



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
KSK 11 15

Chur, 23. März 2011

Schriftlich mitgeteilt am:

Entscheid

**Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs**

Vorsitz Vizepräsident Schlenker
Richter Kantonsrichter Hubert und Kantonsrichter Bochsler
Redaktion Aktuar Conrad

In der Schuldbetreibungs- und Konkursbeschwerde

der B.O. AG, Gläubigerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsan-
walt lic. iur. Josef Brunner, Poststrasse 3, 7130 Ilanz,

gegen

die Verfügung des Betreibungsamtes Surselva vom 07. Februar 2011, mitgeteilt
am 07. Februar 2011, in Sachen der Gläubigerin und Beschwerdeführerin gegen
S., Schuldner und Beschwerdegegner,

betreffend Verwertungsbegehren (Durchführung Verwertung, Wiederbeschaffung
fortgeschaffter Retentionsgegenstände, Ausstellung Verlustschein),

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Für verfallene Mietzinse über Fr. 100'000.— aus Vermietung des Bergrestaurants "K.", Nx., an S., Porza/TI, vollzog das Betreibungsamt Ruis (ab 01. Juli 2010 Betreibungsamt Surselva) am 22. März 2008 auf Veranlassung der Vermieterin und Gläubigerin BO. AG eine Retention im Sinne von Art. 283 SchKG an folgenden, in das Mietobjekt eingebrachten Gegenständen (Retention Nr. 20801):

| Nr. | Gegenstände | Schätzwert Fr. | Bemerkungen |
|-----|---|----------------|---------------------------------|
| 1 | Geschirrabwaschmaschine Hildebrand H 2300 | 1'000.00 | |
| 2 | Teigknetmaschine Lips 3402102G | 200.00 | |
| 3 | Vakuummaschine Crazkvo Vac | 200.00 | |
| 4 | Wasserbad 3-teilig, fahrbar | 300.00 | |
| 5 | Schneemobil Arctic Cat ATV 650 mit Raupen (braune GR Nr. 20353) | 8'000.00 | Drittanspruch ZM. AG, Domat/Ems |
| 6 | 2 Registrierkassen Casio TE 800 F | 1'000.00 | Drittanspruch ST., Savosa |
| 7 | 1 Registrierkasse Schulthess | 500.00 | Drittanspruch ST., Savosa |

B.1. Die betreibungsamtliche Zustellung der Retentionsurkunde erfolgte am 25. März 2008 mit verfrühter Ansetzung einer Frist zur Bestreitung der angemeldeten Drittansprüche. Die Vermieterin bestritt am 01. April 2008 die Drittansprüche, worauf das Betreibungsamt Ruis am 07. April 2008 der ZM. AG, ebenso verfrüht, Frist zur Klage auf Anerkennung ihres Eigentums ansetzte. Ihre vor dem Bezirksgerichtsausschuss Surselva angehobene Klage gegen die BO. AG zog die ZM. AG in der Folge zurück, da seitens der retinierenden Gläubigerin noch gar kein Verwertungsbegehren gestellt worden war.

2. Die Retention hatte die BO. AG durch rechtzeitige Stellung des Betreibungsbegehrens auf Pfandverwertung (Betreibung Nr. 208118) am 07. April 2008 aufrecht erhalten. Gegen den am 08. April 2008 aus- und am 22. April 2008 rechtshilfweise im Tessin zugestellten Zahlungsbefehl erhob der Schuldner S. Rechtsvorschlag. Am 05. Mai 2008 gelangte die Vermieterin an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks Surselva mit dem Gesuch um Durchführung der Schlichtungsverhandlung betreffend eine Forderung aus Mietverhältnis von Fr. 225'000.— sowie definitive Rechtsöffnung in der Betreibung Nr. 208118 für die dortige Forderung von Fr. 100'000.— und das Retentionsrecht.

3. Auf Anfrage hin bestätigte das Betreibungsamt Ruis dem Rechtsvertreter der ZM. AG mit Schreiben vom 11. Oktober 2008, mangels Einleitung eines Rechtsöffnungsverfahrens gegen den schuldnerischen Rechtsvorschlag sei der Retentionsbeschlagnahme am Schneemobil (Retentionsgegenstand Nr. 5) dahingefallen und ein Verwertungsbegehren könne nicht mehr gestellt werden. Das inzwischen aus den Mieträumlichkeiten entfernte Schneemobil befand sich bei der Dritteigentumsansprecherin ZM. AG, welche das Fahrzeug im November 2008 an Q., Zb., weiterverkaufte und auslieferte. Am 22. Dezember 2008 wurde die Gläubigerin beim Betreibungsamt vorstellig, mit dem Begehren, das von der ZM. AG aus den Mieträumen behändigte Schneemobil sei unverzüglich in das Bergrestaurant zurückzuschaffen oder an einem sicheren Ort durch das Betreibungsamt zu verwahren. Am 29. Dezember 2008 beschied ihr das Betreibungsamt Ruis, die Rückführung und amtliche Verwahrung seien nicht möglich, da das Fahrzeug am 03. November 2008 weiterverkauft und ausgeliefert worden sei. Die Mitteilung an die Drittsprecherin ZM. AG vom 11. Oktober 2008 über den Wegfall des Retentionsbeschlages sei fehlerhaft gewesen und für daraus entstandenen Schaden werde das Betreibungsamt haften müssen.

