

transport de la marchandise expédiée par la demanderesse relève en principe du droit suisse sur le parcours suisse, mais que la preuve de la remise des objets au chemin de fer français relève du droit français.

Si donc le Tribunal fédéral doit admettre comme constant que la demanderesse a confié aux chemins de fer P. L. M. 15 ballots d'imperméables pesant au total 950 kg., il est du même coup établi qu'il y avait à l'arrivée un manquant de 16 kg., puisqu'il est incontesté que ces ballots ne pesaient plus que 934 kg. Les défendeurs ont, il est vrai, excipé de tardiveté de la réclamation (art. 44 loi féd.), mais l'instance cantonale a écarté ce moyen par des motifs de procédure que le Tribunal fédéral ne peut pas revoir.

Quant à l'arrêt du Tribunal fédéral du 19 octobre 1906, en la cause Fils Carfagni contre Compagnie P. L. M. (RO 32 II p. 759 et suiv.) il n'est pas en contradiction avec le présent arrêt, car il date d'une époque où le rachat de la ligne La Plaine-Gare de Genève n'avait pas encore eu lieu et où, par conséquent, la totalité du transport s'effectuait sur réseau français, tandis que le transport qui est à la base du procès actuel empruntait pour finir le réseau des C. F. F.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté dans le sens des motifs.

**53. Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Juli 1922
i. S. König gegen Haller & Co.**

Kauf: Stellung der Berufungsinstanz zu einem nach Ausfällung des kantonalen Urteils abgeschlossenen Prozessvergleich, der nur von einer Partei eingereicht worden ist und dessen Rechtsverbindlichkeit von der Gegenpartei bestritten wird. — Wesen der Aktivlegitimation; in der substantiierten Geltendmachung eines Anspruches durch den Kläger gegenüber dem Beklagten liegt *implicit*e auch die Behauptung der Legitimation zur Sache und sie braucht nicht noch extra mit besonderen Worten erklärt zu werden. Bei Bestreitung derselben trifft den Beklagten die Behauptungs- und Beweislast.

A. — Der Kläger König, der in Waldsee (Württemberg) ein Imprägnier- und Sägewerk betreibt, verkaufte der Beklagten im Jahre 1919 eine Partie imprägnierte Fichten- oder Tannenstangen, wovon ein Teil im Frühjahr 1920 geliefert wurde. Die Beklagte bezahlte im September 1920 die bis dahin bezogenen Stangen und nahm daraufhin weitere 1225 Stück ab, die sie jedoch beanstandete. Mit Schreiben vom 26. November 1920 verwahrte sich der Kläger gegen die Bemängelung, die nur dazu dienen sollte, die längst fällige Zahlung des Kaufpreises zu verzögern und fügte u. a. bei: « Ich habe den mir noch zustehenden Betrag von 17,192 Fr. 30 dem Schweiz. Bankverein zediert mit der Weisung, dass falls innerhalb fünf Tagen Zahlung Ihrerseits nicht erfolgen sollte, er im Klagewege gegen Sie vorgehen sollte. Ich bitte Sie, sich hiernach zu richten und möchte noch bemerken, dass ich selbstverständlich im Prozessfalle Vergütung der Zinsen beanspruchen werde... » Am 29. November 1920 teilte sodann der Schweiz. Bankverein, Agentur Rorschach, der Beklagten mit, dass König ihm die Forderung von 17,192 Fr. 30 abgetreten habe. Mit Schreiben vom 1. Dezember 1920 antwortete die Beklagte dem Kläger, sie sei geneigt die Sache zu einem gerichtlichen Austrag zu bringen, sofern er sich nicht

