

ním opatření není určeno k tomu, by v něm odpůrce uplatňoval námitky proti nároku a by se o těchto námitkách prováděla osvědčení. Rozhodnutí o prozatimním opatření závisí jen na osvědčení ohrožení podle § 381 ex. ř. a po případě na osvědčení nároku. To i ono osvědčení má podati strana ohrožená. I když byl odpůrce ohrožené strany vyzván k vyjádření o návrhu na prozatimní opatření, po případě o něm vyslýchán, nebylo v tomto období řízení místa k tomu, by se projednávalo o námitkách proti nároku a prováděla se o nich osvědčení. Osvědčení nároku je věcí ohrožené strany, jen to se provádí za účelem povolení prozatimního opatření, ale nikdy nelze prováděti osvědčení nabízená odpůrcem k důkazu jeho námitek. Proto rekursní soud neprávem nařídil provádění osvědčení o tom, co proti nároku namítali odpůrci. Mylně nařizuje tedy provádění osvědčení výtahem z rejstříku o namítaném nedostatku pasivní legitimace žalovaných a o namítané důvěrnosti dopisu. Rovněž neprávem zrušil rekursní soud usnesení prvního soudu z důvodu, že nebylo provedeno osvědčení o nepravdivosti tvrzení, že systém sběren je škodlivý. Toto tvrditi má podle § 10 zákona proti nekalé soutěži strana žalovaná, tedy odpůrce strany ohrožené a proto také ani ohrožená strana nemusí nepravdivosti osvědčovat. K osvědčení nároku podle § 10 odst. (1) zákona proti nekalé soutěži stačí osvědčení toho, že se čin stal za účelem soutěže, a že údaje o poměrech podniku jsou způsobilé podnik poškoditi. Aby si soud mohl učiniti úsudek, zda tvrzení ohrožené strany v těchto směrech nárok osvědčují, nebylo třeba zjišťovati okolnosti namítané odpůrci, jichž rozbor jest ponechat sporu, jehož výsledku nemá se prozatimním opatřením předbíhati (srov. nář. čís. 8193, 9221, 9659 a 9665 sb. n. s.). Kdyby soud povolující prozatimní opatření měl prováděti i osvědčení námitek proti ohroženému nároku, pozbylo by prozatimní opatření pravidelně smyslu, protože by řízení bylo zdrženo a zdraženo docela zbytečně a musilo by se minouti s cílem, by rychlým zákrokem zabezpečilo mír mezi stranami ohledně sporného nároku. K povolení prozatimního opatření stačí osvědčení a nežádá se plný důkaz. Dokonce nedostatečné osvědčení lze nahraditi jistotou. Soud nepovolí prozatimní opatření, je-li již podle výsledku řízení a osvědčování zřejmo, že ohrožený nárok není po právu, a že tedy žalobě nemůže býti ani vyhověno. Ale není-li stav takový a je-li jen osvědčení nedostatečné, může povolit prozatimní opatření proti jistotě, když poměry toho vyžadují, podle § 381 ex. ř.

Čís. 11811.

Zákonem není zakázána společenská smlouva mezi podnikatelem, jenž nemá stavitelskou koncesi a tím, kdo ji má, neobsahuje-li smlouva nic o tom, že jeden společník má kryti neoprávněné provedení staveb druhým společníkem. Pro nárok jednoho společníka na podíl na zisku nesejde na tom, zda tento společník přestupoval živnostensko-policejní předpisy, zda neplnil smlouvu a zda měl onen společník možnost nedovolovati takový postup a odebrati mu firmu.

Žaloba o výplatu zisku ze společného podniku není předčasná proto, že nebyl složen účet, jen když byly pro výpočet pohledávky uvedeny skutkové podklady.

(Rozh. ze dne 30. června 1932, R II 225/32.)