4. Mangels Streitbeilegung vor der Schlichtungsbehörde klagte die BO. AG innert der im Leitschein angegebenen Frist von 30 Tagen seit dessen Zustellung vom 21. Oktober 2009 am 20. November 2009 gegen S. vor dem Bezirksgericht Surselva. Mit Urteil vom 16. März 2010 hiess das Bezirksgericht Surselva die Forderungsklage der BO. AG im Umfang von Fr. 270'394.20 zuzüglich Zinsen gut. Ausserdem hob das Gericht den Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. 208118 auf und erteilte der Klägerin im Umfang von Fr. 100'000.— die definitive Rechtsöffnung für Forderung und Retentionsrecht. Das Urteil erwuchs am 13. Juli 2010 in Rechtskraft.

5. Das anschliessende Begehren der Gläubigerin vom 01. September 2010 um Fortsetzung der Betreibung (auf Pfändung) wies das Betreibungsamt Surselva zurück, worauf die Gläubigerin am 03. September 2010 ein Verwertungsbegehren stellte. Hinsichtlich der Retentionsgegenstände Nr. 5-7 erliess das Betreibungsamt Surselva am 07. September 2010 erneut die Anzeigen der Eigentumsansprachen (ZM. AG und ST.) an die Gläubigerin gemäss Art. 106 f. SchKG und setzte ihr Frist von 10 Tagen zur Bestreitung. Die Bestreitung der Gläubigerin im Sinne von Art. 107 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ist am 20. September 2010 erfolgt. Gleichzeitig wies die Gläubigerin darauf hin, die Retentionsgegenstände Nr. 6 und 7 (3 Registrierkassen) seien ohne ihr Wissen aus dem Mietobjekt entfernt worden, womit ihr Retentionsrecht daran freilich nicht untergehe, weshalb das Betreibungsamt sie

zurückzuschaffen habe. Etwas anders präsentiere sich die Rechts- und Sachlage in Bezug auf das Schneemobil, nachdem das Betreibungsamt dem Rückführungsbegehren der Gläubigerin vom Dezember 2008 offenbar nicht mehr habe stattgeben können. Nachdem das Betreibungsamt diesbezüglich seine Schadenersatzpflicht anerkannt habe, müsse man sich nur noch über die Höhe des Schadens einigen.

6. In der Folge tätigte das Betreibungsamt Surselva weitere Abklärungen über den Verbleib der 2 ½ Jahre zuvor retinierten Gegenstände. In Bezug auf das Schneemobil stellte sich nach Angaben des Strassenverkehrsamtes, der ZM. AG und des Schuldners heraus, dass es sich bei dem unter dem Kontrollschild GR 20353 auf den Namen des Schuldners S. in der Zeit vom 14.01.2005-16.09.2008 immatrikulierten Schneemobil um ein "Arctic Cat Beatcat 660 WT" handelte, das sich im Zeitpunkt des Retentionsvollzugs zur Reparatur bei der Lieferantin befand. In den Mieträumlichkeiten wurde stattdessen das Ersatzfahrzeug vom Typ "Arctic Cat ATV 650" vorgefunden, welches in der Folge von der Lieferantin ZM. AG wieder abgeholt worden war. Hinsichtlich der Registrierkassen gab der Schuldner in der rogatorischen Einvernahme durch das Betreibungsamt Lugano an, diese seien vom Mitarbeiter (gerente) M. vor Beendigung des Mietverhältnisses entfernt und der Leasinggeberin ST. übergeben worden. Mangels vorhandenen pfändbaren Vermögens und Einkommens konnte das Betreibungsamt Lugano beim Schuldner keine Surrogatspfändung vornehmen.

C. Mit Verfügung vom 07. Februar 2011 wies das Betreibungsamt Surselva das Verwertungsbegehren der BO. AG zurück, mit der Begründung, da sich keiner der retinierten Gegenstände mehr beim Schuldner befinde, sei eine Rückschaffung und Verwertung nicht möglich. Gestützt auf die Abklärungen des Betreibungsamtes Lugano fehle zudem die Möglichkeit, beim Schuldner ersatzweises Substrat für die nicht mehr vorhandenen Retentionsgegenstände zu beschaffen. In Bezug auf das in der Retentionsurkunde aufgeführte Schneemobil Arctic Cat ATV 650 wurde amtsseits ferner in Abrede gestellt, dass dieses jemals dem Retentionsbeschlagn unterlegen sei. Das auf den Namen des Schuldners eingelöste Schneemobil habe sich zur Zeit der Retentionsaufnahme nämlich gar nicht in den Mieträumen befunden, sondern zufälligerweise irgendein Ersatzfahrzeug. Sachen, die nur vorübergehend von Kunden zur Reparatur oder von Besuchern in die Mieträume verbracht würden, unterlägen nicht dem Retentionsbeschlagn.

