

a nelze pod pojem »nároků« zahrnovati také právo vymáhané touto žalobou a tím směřovati případné hmotné nároky se zvláštními právy žalobců na uznání neplatnosti usnesení představenstva. Poněvadž pak žalobcové neodporují v tomto případě usnesení valné hromady družstva, nýbrž jen usnesení představenstva, a poněvadž předpisy § 83 b) j. n. jsou rázu zvláštního a výjimečného a nelze je extensivním výkladem rozšiřovati na jiné případy, než které v nich jsou přesně zahrnuty, nebyl k projednání této pře věcně výlučně příslušný sborový soud, a výtka zmatečnosti dle § 477 č. 3 c. ř. s. není opodstatněná.

Čís. 14930.

Jde o jednotný nárok, domáhá-li se pozůstalá vdova na zaměstnavateli manželově odbytného a ušlého důchodu vdovského proto, že manžel nebyl přihlášen k pensijnímu pojištění.

Hudebník, jenž hrál v kavárenském orchestru nikoliv jako samostatný podnikatel, nýbrž jako zaměstnanec, podléhal i za účinnosti zák. čís. 89/20 Sb. z. a n. pojistné povinnosti pensijní.

Nároku vdovy po zaměstnanci na náhradu škody pro nepřihlášení zaměstnance zaměstnavatelem k pensijnímu pojištění nevádí, že zaměstnanec sám spoluzavinil, že k pojištění nebyl přihlášen.

Nezískal-li zaměstnanec zaviněním několika zaměstnavatelů čekací doby podle § 16 zák. čís. 26/29 Sb. z. a n., ručí zaměstnavatelé za škodu rukou společnou a nerozdílnou.

(Rozh. ze dne 6. února 1936, Rv I 2221/35.)

Manžel žalobkyně hrál v kvartetu v podniku žalovaného od 1. srpna 1925 až do října 1929. Podle sdělení úřadovny A Všeobecného pensijního ústavu v Praze a okresní nemocenské pojišťovny v P. byl přihlášen v tomto zaměstnání k nemocenskému pojištění od 1. července 1926 do 5. října 1929 a k pensijnímu pojištění od 1. ledna 1929 do 30. září 1929. Žalobkyně tvrdí, že její manžel podléhal pensijnímu pojištění také v době od 1. srpna 1925 do 31. prosince 1928 celkem 41 měsíců, že však nebyl žalovaným k pojištění přihlášen, domáhá se na žalovaném odbytného ve výši 5.400 Kč a náhrady za ušlý důchod. N i ž š í s o u d y vyhověly žalobě, pokud se jí žalobkyně domáhala zaplacení ušlého důchodu, jinak žalobu zamítly, o d v o l a c í s o u d z těchto důvodů: Josef H. (manžel žalobkyně) provozoval hudbu v podniku žalovaného jako své hlavní zaměstnání. Výdělek jeho z tohoto zdroje příjmového byl jeho jediným výdělkem. Josef H. nebyl také žádným podnikatelem, nýbrž ve služebním poměru. Existenci služeb. poměru nemůže býti na závalu, že Josef H. měl sám kapelnickou licenci nebo živnostenský list, neboť to bylo jen proto, aby hudebníci mohli býti zaměstnání a lhostejno bylo, který z nich bude míti takového oprávnění. Nelze proto schváliti názor, že se tu jednalo o smlouvu o dílo ve smyslu § 1151 obč. zák., neboť tu nešlo o výsledek činnosti, nýbrž o činnost samu, o případ, kdy

hudebníci jsou povinni vyplňovati každý den svojí produkcí večery. Jsou tu podstatné znaky služební smlouvy, na straně zaměstnancově závazek konati služby a z toho vyplývající poměr podřízenosti a vázanosti na rozkazy zaměstnavatelovy. Pojištěním povinným byl Josef H. jak dle zák. č. 89/20, tak dle zák. č. 26/29 Sb. z. a n. Zaměstnání takové, v jakém byl Josef H., nelze subsumovati pod pojem kočovného hudebníka ve smyslu § 2 odst. 1 č. 5 zák. č. 89/20, neboť za kočovný podnik jest považovati takový podnik, který putuje z místa na místo a jest provozován bez pevného stanoviště, a o takový podnik v daném případě jistě nešlo. Že u Josefa H-a šlo o zaměstnání hlavní, patrně také z toho, že byl od 1. ledna 1929 u Všeobecného pensijního ústavu pojištěn a jest naprosto irrelevantní, že Josef H. se vzpíral tomu, aby byl přihlášen k pensijnímu pojištění. Zaměstnavatel má povinnost učiniti přihlášku k pojištění a veškeré úmluvy, které by učinil zaměstnavatel se zaměstnancem o změně zákonných předpisů ke škodě zaměstnaného, jsou bezúčinné (§§ 70 a 73 pens. zák.). Žalovaný tuto zákonnou povinnost včas nesplnil a proto jest práv žalobkyni za škodu, kterou jí tím způsobil. Škodu jest žalovaný povinen nahraditi rukou společnou a nerozdílnou s Janem M-ým, u něhož byl Josef R. před tím zaměstnán a nebyl jím rovněž k pojištění přihlášen, neboť podíly obou na škodě nedají se spolehlivě určit (§ 1302 obč. zák.).

