

mu byl již dříve splněn a konsumován. Jediný nárok, který Rudolfu Z-ovi z této smlouvy příslušel, byl nárok na vrácení splacených částí kupní ceny v případě zrušení smlouvy, který se stal bezpředmětným tím, že Lev S. podal žalobu proti Rudolfu Z-ovi na zaplacení kupní ceny, čímž vykonal ve smyslu §u 906 obč. zák. volbu z obou jemu ze smlouvy příslušejících práv na zaplacení kupní ceny nebo na zrušení smlouvy, rozhodnův se pro právo prvé. Z toho plyne, že byl shora uvedeným usnesením zabaven nárok již splněný, tedy v době zabavení neexistující, a že tedy toto zabavení nemohlo býti překážkou smlouvě, kterou Rudolf Z. prodal sporné pianino žalobci. Mezi Lvem S-em a Rudolfem Z-em byl uzavřen obchod splátkový ve smyslu zákona ze dne 27. dubna 1896, čís. 70 ř. zák. Lev S. vyhradil si až do úplného zaplacení kupní ceny právo vlastnické a příslušelo mu vedle nároku na zaplacení kupní ceny též podle §u 2 tohoto zákona právo ustoupiti od smlouvy. Obě tato práva nemůže prodávatel vykonávati současně, nýbrž přísluší mu právo volby, které prodávatel, jak již uvedeno, podáním žaloby na zaplacení zbytku kupní ceny vykonal. Tato volba je podle §u 906 obč. zák. konečná a nezměnitelná. § 906 zák. mluví sice jen o případě, přísluší-li volba dlužníku, avšak též zásady musí býti použito i na případ, kdy volba podle smlouvy přísluší, jako v tomto případě, věřiteli. Lev S. vykonal tuto volbu podáním žaloby dne 2. prosince 1921, takže Rudolf Z. v době prodeje pianina na žalobce, t. j. dne 11. prosince byl jeho vlastníkem. Správně usoudil také první soud, že žalobce nabyt koupí a zaplacením kupní ceny Rudolfu Z-ovi vlastnictví k spornému pianinu. Podle zjištění prvního soudu, které nebylo vzato odvoláním v odpor, koupil žalobce dne 11. prosince 1921 pianino za 10.000 Kč, splatil hned částku 1.000 Kč, a pianino převzal, při čemž bylo ujednáno, že zbytek zaplatí druhý den a že Z. pak pianino na své útraty žalobci do bytu dopraví. Žalobce zbytek kupní ceny 9.000 Kč dne 12. prosince skutečně zaplatil. Touto úmluvou daly tedy obě strany prokazatelným způsobem na jevo, že zaplacením zbytku kupní ceny má přejíti vlastnictví na žalobce a že Rudolf Z. tímto okamžikem přestane držeti pianino svým jménem, že bude od té doby pouhým defentorem jménem žalobcovým s povinností dopravit pianino do bytu žalobcova. Tento výklad hořejší úmluvy odpovídá obyčejům a zvykům platným v poctivém obchodu (§ 863 obč. zák.) a sluší proto za to míti, že tím bylo vyhověno též předpisu §u 428 obč. zák.

Čís. 2273.

Pekařský mistr, zaměstnaný u konsumního družstva, jest obchodním pomocníkem ve smyslu zákona ze dne 16. ledna 1910, čís. 20 ř. zák., třebaš kromě vyšších konal též služby nižší.

(Rozh. ze dne 13. února 1923, Rv I 908 22.)

Žalobce byl ve službě žalovaného družstva jako správce pekárny a, dostav 14denní výpověď, domáhal se mzdy za dobu, vybývajíc do vý-

povědní lhůty dle zákona o obchodních pomocnících. Oba nižší soudy žalobu zamítly, nepřiznavše žalobci vlastnost obchodního pomocníka.

Nejvyšší soud zrušil rozsudky obou nižších soudů a vrátil věc prvému soudu, by o ní dále jednal a ji znovu rozhodl.

Důvody:

Dovolání, uplatňujícímu dovolací důvody §u 503 čís. 2 a 4 c. ř. s., nelze upřítí oprávnění. Není sporu o tom, že služební smlouvou ze dne 1. března 1921, kterou žalobce přijat byl do služeb žalovaného společenstva jako správce pekárny, založen byl proň služební poměr vyššího řádu, pro nějž platí předpisy zákona o obchodních pomocnících. Dle smlouvy ze dne 1. listopadu 1921 nastala v tomto služebním poměru změna potud, že žalobci byla uložena spolupráce »u díže« s jednou směnou; přes to však byla žalobci ponechána služební vlastnost mistra a tím i představeného dělníku v pekárně zaměstnaných s těmito služebními oprávněními, pokud se týče povinností: žalobce měl nadále ručiti za výrobu u své směny, měl však právo i povinnost kontrolovati též práci a výrobky u směny druhé, vykonávati kázeň nad výkonem práce dělnictvem a vésti dohled na čistotu a pořádek v pekárně a pečovati o nutné opravy po schválení ředitelem. Výprava chleba a pečiva do prodejen a výdej uhlí uložen jinému zřízení podniku pod jeho zodpovědností, žalobce měl mu však při tom býti radou a pokyny nápomocen. Služební požitky žalobce zůstaly nezkráceny a změna nastala potud, že žalobce dostával mzdu nyní týdně. Z přednesu žalovaného společenstva vysvítá zřetelně jednak, že dosavadní pracovní síla žalobcova zdála se společenstvu drahou a že z tohoto důvodu uložena mu byla práce »při díži«, jednak, že ve služebním postavení žalobce neměla nastati »nápadná změna«, z kteréhožto důvodu jemu ponechána byla služební vlastnost mistra jako představeného ostatního dělnictva s právy a povinnostmi shora dotčenými a že byly mu i dosavadní služební požitky zachovány. Tvrdí-li žalované družstvo ve sporu, že žalobci byl vlastně propuštěn pouze název mistra, jest tvrzení toto vyvráceno obsahem smlouvy ze dne 1. listopadu 1921, v níž se výslovně uvádí: »Jste mistrem v pekárně a tudíž představeným dělníkem tam zaměstnaným,« dále i obsahem dopisu ze dne 25. února 1922, v němž se praví: »zbavujete se funkce mistra v pekárně a nastoupíte jako dělník s platem stejným jako ostatní dělníci. Práci vykonávati budete takovou, jaká bude Vám novým mistrem přikázána« a dodatkem tohoto dopisu: »Ustanovení, jímž byl Váš poměr v podniku co mistra upravován, vraťte.« Z uvedeného dlužno nutně usuzovati, že i novou služební smlouvou ze dne 1. listopadu 1921 byl žalobce zachován ve své prvotní »vyšší« služební vlastnosti tím, že mu i touto smlouvou nadále ponechán pokud se týče svěřen byl výkon vyšších nekupčických služeb (§ 1 zák. o obch. pomocnících), třeba i snad v užším rozsahu, než tomu bylo dříve a nevádí úsudku tomu okolnost, že mu při tom uložena byla i spolupráce »u díže«, tedy práce, kterou i ostatní dělníci vykonávali, a že tato práce zabírala i větší část jeho celkové pracovní

doby. Výraz »převážně« nelze si vykládati ve smyslu pouze kvantitativním, totiž dle toho, kolik času je třeba na vykonání oné »vyšší« služby a kolik času zabere obyčejná práce živnostenská, kterou zaměstnanec tento dle svého ustanovení spolu konati má; rozhodným jest jediné, zda pro služební ustanovení zaměstnance směrodatným byl právě úmysl pověřiti ho »převážně« úkolem ke konání vyšší (řídící, dozorčí, odborně výše kvalifikované, větší důvěry i zodpovědnosti zasluhující) služby nekupecké. Konal-li tedy žalobce důsledkem této změny vedle oné řídící a dozorčí služby mistra a představeného ostatního dělnictva i prosté pracovní úkony, které dělnictvo obstarávalo, nelze v tom ani konkludentně spatřovati souhlas, že se žalobce tím vzdal svého dosavadního »vyššího« služebního ustanovení a podrobil se zůstatí v podniku nadále v nižším pracovním poměru pouhého dělníka živnostenského. Neboť, mohl-li žalobce s tím počítati — a o tom dle toho, co bylo shora uvedeno, pochybovati nelze —, že tím, že mu byla přikázána jediné z důvodů úsporných i spolupráce »u díže«, nemá nastati pro něho žádná újma v jeho vyšším služebním poměru, v kterém byl prvotně ustanoven, což došlo výrazu svého i v tom, že byl ve službě ponechán jako mistr s vyšším služebním oborem a že mu dřívější služební požitky byly neztenčeně zachovány, nezadal zajisté svých práv služebních nikterak tím, když v intencích tohoto ujednání, tedy z týchž ohledů úsporných konal vedle své vyšší představené a dozorčí činnosti i práci »při díži«, což ostatně jasně vysvitá i z jeho ohrazení proti dopisu žalovaného společenstva ze dne 25. února 1922, jímž přikazována mu byla služba pouhého živnostenského dělníka. Kvalita a druh práce rozhoduje ovšem při posouzení, zda jde o zaměstnance vyššího stupně či prostého dělníka živnostenského; stalo-li se však ustanovení služební smlouvou, jest především směrodatna smlouva služební (§ 1 zákona o obch. pom. slova: »ustanoveny jsou«) a vlastnost služebního ustanovení v ní vytčeného. V té příčině nelze proti žalobci vyložiti ani odstavec smlouvy z 1. listopadu 1922, v němž se praví: »Jinak vztahuje se na Vás ve všech ostatních zde uvedených případech smlouva« (míněna smlouva kolektivní), v níž stanovena jest 14denní výpovědní lhůta, neboť dlužno-li ve smlouvě té spatřovati ustanovení žalobce k »vyšším« službám nekupeckým, nelze na něho vztahovati ona ustanovení kolektivní smlouvy, která se pro zaměstnance dle zákona o obchod. pomocnících nehodí a ani dohodou stran za platně smluvená platiti nemohou (§ 20 zák. o obch. pomoc. a čl. III. vládního nařízení ze dne 24. června 1920, čís. 395 sb. z. a n.). Šlo-li žalovanému společenstvu o to, žalobce tohoto vyššího služebního postavení zbaviti a ho nadále zaměstnati jen jako pouhého živnostenského dělníka, mělo to vůči němu jasně a zřetelně vyjádřiti, jak to učinilo později v dopise ze dne 25. února 1922, který zároveň sloužiti může za závažný doklad, že až do té doby žalobce sama pokládalo za »vyššího« zaměstnance. Ne učinilo-li tak, dlužno jemu přiznati vlastnost služebníka vyššího stupně a služební poměr s ním mohl býti rozvázán jen dle předpisů zákona o obchodních pomocnících (§ 20 cit. zák.). Ve smyslu §u 29 cit. zák. přísluší pak žalobci nárok na služební požitky za celou dobu náležitě výpovědní lhůty.