D.1. Dagegen legte die BO. AG am 15. Februar 2011 Beschwerde beim Kantonsgericht als SchKG-Aufsichtsbehörde ein, mit den Anträgen:

- "1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache zur ordentlichen Durchführung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung und Abschluss desselben mit Verteilung eines allfälligen Pfanderlöses (Art. 157 SchKG) an die Beschwerdeführerin bzw. Ausstellung eines Pfandausfallscheins für den ungedeckten Forderungsbetrag (Art. 158 SchKG) zurückzuweisen.*
 - 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge plus 8 % Mehrwertsteuer".*
2. In seiner Vernehmlassung vom 18. Februar 2011 schloss das Betreibungsamt Surselva sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde.
 3. Der Schuldner und Beschwerdegegner liess sich innert Frist nicht vernehmen.

II. Erwägungen

1. Die betreibungsamtliche Verfügung, mit welcher einem Verwertungsbegehren keine Folge gegeben wird, ist eine Betreibungshandlung (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Sie bewirkt eine aktuelle Beschwer der Gläubigerin und ist daher beschwerdefähig. Auf das im Übrigen frist- (Art. 17 Abs. 2 SchKG) und formgerecht (Art. 14a Abs. 1 und 4 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, GVV SchKG, BR 220.100) bei der zuständigen Instanz (Art. 11 GVV SchKG) eingelegte Rechtsmittel ist einzutreten.

2.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Betreibungsamt hätte zuerst abklären müssen, ob die retinierten Vermögensstücke zurückgeschafft werden könnten, oder ob dies aus Gründen des gutgläubigen Erwerbs Dritter ausgeschlossen sei. Dabei habe es nicht einfach auf die Erklärungen des Schuldners abstellen dürfen, zumal diese offensichtlich inhaltlich unrichtig seien. So sei der Schuldner nachgewiesenermassen persönlich und nicht etwa M. Pächter des Restaurants gewesen. Letzterer sei, wie in der Retentionsurkunde zutreffend festgestellt, lediglich Mitarbeiter des Pächters gewesen, sodass seine Handlungen direkt dem Schuldner zuzurechnen seien. Aus der Retentionsurkunde ergebe sich sodann, dass die ST. im Zusammenhang mit den retinierten Registrierkassen Drittansprüche geltend gemacht habe. Wenn diese Gegenstände der ST. vom Pächter [recte Mitarbeiter] zurückgegeben worden seien, so könne diese nicht als gutgläubig angesehen werden, sodass hier einer betreibungsamtlichen Rückschaffung nichts im Wege stehe.

a. Zumindest in Bezug auf die Retentionsgegenstände 1-5 ist die Rüge der mangelhaften Sachverhaltsabklärung zurückzuweisen. Das Betreibungsamt Sur-

selva hat mehrfach, in verschiedener Hinsicht und bei unterschiedlichen Beteiligten Abklärungen über den Verbleib der umstrittenen Gegenstände getroffen (act. 03.1.21, 31-44). Die Beschwerdeführerin legt denn auch nicht dar, auf welcher Weise ein zuverlässigerer Informationsstand zu erreichen gewesen wäre oder noch zu erzielen sei.

b. Gemäss den schuldnerischen Aussagen sind die Retentionsgegenstände 1-4 nach Ablauf des Mietverhältnisses im Mietobjekt verblieben und dem Vermieter überlassen worden (act. 03.1.43: *dovrebbero essere rimasti sul posto fino alla fine e lasciati al locatore*). In tatsächlicher Hinsicht gibt es keine gegenläufigen Anhaltspunkte und von weiteren Abklärungen kann man sich keinen Erfolg versprechen. Wenn bei diesem Sachstand die Beschwerdeführerin als Vermieterin selbst nicht weiss, wo sich die Ware heute befindet, dann weiss es niemand. Die Sachen sind nicht mehr auffindbar. Die beantragte Wiederbeschaffung und Verwertung dieser Ware scheitert bereits an dieser einfachen Tatsache.

Der Retentionsgegenstand Nr. 5 (Schneemobil) befindet sich bei der Käuferin Q. oder – nach 2 ½ Jahren – bei einem anderen Dritten, wobei aus der Beschwerdeschrift nicht restlos klar wird, ob sich der Antrag auf Wiederbeschaffung und Verwertung auch auf diesen Gegenstand erstreckt.