bereit erkläre «die Stangen mit einem dem qualitativen Minderwert entsprechenden Preis zu berechnen.» Demgegenüber beharrte der Kläger in einem längern Briefe vom 4. Dezember auf seiner Forderung mit dem Bemerkten, dass der Bankverein den Auftrag zur Klageeinleitung erhalten habe. Dies bestätigte er auch in einer Zuschrift vom 16. Dezember 1920, beifügend, er würde vielleicht aus besonderem Entgegenkommen, um einen Prozess zu vermeiden, einen kleinen Nachlass gewähren. Unterm 19. Dezember 1920 machte ihm die Beklagte den Vorschlag, die Angelegenheit in der Weise zu erledigen, dass alle Stangen, die nachgewiesenermassen als rot festgestellt werden, vom Versand ausgeschlossen würden, für die einwandfreien Stangen dagegen der volle Vertragspreis bezahlt werde. Hierauf teilte ihr der Kläger am 24. Dezember 1920 mit, er habe dem Bankverein Weisung gegeben, mit der Weiterleitung der Klage bis zum 2. Januar zuzuwarten. Gleichzeitig unterbreitete er ihr folgenden Vorschlag: «Sie übernehmen die Stückzahl der Ihnen ausgewiesenen rückständigen Hölzer qualitativ nach Reichspostvorschrift an meinem Platze und zwar durch einen Sachverständigen. Ihr Herr Lang darf mir meinen Platz nicht mehr betreten, dies bitte ich auch für die Zukunft zu beachten. Dem Sachverständigen gestatte ich, falls es sich herausstellen sollte, dass hie und da einmal eine Stange rot sein sollte, herauszulegen, andere Bemängelungen oder Anschneiden von Stangen dürfen nicht stattfinden.» Demgegenüber hielt die Beklagte mit Schreiben vom 27. Dezember 1920, 7. und 18. Januar 1921 an ihrem Vorschlage, die Stangen einer nochmaligen genauen Prüfung zu unterziehen, fest; im übrigen stelle sie es dem Kläger anheim, einen Prozess anzustrengen. Am 22. Januar antwortete ihr der Kläger, wenn die Angelegenheit nicht bis zum 28. Januar in Ordnung gebracht sei, werde er ohne weiteres gegen sie vorgehen. Unterm 14. März 1921 setzte er ihr eine «letzte» Frist

zur Abnahme der Stangen bis zum 19. des Monats an. Nach Ablauf derselben werde er unverzüglich Klage einreichen lassen. In der weitem Korrespondenz erhob sodann die Klägerin noch den Einwand, die Stangen seien nicht richtig imprägniert.

B. — Als eine Einigung nicht erzielt werden konnte, reichte der Kläger im August 1921 Klage ein, mit welcher er Bezahlung des Kaufpreises von 17,192 Fr. nebst 6% Zins seit 1. Oktober 1920 für die noch in Waldsee liegenden Stangen gegen deren Behändigung fordert, sowie ein tägliches Lagergeld von zwei Mark vom 1. Oktober 1920 hinweg bis zum Bezuge der Stangen: Zur Begründung berief er sich im wesentlichen auf die oben erwähnte Korrespondenz.

C. — Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. In einer Vorbemerkung führte sie u. a. aus: «In erster Linie bestreiten wir, unter Berufung auf die klägerischerseits eingelegte Korrespondenz der Klägerin die Aktivlegitimation...» Irgendwelche Begründung hiefür gab sie nicht, sondern trat in den weitem Ausführungen auf die Beantwortung der Klageanbringen ein.

In der Replik nahm der Kläger zur Bestreitung der Aktivlegitimation nicht Stellung, sondern ging auf die Ausführungen der Beklagten in der Sache selbst ein, die er unter Erneuerung des Klageschlusses als unrichtig und unerheblich bezeichnete.

In der Duplik erklärte die Beklagte, sie halte an der Einrede der mangelnden Aktivlegitimation fest und berief sich hiefür auf das Schreiben des Klägers vom 26. November 1920 und dasjenige des Schweiz. Bankvereins vom 29. November 1920, das sie ebenfalls zu den Akten brachte. Daraus ergebe sich, dass die Forderung des Klägers an den Schweiz. Bankverein abgetreten worden sei und deshalb vom Kläger nicht mehr geltend gemacht werden könne. Die übrigen Ausführungen bezogen sich wieder auf die Mängelrüge und die Zahlungspflicht.

In der mündlichen Hauptverhandlung erklärte der Anwalt des Klägers namens des Schweiz. Bankvereins die Nebenintervention und gab hierüber, wie über die Frage der Aktivlegitimation eine Erklärung zu Protokoll.