N e j v y š š í s o u d uložil prvému soudu nové jednání a rozhodnutí.

D ů v o d y:

Dovolání o odbytném 5.400 Kč jest přípustné podle § 502 odst. 3 c. ř. s. v doslovu zákona č. 251/34 Sb. z. a n., ježto žalobkyně uplatňuje nárok na náhradu ušlého důchodu vdovského od 1. listopadu 1929 do 30. září 1932 i nárok na odbytné z téhož skutkového i právního základu, totiž z důvodu náhrady škody pro opožděné přihlášení svého manžela Josefa H. k pensijnímu pojištění; jest proto při posuzování přípustnosti dovolání hleděti k souhrnu nároků z tohoto společného základu odvozených. Žalobkyně tvrdila, že nositel pensijního pojištění Všeobecný pensijní ústav v Praze rozhodl, že její manžel v době od 1. srpna 1925 do 31. prosince 1928 podléhal pensijní pojistné povinnosti, a předložila výměr Úřadovny A Všeobecného pensijního ústavu v Praze ze dne 23. listopadu 1931 č. poj. 438112. Žalovaný tvrdil, že výměr ten není pravoplatný, naopak, že byl zrušen zemským úřadem v P. Otázka však, zda šlo o pravoplatný výměr nositele pensijního pojištění, měla pro rozhodnutí věci podstatný význam, neboť pravoplatným rozhodnutím nositele pojištění byl by soud vázán a nebyl by oprávněn přezkoumávati a samostatně řešiti otázku pojistné povinnosti Josefa H. v zaměstnání u Alfreda S. Bylo proto povinností nižších soudů, by působily na vyjasnění této okolnosti. Nenabyli-li dotčený výměr pravoplatnosti, musí soud sám řešiti předurčující otázku pensijní povinnosti Josefa H. v zaměstnání u Alfreda S. Otázku tu bude posouditi podle zákona č. 1/1907 v doslovu novely č. 138/1914 ř. z. a zákona č. 89/1920 Sb. z. a n. Podle § 1

odst. 2 a) zákona čis. 89/20 Sb. z. a n. byli pojištěním povinni zaměstnanci ve služebním poměru, kteří vykonávali práce převážně duševní a kteří nevykonávali je jako zaměstnání vedlejší. Jde především o to, zda Josef H. byl k žalovanému ve služebním poměru, či zda byl jako kapelník samostatným podnikatelem mimo služební poměr. Nejvyšší soud vyslovil a odůvodnil v rozhodnutích čis. 14049, 13557 Sb. n. s., k nimž se odkazuje, že samostatným kapelníkem jest hudebník tehdy, když majitel podniku, v němž hraje, nevykonává vlivu na soubor kapely, na opatření nástrojů a hudebnin, na pořad hudebních čísel, nýbrž když mu jde toliko o výsledek, t. j. přednes hudby v určitých hodinách a místnostech a o okolnostech zmíněných rozhoduje kapelník samostatně. S tohoto hlediska nebyla však souzená věc probrána nižšími soudy a nebyla učiněna potřebná skutková zjištění. Bude nutno zjistiti, zda sám manžel žalobkyně přijímal a propouštěl členy kvarteta, zda zcela samostatně určoval hudební pořad, opatřoval hudebniny, nástroje a konal zkoušky, či zda jen podle přání, volby nebo příkazu žalovaného, jemuž byl smluvně zavázán vyhověti, dále, jakou odměnu dostávali jednotliví členové kvarteta, při čemž ovšem bude přihlížeti také k okolnosti, že H. měl živnostenský list jako kapelník a k tomu, z jakého důvodu byla mu odepsána daň výdělková v roce 1927 a později již nepředepsána. Nebyl-li Josef H. samostatným podnikatelem a hrál-li jen jako zaměstnanec v kvartetu, provozoval tím umění, byl tedy duševně převážně činným a podléhal i v době před 1. lednem 1929 — tedy za účinnosti zák. čis. 89/20 Sb. z. a n. pensijní pojistné povinnosti. Žalovaný ručil by za škodu, která vznikla pozůstalým po Josefu H. z důvodu nesplnění ohlašovací povinnosti, ovšem za podmínek, jež ještě dále budou probrány. Soud odvolací správně posoudil okolnost, že Josef H. nepodal přihlášku k pensijnímu pojištění sám, případně, že se zdráhal tak učiniti. Nároky rodinných příslušníků pojištěnce proti pensijnímu ústavu mají povahu nároků veřejnoprávních a nemohou býti zkráceny dohodou zaměstnavatele a zaměstnance (srov. rozh. čis. 5804, 6711 Sb. n. s.). Žalobkyně měla by však proti zaměstnavateli manžela nárok jen potud, pokud jí ušel opožděnou přihlášku k pensijnímu pojištění nárok na důchod proti Všeobecnému pensijnímu ústavu. Žalobkyně uplatňuje náhradu za ušlý důchod vdovský. Vznik nároku na tento důchod jest však podmíněn konáním čekací doby 60ti příspěvkových měsíců (§§ 16 odst. 1 a 25 zák. čis. 26/29 Sb. z. a n.). Podle zprávy Všeobecného pensijního ústavu byl Josef H. k pensijnímu pojištění přihlášen od 1. ledna 1922 do 7. července 1922 a od 1. ledna 1929 do 30. září 1929, získal tedy v pojištění 15 měsíců a 7 dnů. Zaměstnání u žalovaného trvalo jen 41 měsíců a s dotčenými 15 měsíci byl by dosáhl Josef H. celkem jen 56 měsíců. Žalobkyně tvrdila však, že její manžel byl činným ve stejném zaměstnání u Jana M. od 1. srpna 1932 do 31. července 1935, tedy dalších 36 měsíců. Nezískal-li zaměstnanec čekací doby podle § 16 zák. čis. 26/29 Sb. z. a n. zaviněním několika zaměstnavatelů ať již nepřihlášením k pojištění, nebo opožděným přihlášením, ručí zaměstnavatelé za vzniklou škodu rukou společnou a nerozdílnou (srov. rozh. čis. 8266 Sb. n. s. v důvodech str. 1142). Škoda záleží ve ztrátě důchodu vdov-

