

motivoval a neodůvodnil, ba ani netvrdil, že jest se mu obávati ohrožení pohledávky z toho, že bude pozůstalostní jmění sloučeno se jměním dědicovým. Navrhoval tedy v prvé stolici jen oddělení společenského jmění od jmění pozůstalostního, kterýžto návrh byl rekursním soudem právem zamítnut, poněvadž nevyhovuje § 812 obč. zák. Navrhuje-li nyní stěžovatel oddělení společenského jmění, pokud patří do pozůstalosti, od jmění dědičky, jde vlastně o nový návrh (nikoli jen o novotu podle § 10 nesp. říz.), který by byl musil býti učiněn již u soudu prvé stolice, by o něm mohlo býti rozhodnuto.

### Čís. 8664.

**Dal-li prodatel stornem koupě zřejmě a vážně na jevo, že nemíni plniti, není kupitel povinen poskytnouti mu dodatečnou lhůtu k plnění. Bylo-li oddalování odběru i prodlením v placení kupní ceny, byl prodatel oprávněn voliti náhradu škody místo splnění. Nárok na náhradu škody pro nesplnění nemůže uplatniti strana, porušivší smlouvu a octnuvší se v době výkonu volby v prodlení. Odmítnutí plnění po vykonané volbě není již zaviněným prodlením v dodání.**

(Rozh. ze dne 26. ledna 1929, Rv I 1073/28.)

Podle závěrečného listu měla žalobkyně dodati žalované 10 vagonů dřeva a celá dodávka měla býti vypravena tak, že budou naloženy dva vagony ihned a pak každého třetího dne jeden vagon. V těchto lhůtách byly tři vagony odesílatelkou včas naloženy, avšak k vypravení dalších sedmi vagonů následkem neshod mezi smluvníky nedošlo. Žalovaná dopisem ze dne 18. října 1926 požádala žalobkyni, od níž již tři vagony dříví došly, aby v tomto týdnu od expedování dalších vagonů ustala a aby další dodávky vypravila teprve, až bude vyrozuměna. Když pak žalovaná v dopisu ze dne 20. října 1926 pozastavila jakost jednotlivých kmenů, rozpředla se mezi stranami korespondence, v níž žalobkyně poskytla žalované k o d b ě r u (převzetí) sedmi vagonů dříví dodatečnou lhůtu končící 15. prosince 1926 a, když přes to žalovaná přijetí těchto vagonů pro krátkost dodatečné lhůty odmítla a ještě další týden bezvýsledně uplynul, připsala jí žalobkyně jménem ušlého výdělku k tíži 7.000 Kč. Žalobou, o níž tu jde, domáhala se žalobkyně na žalované zaplacení 4.721 Kč 11 h za dodané dřevo a 7.000 Kč ušlého zisku. Žalovaná namítla započtením nárok na odškodné 10.000 Kč. P r o c e s n í s o u d p r v é s t o l i c e uznal po právu zažalované pohledávky 4.721 Kč 11 h a 7.000 Kč, započtením namítanou pohledávku neuznal důvodem po právu, o d v o l a c í s o u d vyhověl odvolání žalované potud, že uznal zažalovanou pohledávku po právu jen 4.721 Kč 11 h. D ů v o d y: Prvý soud přisoudiv žalobkyni ušlý výdělek, přehlédl, že jde-li o kupitelovo prodlení v přijetí zboží, může prodatel náhradu škody tím mu vzešlé požadovati jen, šetřil-li ustanovení čl. 343 obch. zák., prodal-li neodebrané zboží veřejnou dražbou na účet kupitelův, při čemž by ušlý vý-

dělek byl vyjádřen rozpjjetím mezi dražebním výtěžkem a smluvenou prodejní cenou (čl. 354 obch. zák.). Šetřiti tohoto předpisu uloženo jest prodávateli bezvýhradně a, ježto se žalobce tak nezachoval, nýbrž dříví prodal z volné ruky firmě D., nemá nároku na náhradu ušlého výdělku, což by platilo i při obchodu fixním (čl. 357 obch. zák.) a ani stornování obchodu neposkytlo by prodávateli nárok na náhradu ušlého výdělku. Tím stávají se v tomto směru uplatňované odvolací důvody, rozpory rozsudčích důvodů se spisy, jakož i vadnost řízení, po případě nesprávné posouzení důkazů, bezpředmětnými. Pokud se týče namítané vzájemné pohledávky 10.000 Kč, uvážil odvolací soud toto: Předurčující jest otázka, jde-li o t. zv. fixní obchod, což není otázkou znaleckou, jak správně prvý soud rozpoznal, nepřipustiv tuto otázku na znalce. Soud odvolací na rozdíl od soudu procesního nepovažuje sporný obchod s dřívím za fixní, což nejlépe patrně jest z toho, že dodržení krátké dodací lhůty podle uzávěrky nebylo podstatnou složkou dodávky, an kupující odběr zboží sám odsunoval a neodebral ani ve lhůtě žalobcem prodloužené ani v další dodatečné odběrní lhůtě jednoho týdne. Poněvadž tedy kupitel na pozdějším dodání zájem měl, nebyl proň obchod fixním. Rozhodl-li se žalovaný po odklizení neshod s firmou F. přece jí dříví dále zciziti, pokud se týče dodati a proto přestal odběr dříví žalobcova odsunovati a sám na dodávce trval, mohl by požadovati náhradu za nesplnění kupní smlouvy na prodávateli jen, kdyby mu byl sám dodatečnou lhůtu k plnění udělil (čl. 356 obch. zák.), čehož však neučinil. Lhůta dodatečná byla tu podmínkou započtením namítaného odškodnění, poněvadž nešlo o obchod fixní, a kupitel reální plnění neodmítal, nýbrž naopak požadoval, kdežto z prodávatelova jednání žalovaný nemohl usuzovati, že plnění nebude, an prodávatel sám trval na odběru.