Die Nebenintervention, die gemäss § 31 CPO in jedem Stadium des Prozesses noch zulässig sei, erfolge aus dem Grunde, weil die Klageforderung entgegen der Behauptung der Beklagten dem Schweiz. Bankverein nicht abgetreten, sondern nur verpfändet worden sei. Mit der Einklagung der Forderung auf den Namen des Klägers sei jener von jeher einverstanden gewesen.

Auf die von der Beklagten in der Klageantwort erhobene Bestreitung der Aktivlegitimation habe der Kläger nicht eintreten müssen, weil sie in keiner Weise begründet worden sei. Erst in der Duplik habe die Beklagte unter Vorlegung des Schreibens des Schweiz. Bankvereins vom 29. November 1920 die Abtretung der Forderung an denselben behauptet und damit die Einrede substantiiert. Gegenüber diesen Anbringen stehe dem Kläger und seinem Nebenintervenienten auch nach dem sogenannten Novenrecht das volle Widerspruchs- und Gegenbeweisrecht solange zu, als die Parteiverhandlungen nicht geschlossen seien. Den Nachweis für die behauptete Abtretung habe nun die Beklagte nicht erbracht; dieser hätte unter Vorbehalt des Gegenbeweises durch Beibringung eines schriftlichen Abtretungsvertrages geführt werden sollen. Die Anzeige des Zedenten oder Zessionars an den Schuldner genüge nicht (AS 25 II S. 602). Die Einrede sei mithin nicht nur unbewiesen, sondern auch durch die Briefe des Bankvereins und die von ihm als Nebenintervenienten des Klägers jetzt abgegebene Erklärung gegenstandslos geworden und daher abzuweisen. Eventuell müsste das Gericht, wenn es die Forderung begründet fände, die Beklagte zur Hinterlegung des Betrages verurteilen (Art. 168 OR).

Die Beklagte bestritt die Nebenintervention, da die

Besorgnis eines Nachteils für den Fall des Unterliegens des Klägers vom Bankverein nicht nachgewiesen sei, und legte im übrigen gegen die Zulassung der Erklärung zur Aktivlegitimation im jetzigen Prozesstadium Verwahrung ein.

D. — Mit Urteil vom 26. Januar 1922 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: die Nebenintervention des Schweiz. Bankvereins und die Klage Königs seien abgewiesen.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Vertreter des Klägers namens desselben und des Schweiz. Bankvereins die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren um Gutheissung der Klage. Eventuell beantragt er, die Sache zur neuen, die Aktivlegitimation des Klägers bejahenden materiellen Beurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen und weiter eventuell stellt er den Antrag, die Beklagte sei gemäss dem vom Handelsgericht nicht gewürdigten Eventualbegehren zu verhalten, den eingeklagten Forderungsbetrag sicherungsweise (Art. 168 OR) zu hinterlegen.

F. — Am 4. März 1922 reichte der Anwalt der Beklagten dem Präsidenten des Handelsgerichts einen vom 17./20. Februar 1922 datierten Vergleich der Parteien ein mit dem Bemerken, die Vergleichssumme von 4000 Fr. sei laut ebenfalls beigelegter Bestätigung der Schweiz. Bankgesellschaft Baden am 27. Februar 1922 bezahlt worden. Der Vergleich lautet:

« 1. Die Firma Haller & C^{ie} zahlt auf das Konto der
« Firma Hermann König beim schweizerischen Bank-
« verein in Rorschach den Betrag von 4000 Schweizer-
« franken.

« 2. Die Firma Haller & C^{ie} bezahlt an die aargau-
« ische Obergerichtskasse die gemäss Urteil des Aargau-
« ischen Handelsgerichtes vom 26. Januar 1922 von der
« Firma Hermann König zu tragende Staatsgebühr mit
« 850 Fr. sowie die Kanzleiauslagen von 35 Fr.

« 3. Die Firma Haller & C^{ie} verzichtet auf Bezahlung
 « der gemäss Urteil des Handelsgerichtes durch die
 « Firma Hermann König zu leistende Parteientschädigung
 « von 577.55 Fr.