Auch die geleasteten Retentionsgegenstände Nr. 6-7 befinden sich gemäss den nachvollziehbaren Aussagen des Schuldners nicht beim ihm, sondern sind von seinem Mitarbeiter zur Leasinggeberin ST. gebracht worden oder befinden sich inzwischen anderswo. Im einen wie im anderen Fall sind alle diese in Frage kommenden Besitzer im Verhältnis zu den hiesigen Beteiligten Dritte.

c. Gemäss Art. 284 SchKG können Gegenstände, die heimlich oder gewaltsam fortgeschafft wurden, in den ersten zehn Tagen nach der Fortschaffung mit Hilfe der Polizeigewalt in die vermieteten oder verpachteten Räumlichkeiten zurückgebracht werden. Rechte gutgläubiger Dritter bleiben vorbehalten. Über streitige Fälle entscheidet der Richter im beschleunigten Prozessverfahren. Die Norm ist nach zutreffender Darlegung der Beschwerdeführerin nicht anwendbar auf Gegenstände, die nach Aufnahme des Retentionsverzeichnisses fortgeschafft wurden (Kommentar SchKG, Walder, 2007, Art. 284 N 2; BGE 104 III 26); diese können vielmehr vom Betreibungsamt ohne Einhaltung einer Frist und grundsätzlich bedingungslos vom Betreibungsamt zurückgeschafft werden. Darauf beruft sich die Beschwerdeführerin. Abgesehen davon, dass mit dem Ersatzfahrzeug Arctic Cat ATV 650 ein anderes Vehikel retiniert worden war, als jenes, das der

Schuldner üblicherweise benutzte und auf seinen Namen immatrikuliert war (Arctic Cat Beatcat 660 WT), wäre Art. 284 SchKG auf Letzteres nicht anwendbar, weil dieses Fahrzeug zwar *vor* der Retention aus den Mieträumlichkeiten weggeschafft worden war, jedoch nicht heimlich oder gewaltsam, sondern einfach zur Reparatur. Die Einbringung eines Ersatzfahrzeugs spricht gegen unlautere Absichten. Auf das effektiv retinierte Ersatz-Schneemobil Arctic Cat ATV 650 ist Art. 284 SchKG nicht anwendbar, weil dieses *nach* der Retention aus den Mieträumlichkeiten fortgeschafft wurde. Sind fortgeschaffte Gegenstände – wie vorliegend das Ersatz-Schneemobil und die 3 Registrierkassen – bereits in den Besitz von Dritten (hier ZM. AG und ST.) gelangt, so fehlt, entgegen der anscheinenden Meinung der Beschwerdeführerin, dem Betreibungsamt von vorneherein die Macht, sie bei diesen Dritten zu behändigen oder ihnen die Herausgabe zu befehlen (BSK SchKG-Schnyder/Wiede, 2. A. 2010, Art. 284 N 14; PKG 1992 Nr. 50 E. 3, mit Hinweis auf BGE 68 III 7 und Studer, Die betreibungsamtlichen Funktionen im Retentionsverfahren für Miet- und Pachtzinsforderungen, in BISchK 1952, S. 167). Neben Art. 284 SchKG besteht dieses Hindernis auch im Fall, in welchem bereits retinierte Gegenstände aus den Mieträumlichkeiten fortgeschafft wurden und nicht anderswo beim Schuldner, sondern bei Dritten landen (BSK SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 284 N 4; für den definitiven Hinfall des Retentionsrechts durch den Verkauf des Schneemobils vgl. nachstehende Erwägung Ziff. 2.4.c). Wiederbeschaffungshandlungen des Betreibungsamtes im Sinne von Sicherung bereits retinierten Substrats können sich von vorneherein nur gegen den Schuldner richten; befindet sich der Vermögenswert hingegen bei einem Dritten, der ein eigenes Recht daran geltend macht – was hier sowohl beim Schneemobil als auch bei den Registrierkassen der Fall ist – ist darüber, unbesehen von der Frage des guten Glaubens des neuen Besitzers, über welchen die Vollstreckungsbehörden ohnehin nicht abschliessend befinden können, vom Zivilrichter im gewöhnlichen Widerspruchsverfahren nach Art. 108 Abs. 1 SchKG zu entscheiden (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A. Zürich 1997/99, Art. 284 N 3 und 11c; KUKO SchKG-Rohner, Art. 284 N 7 f.). Eine Fristansetzung an den Retentionsgläubiger durch das Betreibungsamt ist dabei überflüssig (BSK SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 284 N 14). Der Beschwerdeführerin war spätestens seit dem 29. Dezember 2008 bekannt, dass das Schneemobil von einem Dritten käuflich erworben wurde und dort vom Betreibungsamt nicht behündigt werden konnte, gleichwohl hat sie nichts gegen die neue Besitzerin unternommen.