ského vůbec a každý ze zaměstnavatelů svým opomenutím způsobil zaměstnanci celou škodu. Z dotčeného již výpočtu příspěvkových měsíců jest patrné, že Josef H. dosáhl by 60 příspěvkových měsíců, jen kdyby také u Josefa M. byl v zaměstnání, podléhajícím pensijní pojistné povinnosti, o kteréžto otázce bude rozhodnuto v jiném sporu již zahájeném. Spor tento není dosud zralý k rozhodnutí.

Čís. 14931.

Změna v osobě soudce laika za odvolacího řízení nezakládá zmatečnost.

Jde o vadu řízení, spokojil-li se odvolací soud přečtením výpovědí svědků slyšených přímo procesním soudem a opakoval-li důkaz, provedený rovněž přímo procesním soudem, ale za přítomnosti jiného soudce laika, než který byl přítomen při vydání rozsudku, v němž se odvolací soud odchýlil od skutkových zjištění prvního soudu.

(Rozh. ze dne 6. února 1936, Rv I 2629/35.)

První soud ponechal směnečný platební příkaz v účinnosti, odvolací soud jej zrušil. Učinil tak odchýliv se od skutkových zjištění prvního soudu na základě přečtení výpovědí svědků přímo procesním soudem vyslechnutých a odchýlného hodnocení důkazu slyšením stran, jež slyšel stejně jako soud první přímo, tu však za spoluúčasti jiného soudce laika, než který se zúčastnil posledního líčení, po jehož skončení byl vynesena rozsudek.

Nejvyšší soud uložil odvolacímu soudu nové jednání a rozhodnutí.

Důvody:

Tím, že při konečném odvolacím líčení spolupůsobil jiný soudce laik, než který byl při předchozích odvolacích líčeních, nebyl založen zmatek uvedený pod čís. 1, 2, 3 § 477 c. ř. s. Jest však opodstatněna výtká vadnosti odvolacího řízení (čís. 2 § 503 c. ř. s.). Zjištění odvolacího soudu, jež jsou odchýlná od zjištění soudu první stolice, nestalo se po formální stránce způsobem bezvadným. Pokud jde o hodnocení důkazů svědeckých, kteréžto důkazy byly v první stolici provedeny vesměs soudem procesním, nebyly tyto důkazy opakovány před odvolacím soudem vůbec, ani průvodní usnesení o jejich připuštění nebylo vydáno. Pouhé přečtení svědeckých výpovědí v tomto případě nemohlo postačiti vzhledem k tomu, že šlo o ocenění hodnověrnosti svědků v souvislosti s výpověďmi stran rozepře a vzhledem k zjištěním, jež se odchylují od zjištění prvního soudu, který svědky sám slyšel a mohl proto na základě bezprostředního dojmu usuzovati na jejich hodnověrnost. Odvolací soud neměl proto rovnocenný podklad při hodnocení těchto důkazů, jaký měl první soud (rozhodnutí čís. 4679, 7337, 11357, 12176 Sb. n. s.). Obdobně