« 4. Alle durch die von der Firma Hermann König
 « gegen das Urteil des Handelsgerichtes an das Schwei-
 « zerische Bundesgericht eingereichte Berufung ent-
 « stehenden Kosten trägt die Firma Hermann König
 « an sich. Die ans Bundesgericht eingereichte Berufung
 « ist zurückzuziehen.

« 5. Die Firma Hermann König erklärt nach Bezahlung
 « der unter 1, 2 und 3 dieses Vergleichs genannten Beträge
 « keine Ansprüche irgendwelcher Art mehr an der
 « Firma Haller & C^{ie} zu haben.

« 6. Die Auszahlung der von der Firma Haller & C^{ie}
 « unter 1 und 2 genannten Beträge hat sofort nach
 « Unterzeichnung dieses Vergleichs zu erfolgen.»

Der Präsident des Handelsgerichtes stellte diese Schrift-
 stücke am 6. März 1922 dem Vertreter des Klägers zu
 unter Ansetzung einer Frist von drei Tagen zur Abgabe
 einer Erklärung darüber, ob die Berufung trotzdem an
 das Bundesgericht versandt werden solle. Mit Eingabe
 vom 8. März 1922 sprach sich dieser für die Aufrecht-
 haltung der Berufung aus, und verwies zur Begründung
 dieses Standpunktes auf den Nachtrag zu seinem gegen
 das Urteil eingereichten staatsrechtlichen Rekurs.

G. — Mit der Berufung haben der Kläger und der
 Schweiz. Bankverein auch den staatsrechtlichen Rekurs
 wegen Rechtsverweigerung und Verweigerung des wechselseitigen
 Gehörs ergriffen, der von der staatsrechtlichen
 Abteilung des Bundesgerichtes mit Urteil vom 17. Juni
 1922 abgewiesen worden ist.

H. — In der mündlichen Verhandlung hat der Ver-
 treter des Klägers und des Schweiz. Bankvereins seine
 schriftlichen Begehren bestätigt.

Der Vertreter der Beklagten hat Nichteintreten auf
 die Berufung eventuell Abweisung derselben beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Was zunächst die Berufung des Schweiz. Bank-
 vereins anbelangt, so kann auf dieselbe nicht eingetreten
 werden. Nach Art. 66 OG sind die Nebenparteien
 (Litisdennunziaten und Intervenienten) nur dann zur
 Berufung berechtigt, wenn ihnen nach dem kantonalen
 Gesetze Parteirechte zukommen. Für die Frage der
 Statthaftigkeit der Intervention im kantonalen Ver-
 fahren aber ist das kantonale Prozessrecht massgebend,
 und es ist somit der auf dieses gestützte Entscheid der
 Vorinstanz, dass der Schweiz. Bankverein als Neben-
 intervenient nicht zuzulassen sei, für das Bundesgericht
 verbindlich. Dieser Entscheid ist überdies kein Haupt-
 urteil im Sinne des OG.

2. — Hinsichtlich der Berufung des Klägers König
 erhebt sich in erster Linie die Frage, ob dieselbe nicht
 durch den von der Beklagten eingereichten Prozessver-
 gleich hinfällig geworden sei. Es ist klar, dass, wenn die
 Parteien nach Ausfällung des letzten kantonalen Urteils
 den Rechtsstreit durch Vergleich erledigt, an Stelle
 dieses Urteils somit ihre eigene Schlichtung des Streites
 gesetzt haben, damit der Gegenstand des Rechtsmittels
 der Berufung — das kantonale Urteil — dahingefallen ist.

Nun ist aber der Prozessvergleich nicht von beiden
 Parteien, sondern nur von der Berufungsbeklagten ein-
 gereicht worden und der Berufungskläger bestreitet,
 dass derselbe für ihn rechtsverbindlich sei. Solange
 die Frage der Rechtsverbindlichkeit des Vergleiches nicht
 abgeklärt ist, bzw. nicht feststeht, dass der Kläger an
 denselben gebunden sei, kann der Berufung auch nicht
 entgegengehalten werden, dass sie durch Vergleich er-
 ledigt worden sei.