d. Was die 3 Registrierkassen anbelangt, ist der Einwand mangelhafter vorinstanzlicher Sachverhaltsabklärung nicht ganz von der Hand zu weisen. Es ist

festzustellen, dass die Eigentumsansprecherin ST. gemäss Aktenlage auf die betriebsamtlichen Fristansetzungen zur Klageerhebung (act. 03.1.3, 03.1.35) nicht reagiert hat, mit der Folge, dass der Pfandanspruch der Gläubigerin in diesem Vollstreckungsverfahren als anerkannt zu gelten hat. Die ST. ist nicht nachgehende rechtsgeschäftliche Erwerberin, sondern hat einfach neu den Gewahrsam/Besitz, und die Beschwerdeführerin behauptet, ST. könne nicht gutgläubig sein. Auf die schuldnerische Aussage hin, sein Mitarbeiter M. habe die Kassen der Leasinggeberin zurückgebracht, hat sich das Betreibungsamt nicht bei ST. über den Verbleib der Ware erkundigt. Man weiss nicht, ob sie noch dort und damit allenfalls wieder beschaffbar ist. Die Fragen können indes offen bleiben. Von der Herbeischaffung und Verwertung der Registrierkassen ist aus anderen Gründen Abstand zu nehmen. Analog der bei der Pfändung angewendeten Prämisse, dass nur zu pfänden ist, was eine Verwertung lohnt, würde eine Rückschaffung dieser Objekte in die Surselva und ihre Verwertung durch Versteigerung unter objektiv vernünftigen Gesichtspunkten nur dann Sinn machen, wenn zu erwarten ist, dass der Ersteigerungserlös die Kosten dieser ganzen Operation übersteigt. Das ist nicht der Fall. Von der Verwertung ist abzusehen, wenn der Überschuss des Verwertungserlöses über die Kosten nur einen sehr geringen Teil der Forderung des Gläubigers zu decken vermöchte und erst Recht, wenn der Erlös nicht einmal die Verwertungskosten decken würde (Art. 127 SchKG analog; BGE 88 III 103 E. 3, 4; 83 III 131 E. 2; BSK SchKG-Rutz/Roth, 2. A. 2010, Art. 127 N 1, 2). Das Betreibungsamt hat von der Gläubigerin für die Verwertung dieser 3 Maschinen einen Kostenvorschuss von 1'000 Franken verlangt, was von der Gläubigerin im Grundsatz und der Höhe nach unbestritten blieb. Die 3 retinierten Registrierkassen hatten - vor 3 Jahren - zusammen einen geschätzten Wert Fr. 1'500.—. Selbst wenn sich ihr heutiger Verbleib herausfinden liesse, und falls man ihrer mit vernünftigem Aufwand habhaft würde, wäre ihre Herbeischaffung aus dem Tessin und hiesige Versteigerung mit unverhältnismässigen, den zu erwartenden Verwertungserlös mit hoher Wahrscheinlichkeit übersteigenden Kosten verbunden. Eine Verwertung, die dem Gläubiger unter ökonomischen Gesichtspunkten nichts bringt, hat zu unterbleiben. Das kann auch von Amtes wegen angeordnet werden (BSK SchKG-Rutz/Roth, Art. 127 N 4).

e. Zusammenfassend ist in Bezug auf die Retentionsgegenstände 1-5 festzustellen, dass sie entweder nicht vorhanden, oder, soweit vorhanden, vom Betreibungsamt nicht wieder beschaffbar sind, und darüber hinaus beim Schuldner kein Ersatz erhältlich ist. Gegen das Naturgesetz, dass eine nicht mehr beschaffbare Sache nicht verwertet werden kann, ist kein (rechtliches) Kraut gewachsen. Soweit

die Retentionsgegenstände 6-7 angehend, muss in analoger Anwendung von Art. 127 SchKG auf deren Herbeischaffung und Verwertung aus Rentabilitätsgründen verzichtet werden. Insoweit Wiederbeschaffung und Verwertung von Retentionsgegenständen beantragt werden und/oder das Betreibungsamt diesbezüglich weitere Abklärungen zu treffen habe, ist die Beschwerde folglich abzuweisen.

2.2 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, zur korrekten Durchführung des Verwertungsverfahrens gehöre die Fristansetzung zur Widerspruchsklage an den Drittsprecher.

a. Hinsichtlich des Schneemobils wurde der Drittsprecherin ZM. AG Frist zur Widerspruchsklage angesetzt (act. 03.1.3). Eine zweite Ansetzung nach Stellung des Verwertungsbegehrens unterblieb zu Recht, nachdem sich herausgestellt hatte, dass einerseits die Gläubigerin auf die Verwertung verzichtet hatte (act. 03.1.30) und andererseits der Gegenstand vom Amt nicht mehr zurückgeschafft werden konnte. Insoweit diesbezüglich die Meinung der Beschwerdeführerin ist, es sei der nachmaligen Käuferin Q. Frist zur Widerspruchsklage anzusetzen, geht dies auch aus anderen Gründen fehl. Sie ist in der Retentionsurkunde nicht formell als Drittsprecherin verzeichnet und konnte dies auch gar nicht, angesichts ihres späteren Erwerbs. In materieller Hinsicht fehlt die Basis, um sie zum Handeln zu zwingen, kann sie doch bereits aus ihrem anscheinend gutgläubigen Besitz die Vermutung des Eigentums für sich in Anspruch nehmen.

b. Hinsichtlich der Registrierkassen geht die Rüge fehlender Fristansetzung zur Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG ins Leere, wurde doch der Drittsprecherin ST. tatsächlich eine solche Frist angesetzt (act. 03.1.3, 03.1.35). Mangels eigener Beschwer erscheint sodann die Gläubigerin nicht legitimiert, eine unterbliebene Klagefristansetzung an den Schuldner und/oder an die Drittsprecherin mit Beschwerde geltend zu machen. Die Frage, ob die Gegenstände wieder in den Besitz des Schuldners beziehungsweise des Amtes zu bringen und zu verwerten seien, hängt im Übrigen nicht davon ab, ob der ST. Frist zur Widerspruchsklage angesetzt wurde.