Žalovaný ujednal se zednickým mistrem Pavlem K-em společenskou smlouvu, podle níž měli oba provozovatelé živnost na jméno Pavla K-a a pod jeho firmou, žalovaný měl nárok na plat 60 Kč denně, pokud sám na stavbě pracoval, a při těch stavbách, které sám dohodil, měl nárok na 30% čistého zisku. Tak zprostředkoval a provedl žalovaný stavby ve 25 případech pod firmou a zodpovědností Pavla K-a. Žalobu, jíž se domáhal žalobce jako postupník Pavla K-a na žalovaném zaplacení čistého zisku po srážce 30% zisku z oněch staveb *p r o c e s n í s o u d p r v é s t o l i c e* zamítl. *D ů v o d y*: Poněvadž žalobce opírá svůj nárok o společenskou smlouvu, jest sporný případ posuzovati s hlediska §§ 1175 a násl. obč. zák., zejména § 1191 obč. zák. Tu však prvním předpokladem úspěšného domáhání se práva bylo, že společenská smlouva, tvořící právní základ nároku, je platná. Soud má však za to, že platná není, a to z důvodu § 879 obč. zák., ježto se přiči dobrým mravům a slouží vlastně k obcházení zákona. Mezi stranami jest nesporno, že žalovaný jest pouhým zedníkem, a že není oprávněn sám prováděti stavby. Kdyby tak činil, jednal by proti ustanovení § 15 čís. 6 a § 23 živn. řádu a proti ustanovení §§ 2, 3, 20 zák. ze dne 26. prosince 1893 čís. 193 ř. zák. o stavebních živnostech. Jest zjištěno, že žalovaný při stavbách používal firmy Pavla K-a a stavbu prováděl samostatně. Jde zřejmě o tak zv. »krytí« neoprávněné osoby firmou osoby oprávněné ve smyslu § 16 zák. o stav. živnostech čís. 193/1893, proti čemuž čelí i výnos ministerstva práce ze dne 26. června 1909, čís. 119.272 a 79 sb. norm., kde je také vymezen pojem »krytí« jako každé spolupůsobení koncesovaného živnostníka stavebního, které směřuje anebo jeví se způsobit k tomu, přivoditi provedení staveb osobami k tomu neoprávněnými, anebo je podporovati, při čemž jest lhostejno, zda ten, kdo kryje, obdrží odměnu, čili nic. Takové krytí jest tu nesporně, ano jest zjištěno, že Pavel K. propůjčoval žalovanému svou firmu tak, že tento mohl ji použít i bez jeho vědomí, a že jí používal žalovaný tak, žalobce sám tvrdí v žalobě, a je i zjištěno, že žalovaný sám dodával na stavbu dělníky. Okolnost, že plány vypracoval Pavel K., jak potvrdil, a že se přišel na stavbu jednou nebo dvakrát podívat, jak někteří svědci potvrdili, na věci nic nemění, naopak je tím více prokázáno, že žalobce o tom věděl, že žalovaný stavby provádí a přes to byl s tím srozuměn, že je provádí samostatně, jako oprávněný stavitel nebo zednický mistr, jak ostatně Pavel K. potvrdil. Tím je zjištěno, že společenská smlouva, o níž se žalobce opírá, byla učiněna jen na oko. Ve skutečnosti kryl Pavel K. svojí firmou žalovaného, by docílil ze staveb žalovaným dohozených zisků, kteréžto jednání se přiči zákonu a dobrým mravům. Ale i kdyby toho nebylo, bylo by žalobu zamítnouti i proto, že jest předčasná, neboť jde o společenský poměr podle §§ 1175 a násl. obč. zák. a tu by musel žalobce nebo Pavel K. napřed žalovati o řádné vyúčtování podle §§ 1198, 1199, 1200 obč. zák. V tom směru potvrdil Pavel K., že sice účtoval se žalovaným v roce 1929 nebo v roce 1930, že však toto vyúčtování bylo nesprávné, že mu žalovaný neprokázal ani prvopis výplatní listiny, ani účty za materiál a že udával libovolně číslíce, z nichž vyplývalo, že tu není zisku. Když tomu tak, měl Pavel K. postupovati podle posléz citovaných paragrafů občanského zákona. *O d v o l a c í s o u d* zrušil napadený rozsudek a vrátil věc prvému soudu, by ji, vyčkaje pravo-

moci, znovu projednal a rozhodl. D ů v o d y: Přisvědčiti jest odvolateli, pokud vytýká napadenému rozsudku nesprávné právní posouzení. Písemná společenská smlouva ze dne 20. září 1928 nepříčí se dobrým mravům, aniž ustanovení §§ 15 čís. 6 a 23 živn. řádu ani § 16 zák. čís. 193/1893, neboť podle společenské smlouvy měl žalovaný provozovati svou živnost podnikatele staveb ve prospěch Pavla K-a a zprostředkovati smlouvy o stavbách se stavebníky a při stavbách býti spolučinným za určitou mzdu, tedy jako zaměstnanec K-ův, stavby však měl provést Pavel K., což plyne zejména z ustanovení smlouvy, že žalovaný bude činným jen v mezích zákonů živnostensko-stavebních, a z posledního odstavce smlouvy, podle něhož povoluje Pavel K. žalovanému nahlížeti i do účtů o stavbách společných. Z toho plyne, že Pavel K. měl provést stavby sám a na vlastní účet, neboť jinak účty ty by se nedostaly do jeho rukou. Že písemná smlouva byla uzavřena jen na oko k zastření toho, že Pavel K. měl jen krýti svým živnostenským oprávněním žalovaného při provádění staveb podnikaných žalovaným vlastním jménem a na vlastní účet, nebylo žádnou ze stran tvrzeno. K tomu, zda smlouva odporuje dobrým mravům, jest ovšem přihlížeti z úřadu, avšak jen za předpokladu, že strany přednesly skutkové okolnosti námitku nicotnosti smlouvy odůvodňující (rozh. nejv. soudu ze dne 31. března 1931 Rv II 85/30). To se však v souzeném případě nestalo, neboť strany netvrdily, že vedle písemné smlouvy ze dne 20. září 1928 byla uzavřena mezi Pavlem K-em a žalovaným úmluva jiná, ústní, písemné smlouvě odporující. Úsudek prvního soudu, že společenská smlouva měla sloužiti k obcházení zákona, nevychází tedy z přednesů stran, i když je snad odůvodněn chováním se žalovaného, jak je zjistil první soud na základě výpovědí svědků. Není však tento úsudek oprávněn, pokud není zjištěno, že tento postup žalovaného odpovídal úmyslu obou stran, což právě strana žalující popírá a žalovaný ani netvrdí, neboť namítal jen, že stavby provedené na základě společenské smlouvy končily schodkem. Nesprávný je i právní názor napadeného rozsudku, že žaloba jest předčasná, poněvadž by musel žalobce nebo Pavel K. napřed žalovati o řádné vyúčtování. §§ 1198 a násl. obč. zák. jest sice upraveno právo společníka na složení účtů společníkem vedoucím správu společného podniku, není však zákonného ustanovení, nutícího společníka, by napřed žaloval o složení účtu a pak teprve o vyplacení podílu na zisku, je-li s to, by prokázal i bez složení účtů, že mu určitá částka přísluší ze společenského podnikání. V souzeném případě podal žalovaný vlastně již vyúčtování sporných staveb, byť i nepřesné, v žalobní odpovědi, a jde jen o to, zda toto vyúčtování jest správné, není však nemožné správné zjištění žalobního nároku bez konečného vyúčtování (viz čís. 8367 sb. n. s.).

N e j v y š š í s o u d nevyhověl rekursu.

D ů v o d y:

Jádrem rozhodnutí o rekursu jest otázka, zda společenská smlouva stran je neplatna proto, že čelí proti zákonnému zákazu nebo že slouží k obcházení zákona. Odvolací soud nesdílí názor prvního soudu, že to-

mu tak je, protože z přednesu stran nevyplyvá, že smlouva tento účel sledovala, třebaže názor ten odůvodňovalo chování se žalovaného, ježto není zjištěno, že tento postup byl úmyslem obou stran a že nic takového žalovaný ani netvrdil. Zákon (§ 879 obč. zák.) prohlašuje za nicotné smlouvy, odporující zákonnému zákazu nebo dobrým mravům. Dobrým mravům odporuje i smlouva, kterou se má obcházeti velící předpis zákona, třeba by se výslovnému zákazu ani nepřičila. Sám zákon nikde nezakazuje společenskou smlouvu mezi podnikatelem, který nemá stavitelskou koncesi a tím, kdo ji má. Zákon zakazuje, by stavby byly prováděny osobami, jež oprávnění stavitelské nemají, a proto by odporovalo zákonu a přičila se dobrým mravům smlouva, čelící k tomu, by se velící předpisy zákona o provádění staveb oprávněným živnostníkem smlouvou tou obcházely. Ale takové ustanovení smlouva sama nemá. Žalobce vzal žalovaného, rovněž podnikatele staveb, do spolku. Tento se zavázal prováděti podnik na prospěch žalobcův v rámci zákonů živnostensko-stavebních a platiti žalobci 60 Kč denně a 6 Kč za hodinu přes čas a měl žalobce za to odváděti žalovanému 30% čistého zisku při budovách, které jeho prostřednictvím budou provedeny, nésti v témže poměru ztrátu a měl žalobce nechat žalovaného nahlížeti do účtů o oněch budovách. Neobsahuje tudíž smlouva nic o tom, že žalobce má kryti neoprávněné provádění staveb žalovaným. Za sporu netvrdila žádná ze stran, že smlouvou měly býti obcházeny předpisy živnostensko-stavební, jen žalovaný tvrdil, že se žalobce nestaral o stavby a neplnil smlouvu. Prvý soud zjistil sice, aniž strany výslovně tvrdily obcházení zákona smlouvou, že žalovaný prováděl stavby samostatně, že žalobce mu půjčoval svou firmu a žalovaný sám určoval, jak se má stavba prováděti a smlouval stavební náklad. Ale tím ještě není splněn předpoklad, že sama smlouva společenská obcházela zákon a byla zamýšlena jako krytí neoprávněného provozování staveb, nýbrž nejvýše jen to, že žalovaný nedbal předpisů živnostensko-stavebních, nenechával provádět stavbu žalovaným a dozíratí na ni, jak podle smlouvy měl. To by snad znamenalo neplnění smlouvy, nikoli však, že smlouva sama odporovala zákonu. (Srov. nál. čís. 4928 sb. n. s.). Pro žalobcův nárok na podíl na zisku nesejde na tom, zda žalovaný přestupoval živnostensko-policejní předpisy, zda neplnil smlouvu a zda měl žalobce možnost nedovolovati takový postup a žalovanému firmu odebrati. To by mělo význam pro žalobcův nárok na náhradu škody pro neplnění smlouvy. Proto odvolací soud právem nepokládá smlouvu samu za nicotnou.

Rovněž správný je názor odvolacího soudu, že žaloba o výplatu zisku není předčasná proto, že nebyl složen účet. O rozdělení společného zisku lze žalovati zásadně i před složením účtu (srov. nál. čís. 3370 sb. n. s.). Žalobě ovšem nebylo by lze vyhověti, kdyby žalovaný neuvedl pro výpočet své pohledávky skutkových podkladů a podle okolností jest žalobu zamítnouti pro tentokráte (srov. nál. 8367 sb. n. s.). V souzeném sporu však uvedl žalobce podklady pro výpočet zisku, tvrdě, že činil 10% ze zadávacích cen, jež udal. Je věcí sporu, zda to bude žalobcem prokázáno a zda je žalovaný zodpověden za to, že takového zisku nedocílil, protože smlouvu neplnil.