Zur Entscheidung der Rechtsfrage, ob der Vergleich
 für den Kläger verbindlich sei, ist der ordentliche Richter
 zuständig. Als Zwischenstreitigkeit im Berufungsver-
 fahren könnte das Bundesgericht diese Frage nur dann

erledigen, wenn bereits *prima facie* die Einwendungen des Klägers sich als haltlos erweisen würden, was jedoch nicht der Fall ist. Somit bieten sich der Berufungsinstanz nur die beiden Alternativen: a) entweder das Verfahren vor Bundesgericht zu sistieren bis die Parteien den Streit über die Rechtsgültigkeit des Vergleiches ausgetragen haben, oder aber b) auf die Berufung zunächst ohne Rücksicht auf den behaupteten Vergleich einzutreten und im Falle einer grundsätzlichen Gutheissung derselben und Aufhebung des angefochtenen Urteils dem weitem Verfahren vor der kantonalen Instanz und ihrem daraufhin zu fällenden Entscheid in der Sache selbst die Lösung der Frage vorzubehalten, ob und inwieweit das materielle Streitverhältnis durch den Vergleich beeinflusst worden sei. Diesem letztern Vorgehen ist aus praktischen Erwägungen, namentlich im Hinblick auf eine beförderliche Beendigung des Berufungsverfahrens der Vorzug zu geben. Diesen Weg hat auch die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts beschritten, indem sie trotz der Berufung der Beklagten auf den genannten Vergleich auf die Beschwerde des Klägers eingetreten ist und dieselbe materiell erledigt hat.

3. — Hindert somit unter den obwaltenden Umständen die Einreichung des Prozessvergleiches nicht, auf die Sache einzutreten, so muss sich dagegen in zweiter Linie fragen, ob die Kompetenz des Bundesgerichts mit Rücksicht auf das anzuwendende Recht gegeben sei. Dies ist nun zunächst insoweit der Fall, als es sich um eine Klage aus einem vom eidgenössischen Recht beherrschten Rechtsverhältnis handelt und als die Vorinstanz über diese Klage im angefochtenen Urteil materiell entschieden hat. Sie hat dieselbe abgewiesen, d. h. also als materiell unbegründet erklärt aus einem dem materiellen Recht angehörigen Grunde, nämlich weil dem Kläger die Legitimation zur Sache fehle. Freilich hat sie diese Entscheidung aus einer prozessrechtlichen Erwägung getroffen, indem sie die Aktivlegitimation deshalb ver-

neinte, weil der Kläger es unterlassen habe, dieselbe « als Teil seines Klagefundamentes » in prozessordnungsmässiger Weise zu behaupten und zu beweisen, und wenn diese Erwägung ausschliesslich vom Prozessrecht beherrscht wäre, so würde sich das angefochtene Urteil einer Abänderung durch das Bundesgericht entziehen und müsste es dabei sein Bewenden haben, dass die Vorinstanz erklärte, die Aktivlegitimation des Klägers sei nicht erstellt. Allein jene prozessrechtliche Frage wird nun ihrerseits hinwiederum durch Rechtsätze des materiellen Privatrechts präjudiziert und nach bekanntem, in ständiger Praxis festgehaltenem Grundsatz ist die Kompetenz des Bundesgerichts auch dann gegeben, wenn nur hinsichtlich eines Präjudizialpunktes das eidgenössische Recht Anwendung findet.

4. — In jenem von der Vorinstanz ihrem Entscheide zugrundegelegten, dem kantonalen Prozessrecht entnommenen Rechtsatz, der Kläger habe auf die in der Antwort erhobene Bestreitung der Beklagten hin in der Replik die Aktivlegitimation als Teil seines Klagefundamentes zu behaupten und zu beweisen gehabt, sind verschiedene Rechtsbegriffe enthalten, welche unzweifelhaft dem materiellen, also hier dem eidgenössischen Recht angehören, so vor allem diejenigen der Aktivlegitimation und des Klagefundamentes.