2.3. In der Beschwerdebegründung wird beiläufig ausgeführt, es sei an eine Strafanzeige gegen den Schuldner wegen Widerhandlung gegen Art. 169 StGB (Verstrickungsbruch) zu denken. Das ist der Beschwerdeführerin unbenommen. Nachdem sie weder vorgängig dem Betreibungsamt noch im hiesigen Beschwerdeverfahren der Aufsichtsbehörde einen förmlichen Antrag gestellt hat (act. 01, S. 2), ist dies nicht weiter zu vertiefen

2.4.a. Das Verwertungsbegehren der Gläubigerin lautete auf Verwertung aller von der Betreuung Nr. 208118 betroffenen beweglichen Sachen, Forderungen etc. (act. 03.1.27). Wie bereits erwähnt, hat die Beschwerdeführerin indessen nachgehend auf die Verwertung des Schneemobils konkludent verzichtet (act. 03.1.30). Davon ging nach Treu und Glauben auch das Betreibungsamt Surselva aus, hat es doch am 21. September 2010 von der Gläubigerin nur für die Verwertung der Retentionsgegenstände Nr. 6-7 einen Kostenvorschuss einverlangt (act. 03.1.30a). Gegen diese Beschränkung hat sich die Gläubigerin in der Folge nicht gewendet. In Bezug auf das Schneemobil wäre solches im Übrigen auch verspätet, nachdem die Beschwerdeführerin gegen die erste, ausdrücklich verweigernde Verfügung des Betreibungsamtes Ruis vom 29. Dezember 2008 (act. 01.3) keine Beschwerde geführt hat.

Mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass ihr das Betreibungsamt für den aus der Entfernung aus den Mieträumlichkeiten und gescheiterte Wiederbeschaffung des Schneemobils entstandenen Schaden hafte, hat sich die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs nicht zu befassen. Die Beschwerdeführerin ist in diesem Zusammenhang immerhin darauf hinzuweisen, dass dem Betreibungsamt Ruis nicht die Unterlassung einer Sicherungsmassnahme zur Last fällt. Es besteht kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen unterlassener Verwahrung des Schneemobils (act. 20, Begehren der Beschwerdeführerin vom 22. Dezember 2008) und der Tatsache, dass es nachfolgend nicht wieder beschafft werden konnte. Dem Sicherstellungsbegehren der Gläubigerin hätte in diesem Verfahrensstadium keine Folge gegeben werden können. Eine betreibungsamtliche Verwahrung in sinngemässer Anwendung von Art. 98 SchKG wäre erst ab Rechtskraft des Zahlungsbefehls zulässig gewesen (Urteil 7B.267/2000 Bundesgericht vom 22.01.2001, E. 3), vorliegend also ab dem 14. Juli 2010.

b. Gemäss Beschwerdeschrift wendet sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang schliesslich gegen die betreibungsamtliche Argumentation, das Ersatz-Schneemobil Arctic Cat ATV 650, welches sich bloss zufälligerweise in den Mieträumlichkeiten befunden habe, habe von Anfang an nicht dem Retentionsbeschluss unterlegen. Die dagegen erhobene Rüge der Beschwerdeführerin mag wohl begründet sein, nützt ihr im Ergebnis allerdings nichts.

Die Bestätigung des Betreibungsamtes Ruis an die ZM. AG vom 11. Oktober 2008, der Retentionsbeschluss sei weggefallen, weil die Vermieterin nicht innert 10 Tagen ein Rechtsöffnungsbegehren gestellt habe, war offensichtlich falsch, kann doch der Retentionsbeschluss auch wahlweise direkt durch Klageanhebung

