

okolnost a jde tudíž o spornou otázku, již zjistiti nelze prostředky nesporného řízení (§ 2 čís. 7 nesp. říz.).

Nejvyšší soud nevyhověl dovolacímu rekursu.

#### Důvody:

V ohledu formálním sluší především uvést, že usnesení prvního soudu nemělo býti soudem rekursním zrušeno, nýbrž změněno v ten rozum, že se námitka nepřipustnosti pořadu práva, žalovaným vznesená, zamítá, což také podle důvodů napadeného usnesení bylo míněno. Sluší je proto v tomto smyslu pojímati. V ohledu věcném jest žaloba podle svého obsahu a označení žalobou ve smyslu § 35 ex. ř., uplatňující námitku, že nárok žalovaného skutečností z doby po vzniku exekučního titulu zanikl, a domáhající se proto zrušení exekuce pro tento nárok. Námitky tohoto druhu dlužno uplatňovati podle odstavce druhého § 35 ex. ř. žalobou na soudě, u něhož byla exekuce navržena. Z tohoto pravidla činí zákon jedinou výjimku, jde-li o námitky proti nároku, který se zakládá na některém exekučním titulu, uvedeném v § 1 pod čís. 10, 12 až 14 ex. ř., a ustanovuje, že tyto námitky podati jest u onoho úřadu, od něhož exekuční titul vyšel. Z toho plyne, že námitky podle § 35 ex. ř. proti ostatním exekučním titulům, tedy i proti těm, jež vydány byly v řízení nesporném (§ 1 čís. 6 ex. ř.), uplatňovány býti musí žalobou. To plyne z povahy žaloby samé, jejíž účelem jest v první řadě zrušení exekuce, o němž rozhodovati nepřisluší soudci nespornému. Okolnost, že procesní soud, příslušný podle § 35 ex. ř., bude při rozhodnutí sporu přihlížeti k otázkám, jež částečně spadají též v obor řízení nesporného, na věci ničeho nemění. Bylo-li o tom, zda vyživovací povinnost žalobcova dále trvá, rozhodnuto již v řízení nesporném, může býti k tomuto rozhodnutí v tomto sporu přihlíženo, avšak nemá to vlivu na otázku připustnosti pořadu práva o této žalobě.

#### Čís. 1969.

**Prozatimní opatření nelze povolití pro (postižní) nárok, jenž snad v budoucnu vznikne.**

(Rozh. ze dne 7. listopadu 1922, R I 1212/22.)

Prozatimní opatření, jehož domáhal se ohrožený proti firmě G. pro případ, že podlehe ve sporu proti němu firmou R. vedeném, a dosud neskončeném, soud první stolice povolil, rekursní soud žádost zamítl.

Nejvyšší soud nevyhověl dovolacímu rekursu.

#### Důvody:

Rekurentka žádala za prozatimní opatření pro případný postižní nárok, který jí prý vznikne proti odpůrci, podlehe-li ve sporu, zahájeném proti ní žalobou firmy R. na zaplacení 91.884 K. Jde tedy o nárok, dosud neexistující, o němž není jisto, vznikne-li vůbec. Prozatimní opatření jest

sice podle § 378 ex. ř. přípustné i pro nároky časem obmezené, nebo podmíněné, avšak pouhá možnost, že nárok v budoucnosti vznikne, není ještě důvodem povolení prozatimního opatření, obmezujícího odpůrce ve volné dispozici s jeho vlastním právem. Zákon žádá osvědčení nároku, které nemůže ovšem být podáno, když z návrhu samého plyne, že navrhovateli dosud žádný nárok nepřísluší. Tento nedostatek nemůže být nalrazen ani jistotou ve smyslu § 390 ex. ř., poněvadž toto ustanovení předpokládá, že nárok není osvědčen d o s t a t e č n ě.

### Čís. 1970.

**Bylo-li zboží (lakové střevíce) objednáno vzhledem k počínajícímu tanečnímu období »promptně do 4 týdnů«, nejde ještě za všech okolností o obchod fixní.**

(Rozh. ze dne 7. listopadu 1922, R I 1279/22.)

Dle objednávky ze dne 22. září 1921 měl žalobce dodati žalovanému 8 párů lakových střevíců promptně do 4 týdnů. Ježto žalobce dodal střevíce až 8. listopadu 1921, ustoupil žalovaný, neposkytnav dodatečné lhůty od smlouvy. Žalobě o zaplacení kupní ceny, proti níž namítl žalovaný, že šlo o obchod fixní, procesní soud první stolice vyhověl. D ů v o d y: Soud vzhledem k vlastnímu udání strany žalované, že podzimní taneční období počalo koncem října 1921, nemá za to, že jde v tomto případě o fixní obchod, neboť nebylo nikterak prokázáno, že vule stran nesla se k tomu, že dodávka mimo ujednanou lhůtu nemá být pokládána za plnění. Není-li však míněna tato podmínka, jde o obyčejný terminový obchod, neboť okamžité promptní dodání není samo o sobě obchodem fixním. Nebyla tedy žalovaná strana oprávněna od smlouvy ustoupiti pro průtah dodávky, aniž by šetřila předpisů čl. 355 a 356 obch. zák. Žalovaná však ani netvrdí, že poskytla žalobci lhůtu k dodatečnému plnění. O d v o l a c í soud zrušil napadený rozsudek a uložil prvnímu soudu, by, vyčkaje pramoci, dále jednal a věc znovu rozhodl. D ů v o d y: v první řadě sejde v rozepři na tom, zda obchod byl fixním obchodem podle čl. 357 obch. zák., totiž, zdali smlouveno bylo plnění přesně v pevně určený čas nebo v pevně určené lhůtě, takže přesné dodržení musí být považováno za podstatný kus smlouvy do té míry, že by opožděné plnění vůbec už plněním nebylo, nýbrž bylo plněním zcela jinakým a to, mimosmluvním. Po této stránce soud první stolice uznal za prokázáno, že zboží mělo být dodáno promptně do 4 týdnů a že při objednávce bylo výslovně žalovaným řečeno, že lakové střevičky nutně potřebuje pro počínající taneční období. Dlužno proto za nesprávné právní posouzení pokládati, když soudce obchod za fixní nepovažoval, poněvadž to, co soud první stolice za prokázáno má, jest fixním obchodem. Jelikož jde o obchod fixní, musí být smluvní povinnosti stran posouzeny s hlediska předpisu čl. 357 obch. zák. Podle nich, když smlouvě věrná strana chce při fixním obchodu na plnění setrvati, musí to bez průtahu po uplynutí doby nebo lhůty k plnění opožděnému smluvníku oznámiti, jinak později plnění požadovati nemůže, nýbrž musí použiti druhých dvou alternativ.