Die Aktivlegitimation ist die Legitimation zur Sache; sie will bei einem Forderungsstreit aus Kaufvertrag besagen, dass zwischen dem Kläger und dem Beklagten das Rechtsverhältnis des Kaufvertrages bestehe, d. h. dass der Kläger Verkäufer des Beklagten und der Beklagte Käufer des Klägers sei, dass also der Beklagte als Käufer aus dem Kaufvertrag den Kaufpreis dem Kläger schulde, — dass die Kaufpreisforderung in seiner Person entstanden sei und bestehe. Da nun ferner gemäss den allgemeinen Regeln über die Behauptungs- und Beweislast derjenige, welcher einen Anspruch geltend macht, nur die rechtsbegründenden, nicht auch die Abwesenheit allfälliger rechts-

zerstörender Tatsachen zu behaupten hat (Art. 8 ZGB), so liegt in der substantiierten Geltendmachung eines Anspruches durch den Kläger gegenüber dem Beklagten *implicit*e ohne weiteres auch die Behauptung der Aktivlegitimation, und sie braucht nicht noch extra mit besondern Worten erklärt zu werden, wie ja auch z. B. die Handlungsfähigkeit streng genommen zum Klagefundament gehört, trotzdem aber vom Kläger nicht ausdrücklich behauptet zu werden pflegt, sondern stillschweigend als behauptet gilt. Wenn aus den vom Kläger angeführten Tatsachen hervorgeht, dass er behauptet, er habe den Vertrag, aus welchem er klagt, in seinem eigenen Namen abgeschlossen, so liegt darin auch die Behauptung seiner Legitimation zur Sache. Die Vorinstanz ist auch selbst der Auffassung, die Aktivlegitimation würde anzunehmen sein, trotzdem sie vom Kläger nicht ausdrücklich behauptet wurde, wenn sie die Beklagte nicht bestritten hätte; sie geht selbst davon aus, die Aktivlegitimation sei in der Klage zunächst genügend behauptet durch die blosse tatsächliche Klagebegründung. Hat aber der Kläger in der Klage denjenigen Tatbestand vorgebracht, aus welchem der Richter den Urteilsschluss zu ziehen hatte, dass ihm der geltend gemachte Anspruch zustehe, so vermochte eine in der Antwort erfolgte Bestreitung der Klage den Kläger doch wohl nicht zu nötigen, das bereits vorgebrachte Klagefundament nun noch einmal vorzubringen; vielmehr kam es jetzt darauf an, in welcher Weise diese Bestreitung der Beklagten geeignet war, das bereits vorgebrachte Klagefundament zu entkräften. Dies konnte nach zweifacher Richtung geschehen: entweder durch Verneinung des Klagegrundes, d. h. Bestreitung der Richtigkeit des vom Kläger vorgebrachten Tatbestandes, oder aber durch Geltendmachung selbständiger Schutzbehauptungen (Eintreden), d. h. durch Ergänzung des Tatbestandes durch weitere Tatsachen, aus welchen sich trotz dem vorgebrachten Klagefundament die Unbegründetheit des

Klageschlusses ergeben sollte. Nun hat aber die Beklagte in der Antwort weder bestritten, dass der Kläger den Vertrag mit ihr in seinem eigenen Namen abgeschlossen habe, noch behauptet, dass er seinen Anspruch einem Dritten abgetreten habe. Die blosse Verweisung auf die Korrespondenz, die den Parteien schon vor dem Prozesse bekannt war, enthielt keineswegs eine Erklärung, aus welchem Grunde die Sachlegitimation bestritten werde. Die in der Antwort erfolgte Bestreitung war somit nicht substantiiert.

Wollte man aber auch in dieser Berufung auf die Korrespondenz einen Hinweis auf die geschehene Abtretung an den Bankverein erblicken, so läge darin zum mindesten nicht eine Verneinung des die Aktivlegitimation begründenden Klagefundaments, sondern die Geltendmachung eines Aufhebungsgrundes in Form einer selbständigen Schutzbehauptung, die die Beklagte zu substantiieren und zu beweisen hatte. Dabei liesse sich aus der Nichtbeantwortung der summarischen Bestreitung der Aktivlegitimation in der Antwort an sich höchstens folgern, der Kläger habe dadurch anerkannt, den Anspruch dem Bankverein abgetreten zu haben. Diesen Schluss hat jedoch die Vorinstanz selbst nicht gezogen (wohl mit Rücksicht auf § 143 Abs. 1 und § 148, Abs. 2 der Zivilprozessordnung). Ihre Annahme, der Kläger hätte auf die in der Antwort erfolgte Bestreitung hin seine Aktivlegitimation als Bestandteil seines Klagefundamentes in der Replik behaupten und beweisen müssen, beruht somit auf einer Verletzung der materiellen Rechtsnormen, welche für die Anwendung der Begriffe der Aktivlegitimation und des Klagefundaments, sowie für die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast massgebend sind.