gemäss Art. 79 Abs. 1 SchKG prosequiert werden. Von unterlassener oder mangelhafter Prosequierung der Retention durch die Gläubigerin kann nicht die Rede sein. Sie hat jeweils rechtzeitig durch Einleitung der entsprechenden Schritte (Betreibung auf Pfandverwertung, Schlichtungsbegehren, Anerkennungsklage, Verwertungsbegehren; vgl. Peter Higi, Zürcher Kommentar 1995, Art. 268-286b OR, N 89 ff.) den Pfandbeschlagn stets aufrecht erhalten. Dies gilt im Speziellen auch dann, wenn man für die Klageeinleitung beim Gericht (Prosequierung des Leit-scheins) die kürzere Frist von 10 Tagen zur Anwendung bringen wollte, hat die Schlichtungsbehörde Surselva die Vermieterin doch nicht auf diese kürzere, vom bündnerischen Verfahrensrecht abweichende Frist von 30 Tagen (vgl. Art. 34 der Vollziehungsverordnung zum Schweizerischen Obligationenrecht, BR 219.800) aufmerksam gemacht (act. 03.1.22, S. 5; vgl. zu dieser Problematik auch BSK SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 283 N 86). Des Weiteren steht zweifelsfrei fest, dass das auf den Namen des Schuldners immatrikulierte Schneemobil Arctic Cat Beat-cat 660 WT nicht mit Beschlagn belegt war, denn was sich zur Zeit des Retentions-vollzugs nicht in den Mieträumlichkeiten befand, konnte nicht retiniert werden und andere als in der Retentionsurkunde aufgenommene Gegenstände können nicht verwertet werden (Kommentar SchKG, Walder, 2007, Art. 283 N 27). Im Zeitpunkt der Retention befand sich das Ersatz-Schneemobil Arctic Cat ATV 650 in den Ge-schäftsräumlichkeiten. Die Vorinstanz argumentiert, da sich das auf den Namen des Schuldners eingelöste Schneemobil zur Zeit der Retentionsaufnahme gar nicht in den Mieträumen befunden habe, sei dort nur zufälligerweise irgendein Er-satzfahrzeug vorgefunden worden. Sachen, die nur vorübergehend von Kunden zur Reparatur oder von Besuchern in die Mieträume verbracht würden, unterlägen indessen nicht dem Retentionsbeschlagn. Diese Schlüsse sind formell und materiell unhaltbar. Retiniert wurde (einzig) das Ersatzfahrzeug Arctic Cat ATV 650, das sich effektiv dort befand und zweifelsfrei der Einrichtung/Benutzung der Ge-schäftsräume diente (Dominik Gasser, in BLSchK 1999, S. 86). Der Hinweis auf BSK OR-Weber, 3. A. 2008, Art. 268-268b, N 3 geht fehl. Zunächst ist darauf hin-zuweisen, dass das Betreibungsamt nur zu einer formellen, summarischen Prü-fung der Voraussetzungen für eine Retention befugt ist (BSK SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 283 N 50 ff.). In Bezug auf in die Mieträume eingebrachte Fahrnis ist grundsätzlich zu vermuten, dass sie mit den Geschäftsräumlichkeiten einen Zusammenhang haben, sodass sie prinzipiell alle mit Beschlagn zu belegen sind. Das Betreibungsamt darf eine Retention nicht aus materiellrechtlichen Grün-den ablehnen, ausser wenn das vom Vermieter beanspruchte Retentionsrecht unzweifelhaft nicht besteht (Kommentar SchKG, Walder, 2007, Art. 283 N 12, mit Hinweis auf BGE 86 III 38, 97 III 45, 103 III 41 E. 1; Higi, a.a.O., Art. 268-286b

OR, N 79 f.; Gasser, a.a.O., S. 87 f.; L. Eugster in BLSchK 1990, S. 10 f.; Rolf Eichenberger, in BLSchK 1972, S. 70). Im Zweifel ist jedenfalls zu retinieren. Grund für diese sachliche Ausdehnung des mobilen Pfändungssubstrats auf alles Pfändbare (vorbehalten Art. 92 f SchKG), das sich in den vom Mieter gemieteten Räumlichkeiten befindet, ist der aus solchem Besitz hervorgehende Rechtsschein, dass es sich um Mietereigentum handelt. Diesen Rechtsschein darf das Betreibungsamt erst und nur dann ausser Acht lassen, wenn der vorerwähnte Zusammenhang zwischen Miete und vorgefundener Fahrnis augenscheinlich nicht besteht. Das Ersatz-Schneemobil wurde denn auch nicht von Kunden zur Reparatur in das Bergrestaurant oder von Besuchern des Mieters (Restaurantgäste) in die Mieträume verbracht, sondern vom retentionsbelasteten Mieter selbst oder auf dessen Veranlassung von der Lieferantin und späteren Eigentumsansprecherin ZM. AG – dies zweifelsohne in der Absicht, dass es dem Betrieb des Bergrestaurants diene. Das Schneemobil Arctic Cat ATV 650 befand sich tatsächlich dort und hatte nicht offensichtlich einen bloss zufälligen Zusammenhang mit dem Mietverhältnis. Selbst wenn sein dortiger Verbleib von vorneherein nur für eine begrenzte Dauer (Tage, Wochen) vorgesehen war, war er nicht zufällig. Ganz abgesehen davon, dass die Retentionsurkunde in Rechtskraft erwachsen ist, unterlag dieses Ersatzfahrzeug daher zweifellos dem Retentionsbeschluss.