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

### D ů v o d y:

Lze dáti za pravdu dovolatelce, že není třeba poskytnouti prodávateli dodatečnou lhůtu ke splnění, když kupiteli, prohlásiv storno koupě, dal zřejmě a vážně na jevo, že plnění nemíní. Ale dovolatelka, uplatňujíc nárok na náhradu škody pro nesplnění, přehlíží, že sama byla v prodlení, následkem něhož žalobkyně vykonala právo volby žádati místo splnění náhradu škody. Volba vykonána byla žalobkyní právem. Žalovaná byla v prodlení s odběrem zboží, jež sama zavinila odpíráním jeho přijetí a dohodnutých disposic. Toto prodlení bylo i prodlením v placení kupní ceny. Jest nesporné, že žalovaná dlužila ještě nedoplatek na dříve dodané 3 vagony a kupní cena za další vagony byla splatná hned po dojití zboží po srážce 100 Kč za 1 m<sup>3</sup> na zálohu. Proto bylo oddalování odběru i prodlením v placení kupní ceny a žalobkyně mohla, poskytuvši dodatečnou lhůtu k plnění, voliti náhradu škody místo splnění. Lhůta poskytnutá skutečně (a ta rozhoduje) od 9. prosince do 22. prosince 1926 k odběru sedmi vagonů dřeva jest zcela přiměřená, takže žalobkyně vykonala volbu právem. Jest proto při řešení otázky,

zdali žalované straně přísluší nárok na náhradu škody pro nesplnění, který namítá započtením, vyjítí z volby žalobkyní platně vykonané na náhradu škody místo splnění. Takto vykonaná platná volba žalobkyně váže obě strany a vylučuje, by nárok na náhradu škody pro nesplnění mohla uplatnit také strana smlouvu porušivší a ocitnuvší se v době výkonu volby v prodlení. Nárok na náhradu škody pro nesplnění předpokládá věrnost ve smlouvě na straně toho, kdo se jí domáhá, ale nemůže ho uplatnit, kdo se ocitl v prodlení, jež neodčinil a nemohl odčinit proto, že strana smlouvě věrná vykonala již platně právo volby, žádati náhradu škody místo splnění. Odmitnutí plnění po výkonu práva volby na náhradu škody nezakládá již dovolatelkou tvrzené zaviněné prodlení v dodání. Proto nerozhoduje, zda dovolatelka po volbě odpůrkyně prohlásila, že na smlouvě trvá, zda dovolatelka mohla z chování odpůrkyně souditi, že již plniti nechce, a zda opětované prohlášení storna žalující odpůrkyní jest odepřením plnění. Odvolací soud zabýval se s nárokem na náhradu škody dovolatelky, leč, neuznav ho vůbec důvodným, nepotřeboval probíratí výši škody; proto, že tak neučinil, není odvolací řízení vadným.

#### Čís. 8665.

**Rozhodnouti o návrhu, by dovolacímu rekursu do usnesení rekursního soudu byl přiznán odkládací účinek, nepřísluší soudu rekursnímu, nýbrž soudu první stolice.**

(Rozh. ze dne 26. ledna 1929, R II 398/28.)

Žalobkyně podala u soudu první stolice žalobu o zrušení povolení exekuce podle usnesení krajského soudu, žádajíc zároveň, aby exekuce byla prozatím odložena. Tomuto návrhu bylo usnesením první stolice vyhověno. Proti tomuto usnesení byl podán rekurs žalované strany, kterému druhá stolice vyhověla a návrhu na povolení odkladu exekuce nevyhověla. Proti tomu podala žalující strana dovolací rekurs, žádajíc zároveň, by tomuto rekursu byl přiznán odkládací účinek. Tomuto návrhu soud první stolice vyhověl usnesením ze dne 9. září 1928. Rekursní soud usnesením ze dne 2. listopadu 1928 zrušil napadené usnesení ze dne 9. září 1928 jako zmatečné a nevyhověl návrhu žalobkyně. **Důvody:** Usnesení, jímž byl přiznán dovolacímu rekursu odkladný účinek, mohl vydati jen rekursní soud (§ 524 druhý odstavec c. ř. s. a § 78 ex. ř.). Vydala-li je první stolice, bylo vydáno soudem nepřislušným (§ 524 druhý odstavec c. ř. s.) a je proto zmatečným (§ 477 čís. 3 c. ř. s.). Poněvadž k zmatečnosti musí soudy vždy z úřední povinnosti přihlížeti, musela druhá stolice, k níž spisy došly, následkem dovolacího rekursu vysloviti, že je zmatečné a je zrušiti (§ 471 čís. 7, § 477 čís. 3 c. ř. s.). Vyřizujíc žádost, aby dovolacímu rekursu přiznán byl odkládací účinek, druhá stolice tuto žádost zamítla z důvodů uvedených ve svém rozhodnutí ze dne