5. — Die Vorinstanz nimmt nun freilich eventuell auch Stellung zu der oben dargelegten Auffassung, dass die Bestreitung der Aktivlegitimation durch die Beklagte sich als *exceptio* darstelle, für welche sie die Behauptungs-

und Beweislast habe und führt aus, in diesem Falle sei es Sache des Klägers gewesen, die Einrede durch die *replicatio* zu entkräften, dass die Abtretung nur zu Pfand erfolgt sei. Allein hiebei geht sie im weitern davon aus, durch die Notifikation des Bankvereins vom 29. November 1920 sei bewiesen, dass die Anzeige der erfolgten Abtretung seitens des Klägers vom 26. November 1920 ein Geständnis seiner mangelnden Aktivlegitimation enthalte, weshalb es ihm obgelegen habe, dieselbe spätestens in der Replik besonders zu behaupten und zu beweisen. Diese Auslegung der beiden Erklärungen vom 26. und 29. November 1920, welche das Bundesgericht als vom eidgenössischen Recht beherrscht nachzuprüfen hat, ist rechtsirrtümlich. Die ihr zugrundeliegende Annahme, der Kläger habe seinen Anspruch in der Weise auf den Bankverein übertragen, dass nur noch dieser über denselben zu verfügen habe, steht nicht nur mit der übrigen Korrespondenz des Klägers, sondern auch mit dem Verhalten der Beklagten in Widerspruch. Denn aus dem Inhalt der Korrespondenz geht unzweideutig hervor, dass sich der Kläger immer noch als Subjekt der fraglichen Rechte betrachtete und dass ihn auch die Beklagte weiterhin als solches anerkannte; zumal immer nur von der Klage des Klägers König die Rede ist.

6. — Ebenso unhaltbar ist endlich der Standpunkt der Vorinstanz, der Kläger habe es weiter unterlassen, in der anlässlich der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärung den Beweis dafür anzutragen, dass es sich nur um eine zur Pfandbestellung erfolgte Abtretung handle. Die von ihm eingelegte Korrespondenz zeigt klar, dass die Abtretung in der Meinung erfolgte, dass der Kläger gegenüber Dritten — der Beklagten — trotz der Abtretungsnotifikation berechtigt sein sollte, den Anspruch in seinem Namen geltend zu machen. Für diese Willensmeinung hat sich sein Vertreter auf den Bankverein berufen, der ihn ermächtigt hatte, dieselbe zu bestätigen. Nachdem er daher in seiner Eigenschaft als Bevoll-

mächtigter auch des Bankvereins eine Erklärung in diesem Sinne abgegeben und dieser damit dargetan hatte, in welcher Weise die Abtretung verstanden war, brauchte er nicht noch besonders zu behaupten und nachzuweisen, dass dieselbe speziell zu Pfand erfolgt sei.

7. — Das vom Kläger eventuell geltend gemachte Sicherstellungsbegehren im Sinne von Art. 168 OR wird nach dem Gesagten ohne weiteres hinfällig.

8. — Hat somit das Handelsgericht die Aktivlegitimation des Klägers zu Unrecht verneint, so muss das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung des eingeklagten Anspruches an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Dabei hat es die Meinung, dass die Vorinstanz in dem weiteren Verfahren auch über die Frage verhandeln zu lassen und zu urteilen habe, ob und inwieweit der Prozessvergleich für die Parteien Recht schaffe.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. Auf die Berufung des Schweizerischen Bankvereins Rorschach wird nicht eingetreten.
2. Die Berufung des Klägers König wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 26. Januar 1922 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.