtsvertreter) als Vermieter und der C._____ GmbH als Mieterin betreffend den streitgegenständlichen Lagerraum geschlossen worden (Urk. 15 S. 4). In der Vereinbarung werden als Mieter sowohl der Gesuchsgegner persönlich als auch die C._____ GmbH aufgeführt. Es wird in der Folge vom Mieter (und nicht der Mieterin, was mit Bezug auf eine GmbH anzunehmen gewesen wäre) gesprochen und eine Untermieterschaft erwähnt. Der Gesuchsgegner hat nie bestritten, dass er die Vereinbarung auch persönlich, und nicht nur als Zeichnungsberechtigter für die C._____ GmbH, unterzeichnet hätte. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten darüber kam, wer nunmehr Mieter aus dem Mietvertrag sei, erscheint es denn durchaus zweckmässig, dass man nach Aussprechung der Kündigung eine Ver-

einbarung sowohl mit dem Gesuchsgegner persönlich als auch der C._____ GmbH betreffend die Wirksamkeit der Kündigung und den Auszugstermin schloss (Urk. 14 S. 13). Damit ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung vom Gesuchsgegner für sich persönlich sowie namens der GmbH unterzeichnet wurde. Der Gesuchsgegner hat die Mietzinserhöhung damit unterschriftlich anerkannt.

4.2.1 Entsprechend ist provisorische Rechtsöffnung für den Mietzins von Fr. 3'523.– und damit insgesamt Fr. 49'322.– (14 mal Fr. 3'523.–, 1. September 2015 bis 31. Oktober 2016) zu erteilen, sofern der Gesuchsgegner allfällige Einwendungen gegen die Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung nicht sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG).

4.2.2 Mit Bezug auf den Einwand, dass bei der Berechnung der Forderung das "geleistete Depot" von Fr. 3'000.– nicht berücksichtigt worden sei (Urk. 7 S. 1), kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 15 S. 5). Die Einrede ist im Rechtsöffnungsverfahren unbeachtlich. Weiter beanstandet der Gesuchsgegner die Positionen 1), 3) und 4) des Zahlungsbefehls (Fr. 2'023.–, Fr. 2'132.55 und Fr. 3'826.55; vgl. Urk. 3 und Urk. 7 S. 1). Für diese Positionen verlangt der Gesuchsteller keine Rechtsöffnung, weshalb auf diese Ausführungen nicht weiter einzugehen ist. Weitere substantiierte Einwendungen bringt der Gesuchsgegner nicht vor (Urk. 7).

4.3. Ferner beantragt der Gesuchsteller provisorische Rechtsöffnung für Zins von 5 % seit dem 15. März 2016 (mittlerer Verfall). Aus Praktikabilitätsgründen kann Rechtsöffnung für Verzugszinsen erteilt werden. Es muss jedoch eine Mahnung eingereicht werden oder urkundlich dargetan werden, dass ein bestimmter Verfalltag abgemacht wurde (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 82 N 32). Gemäss Mietvertrag ist der Mietzins zahlbar monatlich im Voraus (Urk. 5/1). Damit wurde ein Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR vereinbart (Urk. 1 S. 5). Es ist auf den mittleren Verfall am 15. März 2016 (Zeitperiode 1. September 2015 bis 31. Oktober 2016) abzustellen. Die Höhe des Verzugszinses beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR).

5. Zusammenfassend ist dem Gesuchsteller somit in Gutheissung der Beschwerde provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6 (Zahlungsbefehl vom 18. November 2016) für Fr. 49'322.– nebst Zins zu 5 % seit dem 15. März 2016 zu erteilen.

III.

1.1. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren sind in Anwendung von Art. 48 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.35, GebV SchKG) auf Fr. 500.– festzusetzen. Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

1.2. Der Gesuchsgegner hat dem Gesuchsteller für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (Urk. 1 S. 2 und S. 14). Die Entschädigung ist in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 der Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) auf Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 160.– (8 % Mehrwertsteuer), mithin Fr. 2'160.–, festzusetzen.

2. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von Art. 48 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind sie dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei sie vorab aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen werden. Der Gesuchsgegner hat dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zuzüglich Fr. 80.– (8 % Mehrwertsteuer), mithin Fr. 1'080.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 9 sowie § 13 Abs. 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 15. März 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- "1. Dem Gesuchsteller wird in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 6 (Zahlungsbefehl vom 18. November 2016) provisorische Rechtsöffnung erteilt für Fr. 49'322.– nebst Zins zu 5 % seit dem 15. März 2016.

2. Die Spruchgebühr wird festgesetzt auf Fr. 500.–.

3. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteienschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– zu ersetzen.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 1'080.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz 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).

7. Wird provisorische Rechtsöffnung erteilt, kann der Gesuchsgegner innert 20 Tagen nach Zustellung dieses Entscheides beim zuständigen Gericht unter Beilage des Entscheids schriftlich und im Doppel auf Aberkennung der Forderung klagen; unterlässt er dies, wird die Rechtsöffnung definitiv.

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 49'322.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 6. September 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
sf