c. Dies nützt der Beschwerdeführerin nun aber weder in Bezug auf die Frage der Rückschaffung/Verwertung (vgl. vorstehende Erwägung Ziff. 2.1) noch in Bezug auf die von ihr weiter aufgeworfene Frage der Ausstellung eines Pfandausfallscheins etwas. Es ist zwar richtig, dass eigenmächtiges Wegschaffen retinierter Gegenstände durch Drittsprecher die Retentionsrechte des Gläubigers nicht beeinträchtigt. Ein gutgläubiger Erwerb durch Dritte bleibt jedoch vorbehalten (Kommentar SchKG, Walder, 2007, Art. 283 N 26, unter Hinweis auf BGE 69 III 67), wobei angesichts von Art. 888 Abs. 1 ZGB in Frage steht, ob nicht bereits Besitzverlust das Retentionsrecht untergehen lasse (Studer, Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, a.a.O., Rz 120). Dass die gutgläubige Behändigung des Schneemobils durch die Drittsprecherin ZM. AG mittelbar durch das Betreibungsamt veranlasst worden ist, wurde bereits dargelegt. Mit der anschliessenden Veräusserung des effektiv retinierten Ersatz-Schneemobils 650 an einen ebenso gutgläubigen Dritten geht darüberhinaus das Retentionsrecht oder doch wenigstens der Retentionsbeschluss unter (Art. 96 Abs. 2 SchKG; BSK SchKG-Schnyder/Wiede, Art. 283 N 67). Die nachmalige Käuferin Q. gilt als Dritte (Dritter ist, wer sich auf ein erst nach der Fortschaffung begründetes Recht stützen kann, BGE 71 III 77 E. 2, 101 II 97 E. 3). Zwischen der Käuferin Q. und den Parteien

des Mietvertrages ist keinerlei vorbestandene Beziehung auszumachen; ferner ist naturgemäss und angesichts der (objektiv irrigen) Bewusstseinslage der Verkäuferin ZM. AG, dass kein Retentionsbeschlagn mehr bestehe, nicht davon auszugehen, dass sie die Käuferin über die besondere Vergangenheit des Schneemobils aufgeklärt hat. Nach der gesetzlichen Vermutung und mangels gegenläufiger aktenskundiger Hinweise ist prima facie somit davon auszugehen, dass auch die Käuferin gutgläubig war. Wie bereits dargelegt, hätte somit die Beschwerdeführerin aktiv gegen die Erwerberin und Besitzerin Q. vorgehen müssen, was nicht erfolgt ist.

2.5. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, das Betreibungsamt hätte ihr bei Nichtdeckung der Betreibungsforderung von Fr. 100'000.— einen Pfandausfallschein ausstellen müssen. Der Einwand ist grundsätzlich berechtigt. Die Verwertung von Retentionsgegenständen erfolgt nach den Bestimmungen über normales Pfändungsgut. Ein Pfandausfallschein ist auch dann auszustellen, wenn Retentionsgegenstände nicht mehr auffindbar sind (BSK SchKG-Bernheim/Känzig, 2. A. 2010, Art. 158 N 9 f.). Für das Schneemobil gilt dies nach den vorstehenden Ausführungen allerdings nicht, da es letztlich wegen eines nichtangefochtenen Drittanpruchs aus dem Retentionsbeschlagn entfiel. Kommt es wegen eines Drittanpruchs nicht zur Verwertung, ist Art. 158 SchKG nicht anzuwenden (BGE 79 III 124 E. 2). Analoges muss gelten, wenn es der Gläubiger – wie hier – unterlässt, gegen den Dritterwerber auf Aberkennung seines Eigentums zu klagen. Dies muss im Speziellen umso mehr gelten, als die Verwertung des Schneemobils nach Auffassung der Beschwerdeführerin überflüssig ist, da sie einen Haftungsanspruch im Sinne von Art. 5 SchKG zu haben glaubt, und sie kein entsprechendes Verwertungsbegehren gestellt beziehungsweise auf die Rückschaffung und Verwertung der Sache verzichtet hat. Die Situation ist dieselbe, wie wenn das Schneemobil nicht retiniert worden wäre. Ob ein retinierter Gegenstand nicht verwertbar ist, weil er tatsächlich nicht mehr auffindbar ist, oder weil an ihm rechtlich der Retentionsbeschlagn dahingefallen ist, macht für die Höhe des Pfandausfalls keinen Unterschied. Da keinerlei Pfandsubstrat mehr vorhanden ist, ist der Ausfall vorliegend ohnehin total.

3. Entgegen den Anträgen der Beschwerdeführerin ist die Tätigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde gemäss Art. 17 SchKG für die Beteiligten weder mit Kosten- noch mit Entschädigungsfolgen verbunden (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde der BO. AG wird teilweise gutgeheissen und das Betreibungsamt Surselva angewiesen, in der Betreuung Nr. 208118 im Sinne der Erwägungen einen Pfandausfallschein auszustellen.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens von 1'000 Franken gehen zu Lasten des Kantons Graubünden.
4. Es werden keine Verfahrensentschädigungen zugesprochen.
5. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. c/d des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 10 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
6. Mitteilung an: