důvodech:

Vadnost odvolacího řízení a zároveň nesprávné právní posouzení věci spatřuje dovolatel v tom, že odvolací soud nebral v úvahu jeho námitku, vznesenou v písemných směnečných námitkách, že žalobkyně mu dávala peníze za účelem nedovoleným a nemravným, ba trestným, že proto nemůže ve smyslu § 1174 obč. zák. žádati zaplacení směnečné částky, že odvolací soud z moci úřední nezjistil závažnost této námitky a v odvolacím rozsudku poukázal jen k tomu, že dovolatel měl mimo písemné námitky uplatňovati tuto námitku při výslechu stran dne 7. října 1932. Výtka tato však není opodstatněna. Jest pravda, že žalovaný ve směnečných písemných námitkách popíraje, že žalobkyni něco dluhuje, tvrdil mimo jiné, že mu nic nepůjčila, nýbrž, že mu darovala částky, když s ní udržoval milostný poměr a jej dary těmi přiměla k tomu, že porušil věrnost manželskou. Soud prvé stolice sice podle průvodního usnesení ze dne 7. října 1932 důkaz výslechem stran nabídnutý o těchto okolnostech nepřipustil, nic méně při provádění jeho o jiných okolnostech dožádaným soudem k dotazu právního zástupce žalobkyně tato prohlásila, »že není pravdou, že žalovanému obnos 25.000 Kč, na něž zní směnka, darovala za milostný poměr jeho k ní«, kdežto žalovaný, byv jako strana slyšen, udal, že mu žalobkyně »dala co dar za milostné poměry k ní obnosy, které on si vybral z vkladních knížek«. Byl tu tedy ve skutečnosti proveden důkaz o okolnostech, jež nebyly předmětem průvodního usnesení, což však žádnou ze stran nebylo po rozumu § 196 c. ř. s. vytýkáno.

Čís. 12567.

Pokud povolení prozatímního opatření, jímž společník veřejné obchodní společnosti má býti zmocněn, by vedl jménem společnosti vylučovací spor, nevadí, že se navržené opatření v podstatě kryje s návrhem žaloby navrhovatelem zároveň podané.

(Rozh. ze dne 29. dubna 1933, R II 132/33.)

Rudolf P., společník veřejné obchodní společnosti P. a S., navrhl proti druhému společníku S-ovi povolení prozatímního opatření zmocněním, by mohl jménem veřejné obchodní společnosti P. a S. vésti Dr. Ř. vylučovací spor proti bance M. Soud prvé stolice prozatímní opatření povolil, rekursní soud návrh zamítl. Důvody: V žalobě, jež tvoří základ navrženého zatímního opatření, tvrdí žalobce, že veřejná obchodní společnost P. a S. má za Josefem D-em pohledávku asi 600.000 Kč a že si na tuto pohledávku, patřící firmě P. a S., vymohla banka M. pro svou pohledávku za žalovaným Františkem S-em 150.000 Kč s přísl. exekuci zabavením a přikázáním k vybrání podílu na pohledávce příslušející prý Rudolfu P-ovi a Františku S-ovi proti Josefu D-ovi ve výši asi 300.000 Kč. Žalovaný namítá, že žalobcovo tvrzení není správné, jelikož banka M. nezabavila pohledávku firmy P. a S., kterou tato firma má proti Josefu D-ovi, nýbrž zabavila jen pohledávku, která přísluší žalovanému S-ovi proti Josefu D-ovi v neznámé výši, a dále podíl žalovaného na této pohledávce. Zda tvrzení žalobcovo je správné, nemůže rekursní soud přezkoušeti, jelikož mu nebyl předložen

exekuční spis. Nehledíc k tomu je však navržené zatímní opatření z jiného důvodu nepřípustné. Podle žaloby musí firma P. a S. vystoupiti vylučovací žalobou proti exekuci banky M., k tomuto účelu je nutno pověřiti právního zástupce žalobcova Dr. Ř-a vedením tohoto vylučovacího sporu a vystaviti mu plnou moc, a, jelikož žalovaný se zdráhá plnou moc podepsati, domáhá se žalobce rozsudku, že žalovaný jest povinen podepsati plnou moc žalobci pro jeho zástupce Dr. Ř-a k vedení vylučovacího sporu, a že žalovaný jest povinen svoliti k tomu, by žalobce sám tuto plnou moc jménem firmy P. a S. Dr. Ř-ovi vystavil. Jde tedy o nárok žalobce jako společníka firmy P. a S. na podepsání plné moci Dr. Ř-ovi proti druhému společníku firmy za účelem umožnění vedení vylučovacího sporu jménem firmy. Ohrožená strana se může prozatímním opatřením domáhati jen zajištění svého nároku, jelikož podle § 378 ex. ř. soud může k návrhu učiniti zatímní opatření, by právo strany bylo zajištěno. V souzeném případě však žalobci nejde o to, by svůj shora uvedený nárok do budoucna zajistil. Žalobce učinil návrh, by byl prozatímním opatřením zmocněn k tomu, by jménem firmy P. a S. pověřil Dr. Ř-a vedením vylučovacího sporu proti bance M. Je tedy zřejmo, že předmět žaloby rovná se předmětu prozatímního opatření. O nároku žalobce, by mu žalovaný podepsal plnou moc pro Dr. Ř-a za tím účelem, by mu umožnil vedení vylučovacího sporu jménem firmy P. a S., musí býti jednáno a rozhodnuto, a v tom případě, kdyby žalobě bylo vyhověno, mohl by žalobce svůj nárok prosaditi exekucí. Žalobci jde však o to, by již prozatímním opatřením dosáhl toho, čehož by mohl dosíci teprve rozsudkem, kdyby se žaloba setkala s úspěchem, a to vedení vylučovacího sporu jménem firmy. Takové prozatímní opatření k zajištění jiného než peněžitého nároku, oč tu jde, jest však nepřípustné.

N e j v y š š í s o u d zrušil napadené usnesení a vrátil věc rekursnímu soudu, by, nehledě k důvodům, z nichž zamítl návrh na prozatímní opatření, znovu rozhodl o odpůrcově rekursu.

D ů v o d y:

Rekursní soud změnou usnesení prvého soudu zamítl návrh na povolení prozatímního opatření, kterým navrhovatel žádal o zmocnění, aby mohl jménem veřejné společnosti P. a S. Dr. Karel Ř. vésti vylučovací spor proti bance M., a to jedině z toho důvodu, že žalobou zároveň podanou se domáhá navrhovatel téhož nároku, a že nelze proto povolením prozatímního opatření dosíci toho, čeho teprve příznivým rozsudkem lze dosíci. Nelze zplna s názorem rekursního soudu v tomto případě souhlasiti. Nemá se sice, jak nejvyšší soud opětovně rozhodl, zásadně povolením prozatímního opatření předbíhati rozhodnutí sporu ve věci hlavní, ale nelze je právem odpírati v případech, jež jsou opodstatněny zvláštními okolnostmi vyžadujícími v tom kterém případě navržené opatření. Zákon v § 382 ex. ř. neuvádí výčetmo zajišťovací prostředky, nýbrž jen příkladmo uvádí případy nejčastěji se vyskytující, a soudce má určiti vhodná a pro účel zajištění potřebná prozatímní opatření (srovnej rozhodnutí čís. 9221, 3247 Sb. n. s.). Jestliže v souzeném případě hrozí navrhovateli nenahraditelná škoda (§ 381 čís. 2 ex. ř.) proto, že pohledávka firmy P. a S. ve výši 600.000 Kč proti Josefu D-ovi

příslušející nebude v době splatnosti jí zaplacena, a že vymáhající věřitelka banka M. přes vyjádření poddlužníkovo nezrušila vedenou exekuci, odpůrce navrhovatelův pak, znaje stav věci, odepřel podepsati procesní plnou moc za firmu P. a S. ke sporu vylučovacímu proti vymáhající věřitelce, — pak zajisté povaha účelu navrženého prozatímního opatření v tomto případě vyžadovala opatření vhodného a nemůže býti překážkou ta okolnost, že navržené opatření zřizující ostatně jen stav prozatímní, se v podstatě kryje s prosbou žalobní a tudíž i s případným výrokem rozsudkovým, upravujícím s konečnou platností sporný poměr. Vždyť než dojde k pravoplatnému rozhodnutí ve sporu, uplyne snad drahná doba, a nedostatek peněžních prostředků firmy P. a S. k placení dospělých dluhů mohl by míti v zápětí pro ni osudné následky. Poněvadž rekursní soud, vycházeje z právního názoru, jejž neschvaluje nejvyšší soud, se jinak neobíral vývody rekursu, zejména nezkoumal, zda jsou splněny ostatní zákonné náležitosti navrhovaného prozatímního opatření, nemohl nejvyšší soud rozhodnouti ve věci samé a bylo proto zrušiti napadené usnesení a vrátiti věc rekursnímu soudu k novému rozhodnutí.

Čís. 12568.

Konkursní soud musí z úřadu zkoumati, zda jest důvod ke zrušení konkursu pro nedostatek jmění konkursní podstaty ke krytí útrat konkursního řízení, a má i z úřadu prováděti důkazy a konati vhodná šetření pro zjištění rozhodných skutečností, nejsa vázán návrhem na zrušení konkursu.

Nestačí-li rekursnímu soudu k zjištění nedostatku jmění konkursní podstaty prohlášení správce konkursní podstaty a jeho návrh na zrušení konkursu podle § 166, druhý odstavec, konk. ř. a ukládá-li konkursnímu soudu šetření v tom směru, není v tom vady řízení.

(Rozh. ze dne 29. dubna 1933, R II 163/33.)

K o n k u r s n í s o u d nevyhověl návrhu správce konkursní podstaty, by byl konkurs na jmění Josefa P-a a Karla P-a podle § 166, druhý odstavec, konk. řádu zrušen. D ů v o d y: Smysl usnesení rekursního soudu ze dne 31. října 1932, jímž bylo pro konkursní soud závazně rozhodnuto, že následkem odpůrčího nároku nelze na navrhovateli požadovati zálohu podle § 70 konk. ř., jest nepochybně ten, že otázka dobytnosti nákladů odpůrčího řízení nesmí překážeti řádnému provedení tohoto řízení. Pokud tudíž jest tu odpůrčí nárok, nelze nedostatkem jiné úhrady útrat řízení konkursního konkurs zrušiti, nýbrž jest správci bez zřetele ku případné nedobytnosti jeho útrat v řízení postupovati. R e k u r s n í s o u d k rekursu správce konkursní podstaty zrušil napadené usnesení a uložil prvému soudu, by, vyčkaje pravomoci po doplnění řízení znovu rozhodl o návrhu konkursního správce na zrušení konkursu. D ů v o d y: Přisvědčiti jest stěžovateli v tom, že nelze na něm žádati, by vedl odpůrčí spor na své nebezpečí, kdyby, nehledíc k docela nepatrnému výtěžku movitostí úpadců nebylo tu jmění, jež by stačilo ke krytí útrat konkursního řízení. Souhlasiti nelze však s dalšími