

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	65 (1946)
Artikel:	Der Strafverhaft als Entmündigungsgrund : Art. 371 ZGB
Autor:	Specker, Karl
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896049

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 30.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Der Strafverhaft als Entmündigungsgrund*).

(Art. 371 ZGB.)

Von Dr. Karl Specker,
Sekretär der Justizdirektion Zürich.

* Unter Vormundschaft gemäß Art. 371 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) gehört jede mündige Person, die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilt worden ist. Im Verhältnis zu den übrigen Entmündigungsgründen hat der Artikel in Lehre und Rechtsprechung bisher keine große Rolle gespielt, und doch tauchen bei näherem Zusehen auch hier nicht unwichtige Fragen auf, vor allem die, ob die Vorschrift bisher richtig ausgelegt worden und ob Art. 371, inhaltlich betrachtet, infolge der Aufnahme der Beiratschaft ins schweizerische Vormundschaftssystem überhaupt rechtsbeständig geworden sei.

I. Geschichtliches.

Der unmittelbare geschichtliche Vorläufer des Art. 371 dürfte im französischen Code pénal zu suchen und zu finden sein. Art. 2 des 4. Titels des Code pénal von 1791 entzog dem zu schweren Freiheitsstrafen Verurteilten die sämtlichen bürgerlichen Rechte (bürgerlicher Tod) und gab ihm, in Anlehnung an den Curator des römischen Rechts, zur Verwaltung seines Vermögens einen Curateur. Art. 29 des Strafgesetzes von 1810 minderte die Handlungsfähigkeit des Verurteilten nur noch in vermögensrechtlicher Beziehung und bestimmte, daß der Curateur nach den für die Ernennung der Vormünder geltenden Bestimmungen zu

*) Nach einem an der Konferenz der kant. Vormundschaftsdirektoren vom 17. April 1944 in Zürich gehaltenen Vortrag.

ernennen sei. Um die Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauche des Code civil herzustellen, hat schließlich der Code pénal von 1832 den Curateur durch den «tuteur et subrogé tuteur» ersetzt. Heute gilt in Frankreich das Spezialgesetz vom 31. Mai 1854 über die Abschaffung des bürgerlichen Todes (*abolition de la mort civile*).

Infolge der strafgerichtlichen Verurteilung fiel der zu schweren Freiheitsstrafen Verurteilte, ohne daß hiefür, wie bei der Interdiction judiciaire, ein besonderer Staatsakt erforderlich gewesen wäre, kraft Gesetzes in den Zustand der Interdiction légale¹⁾. Dies war eine kriminelle Nebenstrafe (*peine accessoire et criminelle*). Die dadurch hervorgerufene formale oder rechtliche Handlungsunfähigkeit (*incapacité de droit*) war für ihn Strafe und Schutzmaßnahme zugleich. Als Schutzmaßnahme verfolgte sie einen dreifachen Zweck: man wollte für die Verwaltung des Vermögens sorgen; man wollte den Gefangenen hindern, sich mit seinem Vermögen die Haft erträglicher zu gestalten; und man wollte ihm die Bereitstellung von Mitteln zur Flucht verunmöglichen. Die Folgen der Interdiction judiciaire und die der Interdiction légale waren in vermögensrechtlicher Beziehung gleich; in persönlicher Beziehung dagegen hatte der Vormund des Strafgefangenen, wie bereits erwähnt, nichts vorzukehren und deshalb der Verehelichung, der Anerkennung eines außerehelichen Kindes, der Kindesannahme usw. nicht zuzustimmen.

Die Vorschrift des französischen Code pénal von 1791 ist wörtlich in das Peinliche Gesetzbuch der helvetischen Republik vom 1. April 1799 übergegangen und lautete dort als § 40:

«Wer immer zu einer Strafe, sei es der Ketten, des Zuchts oder Stockhauses oder der Einsperrung verurteilt wird, kann nebst dem Verlust der im vorigen Artikel bestimmten Rechte während der Dauer der Strafe durch sich selbst

¹⁾ Vgl. «Interdiction légale» in Pandectes françaises 36 (1901), 779 ff., sowie «Peine» in Dalloz' Répertoire pratique 8 (1920), 735 Nr. 377 ff.

kein bürgerliches Recht ausüben, er wird gesetzlich ver-
rufen, und es wird ihm ein Sachwalter für die Besorgung
und Verwaltung seiner Güter ernannt.»

Nach der Beseitigung des schweizerischen Einheitsstaates durch die Vermittlungsakte im Jahre 1803 und der Wiederherstellung der kantonalen Strafhoheit ist die Vorschrift des § 40 des Peinlichen Gesetzbuches mit dem Gesetze selbst zwar formell dahingefallen, ihr Inhalt ist aber von den späteren kantonalen Strafgesetzbüchern übernommen worden. So hatten die Ketten- und Zuchthausstrafe gemäß den §§ 8 und 13 des zürcherischen Strafgesetzbuches vom 24. September 1835²⁾), um nur dieses Gesetz zu erwähnen, entsprechend dem § 39 des Peinlichen Gesetzbuches, den Verlust des Aktivbürgerrechts und, während der Dauer der Strafe, entsprechend dem § 40, die Unfähigkeit zu allen Rechtsgeschäften und damit die Bevogtigung zur Folge.

2. Als die schweizerischen Kantone ihr Privatrecht kodifizierten, übernahmen sie diesen Entmündigungsgrund in sehr verschiedener Art und Weise. Gemäß dem zürcherischen Gesetze betreffend die Vormundschaft vom 21. Juni 1841³⁾) gehörten die zu Ketten- oder Zuchthausstrafe verurteilten Personen «unter die ordentliche Vormundschaft (Vogtschaft, Tutel) des Staates» (§ 1, lit. c), eine Bestimmung, die später als § 317, lit. a, oder als § 730, lit. c, im zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuch von 1853 oder 1887 wieder auftaucht. Die Vormundschaft im Sinne dieser Gesetzesbestimmung war gesetzliche Folge und Nebenstrafe der entehrenden Zuchthausstrafe und damit nichts anderes als die alte Interdiction légale des französischen Code pénal und des Peinlichen Gesetzbuches der Helvetik. Dieser Zustand dauerte sicherlich bis zum 31. Dezember

²⁾ Off. Ges. Sammlung 4 (1835), 43. Die Interdiction légale taucht im zürcher. Recht erstmals im Beschuß des Kleinen Rates vom 18. Februar 1812 betreffend die an Ehren schändenden Strafen (Offiz. Ges. Sammlung 5, 1813, 262) auf.

³⁾ Off. Ges. Sammlung 6 (1840), 193.

1911, das heißt bis zum Inkrafttreten des ZGB; ob er noch länger anhielt, war für den Kanton Zürich, wo nur die auf jeden Fall einjährige Zuchthausstrafe zur Entmündigung führte, praktisch belanglos, während die Frage in Kantonen, wo die Vormundschaft auch bei Verurteilung zu weniger als einem Jahre Freiheitsstrafe einzutreten hatte, bedeutsam blieb. War die Entmündigung in diesen Kantonen Nebenstrafe, wie es zum Beispiel heute die Entziehung der elterlichen Gewalt gemäß Art. 53 StGB ist, so ließ sich angesichts des Art. 6 ZGB, der die öffentlich-rechtlichen und damit auch die Strafbefugnisse der Kantone nicht anstalten wollte, kaum mit Grund behaupten, Art. 371 habe als Bundesrecht das kantonale Strafrecht außer Kraft gesetzt. Auch die Begründung, der Bund habe mit Art. 371 ZGB Strafrecht geschaffen⁴⁾, dürfte unzutreffend sein. Sei dem aber wie immer, heute, nach dem Inkrafttreten des Schweizerischen StGB, ist die Frage ohne Zweifel gegenstandslos.

3. Wie die Schweiz, so übernahmen auch andere Länder diese «Errungenschaft» der Französischen Revolution. Die Interdiction légale kannten und kennen teilweise heute noch Italien (Art. 32 Codice penale von 1930⁵⁾), Österreich (279 ABGB), Belgien, Spanien, Portugal, England, Rußland und die Türkei. Von unseren Nachbarstaaten hat Österreich diese Einrichtung wieder abgeschafft; gemäß § 276 des österreichischen ABGB und ebenso gemäß § 1911, Abs. 2, des deutschen BGB wird, falls eine Rechtshandlung außerhalb der Strafanstalt vorgenommen werden muß und kein Sachwalter vorhanden ist, ein bloßer Abwesenheitspfleger bestellt.

4. Das auf Grund der Bundesverfassung von 1874 eingangene Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 über die persön-

⁴⁾ So E. Zürcher, Strafrecht und Zivilgesetzbuch, SZSt 24 (1911), 348/49.

⁵⁾ Raccolta Ufficiale delle Leggi e dei Decreti del Regno d'Italia, 1930 VI 5936. Über die Interdizione legale vgl. d'Amelio, Nuovo Digesto Italiano XII 2a (1940), «Tutela», Zif. 19 f., S. 595 f.

liche Handlungsfähigkeit gestattete den Kantonen, die zu einer Freiheitsstrafe verurteilten Personen zu entmündigen (Art. 8, Ziff. 3), und ermöglichte ihnen auf diese Weise die Beibehaltung ihres bisherigen Rechtszustandes und damit der Rechtszersplitterung.

5. Die Regelung des Art. 371 war bereits im Vorentwurf von 1900 (Art. 398) und nachher im Entwurfe von 1904 (Art. 380) vorgesehen. Nach den Darlegungen Eugen Hubers in der großen Expertenkommission (Prot. 2, 10) sollte eine Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr keine Entmündigung, sondern nötigenfalls nur eine Verbeiständigung zur Folge haben. Ausdrücklich hat der Gesetzesredaktor hervorgehoben, daß die Entmündigung als solche im Sinne des Gesetzes nicht entehrender Natur sei und nur ein Schutzbedürfnis befriedigen wolle, wobei er allerdings stillschweigend unterstellte, ein derartiges Schutzbedürfnis sei im Falle der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber immer vorhanden.

6. Auf den Antrag seiner Kommission hin hat der Nationalrat den Entwurf stillschweigend abgeändert und die Entmündigung nur für den Fall beschlossen, daß die Strafgefangenen «ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen» (Entwurf Art. 380, Abs. 1)⁶⁾. Damit wären die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilten Personen, für die nichts zu besorgen gewesen wäre, der Entmündigung entgangen; anderseits hätten allerdings auch Personen mit Freiheitsstrafen von weniger als einem Jahr entmündigt werden müssen.

Diesen letzteren Umstand nahm der ständeräliche Referent⁷⁾ zum Anlaß, die vom Nationalrat beschlossene Änderung und Verbesserung des Entwurfes zu Fall zu bringen. Er machte geltend, bei kurzfristigen Freiheitsstrafen sei die Entmündigung abzulehnen, weil die Gemeindebehörden eine solche Vormundschaft benützen könnten, um sich ohne zwingende Gründe Einblick in das (nicht-

⁶⁾ Sten.Bull. 15 (1905), 1245.

⁷⁾ Sten.Bull. 16 (1906), 59/60.

versteuerte?) Vermögen des Betroffenen zu verschaffen. Diese Folge der vom Nationalrat beschlossenen Änderung hätte sich selbstverständlich durch Wiederaufnahme des formellen Erfordernisses der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber und durch dessen Verkoppelung mit dem materiellen Erfordernis der Schutzbedürftigkeit nach Vorschlag des Nationalrates vermeiden lassen. Der Ständerat folgte dem Antrage seines Referenten, und der Nationalrat gab unter Zustimmung Eugen Hubers⁸⁾ die gute Sache stillschweigend preis.

II. Kritische Würdigung

1. Verfehlt ist zunächst der Wortlaut des Art. 371. Wäre jeder zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber Verurteilte zu entmündigen, so wäre auch zu entmündigen, wer bedingt verurteilt, wer begnadigt ist oder die Strafe wegen Erkrankung usw. nicht verbüßen muß. Das ist aber nicht die Meinung des Gesetzes und auch nicht vormundschaftliche Praxis. Entmündigt wird nur, wer den Strafverhaft angetreten hat. Gemäß Art. 371, Abs. 2, hat die Strafvollzugsbehörde erst nach Antritt der Strafe den zuständigen vormundschaftlichen Behörden Mitteilung zu machen. Tritt daher der Verurteilte die Strafe nicht an, so wird er nicht entmündigt, und aus diesem Grunde darf gemäß einem Entscheide des Bundesgerichtes, abgedruckt in der Amtlichen Sammlung (BGE 62 II 69), erst nach Antritt der Strafe entmündigt werden. Grund der Entmündigung ist nicht die Verurteilung, sondern die Haft (Erläuterungen² 1, 293). Dementsprechend sollte der Artikel richtigerweise lauten: «Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die infolge Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe eine Haft von einem Jahr oder darüber angetreten hat.»

2. Verfehlt ist auch der Inhalt des Art. 371. Nach dem von uns richtiggestellten Wortlaut des Gesetzes ist jeder zu entmündigen, der einen Strafverhaft von einem

⁸⁾ Sten.Bull. 17 (1907), 283, 288.

Jahr oder darüber zu verbüßen hat. Ob für den Gefangenen etwas zu besorgen sei oder nicht, ist nicht entscheidend, oder, genauer gesprochen, es wird die nicht entkräftbare Vermutung aufgestellt, für jeden derartigen Gefangenen sei etwas zu besorgen. Es handelt sich also um eine von den Gegebenheiten des Einzelfalles «losgelöste» oder absolute und nicht um eine der jeweiligen Sachlage angepaßte («rückbezügliche» oder relative) Norm. Derartige Normen können vom Standpunkte des richtigen Rechts aus richtig, sie können aber auch falsch sein. Und Art. 371 ist eine falsche Norm.

Wenn Art. 371 die Entmündigung dessen verlangt, der einen Strafverhaft von einem Jahr oder darüber zu verbüßen hat, knüpft er die Beeinträchtigung der Persönlichkeit, die im Entzuge der Handlungsfähigkeit liegt, an eine Zeitbestimmung. Jede Zeitbestimmung schablonisiert und muß schablonisieren. Schablonenhaft ist allerdings auch die Erreichung der Altersmündigkeit festgelegt. Sie tritt gemäß Art. 14, Abs. 1, ZGB mit der Vollendung des 20. Lebensjahres ein. Schlechthin ideal ist auch diese Lösung nicht; sonst könnte das ZGB das Rechtsgebilde der Mündigerklärung (Art. 15) nicht. Schon die römischen Juristen stritten sich darüber, ob auf die Umstände des Einzelfalles (Erreichung der individuellen Geschlechtsreife) oder auf ein bestimmtes Lebensalter abzustellen sei. Im Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit siegte zutreffend die formalistische Lösung, und man ließ die Mündigkeit mit der Erreichung eines bestimmten Lebensjahres eintreten. Hätte die Entmündigung wegen Strafverhalts das Geringste mit der Verkehrs- oder Rechtssicherheit zu tun, so ließe sich die Regelung des Art. 371 verstehen oder doch entschuldigen. Sie hat aber damit nichts zu tun, und Max Rümelin bezeichnet sie deshalb zutreffend als eine «nicht genügend begründete Härte»⁹⁾.

Mit Grund wird die Handlungsfähigkeit den Unmündigen vorenthalten oder Geisteskranken, Lasterhaften und

⁹⁾ M. Rümelin, Das neue schweiz. ZGB und seine Bedeutung für uns. Tübingen 1908. 10.

dergleichen wieder entzogen, weil sie für alle diese in geistiger oder sittlicher Beziehung anormalen Personen erhebliche Gefahren in sich schlöße oder schließt. Diese Fähigkeit aber auch dem Strafgefangenen, der als solcher, weil vollkommen urteilsfähig, in keiner Art und Weise schutzbedürftig ist, zu entziehen, erscheint als sinn- und zwecklos. Eine Rechtsnorm indessen, die keinem vernünftigen Zwecke dient, hat keine Daseinsberechtigung, und eine gesetzliche Vorschrift, welche, um einen zwar berechtigten Zweck zu verwirklichen, stärker in die Rechte des Einzelnen eingreift, als notwendig ist, hat ihren Zweck ebenfalls verfehlt. Wer in einer dringenden Angelegenheit infolge Krankheit, Abwesenheit oder dergleichen weder selbst handeln noch einen Vertreter bezeichnen kann, ist schutzbedürftig; die Art. 392 und 393 ZGB sehen deshalb zwar die Errichtung einer Beistandschaft, aber keine Entmündigung vor. Wendet man diese Grundsätze auf den Strafgefangenen an, so ist auch er weder zu entmündigen noch zu verbeiraten, sondern höchstens zu verbeiständen. Kann er einen Vertreter bestellen, so erübrigt sich jeder vormundschaftliche Schutz nach dem Grundsatze, daß das Recht sich aller unnötigen Schritte enthält. Das ist auch die Regelung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches und des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, die für den Strafgefangenen höchstens einen Abwesenheitspfleger vorsehen. Ein praktisches Bedürfnis nach mehr besteht nicht.

Wären Entmündigung und Vormundschaft für den Betroffenen nur von Vorteil, so ließe sich vom Standpunkte des Strafgefangenen aus hiegegen nichts einwenden. Dem ist aber nicht so. Wer entmündigt ist, entbehrt nach kantonalem und eidgenössischem Recht wichtiger öffentlicher und privater Rechte. Er kann zum Beispiel weder wählen noch gewählt werden, weder Trau- noch Testamentszeuge sein; er kann allein weder adoptieren, noch sich einbürgern usw. (Art. 422 ZGB).

3. Mit der Beendigung der Haft hört die Vormundschaft über den Strafgefangenen auf (Art. 432, Abs. 1, ZGB).

Diese Lösung ist richtig, und wenn die Kriminalisten¹⁰⁾ sie für verfehlt ansehen, weil die vormundschaftliche Fürsorge gerade in dem Augenblick aufhöre, in welchem sie am notwendigsten wäre, so mag dies von ihrem Standpunkt aus richtig sein, ist aber, privatrechtlich gesehen, falsch. Grund der Entmündigung ist die Haft, und deshalb hat die Vormundschaft mit Beendigung der Haft auch wieder aufzuhören. Die zeitweilige oder bedingte Entlassung hebt gemäß Art. 432, Abs. 2, ZGB die Vormundschaft nicht auf. Diese Regelung enthebt die vormundschaftlichen Behörden im Falle der Wiedereinberufung des bedingt Entlassenen zwar einer neuen Entmündigung und Bevormundung, und sie ist aus diesem Grunde verständlich; unrichtig ist diese Lösung aber insofern, als mit dem Wegfall der Haft, sei die bedingte Entlassung aufschiebend oder auflösend bedingte Strafbefreiung, der Grund der Entmündigung dahingefallen ist. Auch die französische Theorie zweifelt die Richtigkeit der Lösung an, wonach die Vormundschaft nach der bedingten Entlassung weiterdauern soll¹¹⁾). Richtiger wäre es, während der Dauer der vorzeitigen oder bedingten Entlassung die Rechtsfolgen der Entmündigung ruhen zu lassen, sei es überhaupt, sei es wenigstens nach außen hin. Derartige Ruhezustände sind dem Recht auch sonst bekannt: so ruht unter gewissen Voraussetzungen die begonnene Verjährung (vgl. Art. 134 Obligationenrecht). Ist die Entmündigung im Zeitpunkt der Haftbeendigung noch nicht veröffentlicht, was in der Regel der Fall sein dürfte, so kommt es praktisch immer zu einem derartigen Ruhen der Entmündigung; denn keine Vormundschaftsbehörde dürfte, obwohl sie hiezu von Gesetzes wegen verpflichtet ist, gerade in dem Zeitpunkt, in welchem der Bevormundete aus der Haft entlassen wird und unter Umständen an die Gründung einer neuen Existenz herantritt, zur Veröffentlichung schreiten. Die nichtveröffentlichte Vormundschaft besteht aber prak-

¹⁰⁾ So E. Zürcher, SZSt 24 (1911), 349.

¹¹⁾ Dalloz, Répertoire pratique 8 (1920), «Peine» Nr. 378 unter Hinweis auf dort zitierten Le Poittevin.

tisch nicht, weil sie gutgläubigen Dritten nicht entgegen gehalten werden kann (Art. 375, Abs. 3, ZGB). Oder mit andern Worten, geht der bedingt Entlassene selbständig Verpflichtungen ein, so haftet er auch ohne die Einwilligung des Vormundes. Das ist ein Gebot der Verkehrs- und Rechtssicherheit. Sollte es richtig sein, daß der Entlassene durch das Weiterbestehen der Vormundschaft einen festen Halt gewinnt, so läßt sich dies, falls darauf privatrechtlich etwas ankommen sollte, auch bei einem Ruhen der Vormundschaft erreichen; der Vormund ist ja weiter da und kann schon dadurch den Entlassenen wohltätig beeinflussen; sollte aber die Vormundschaft im Ruhestand weniger wirksam sein, so mag das Strafrecht für wirksamere Maßnahmen sorgen, und es hat hiefür durch StGB 38, Ziff. 2, wonach der bedingt Entlassene während der Probezeit unter Schutzaufsicht gestellt werden kann, bereits gesorgt^{11a)}). Hat der Richter gemäß Art. 41 StGB den Vollzug der Gefängnisstrafe aufgeschoben und den Verurteilten unter Schutzaufsicht gestellt, so kommt es ebenfalls zu keiner Entmündigung.

III. Praktische Folgerungen.

1. Nicht die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, sondern die sich anschließende Haft und die damit (angeblich) verbundene Unmöglichkeit zur Selbstbesorgung seiner Angelegenheiten sind der Grund der Entmündigung des Strafgefangenen. Daraus folgt, daß Personen, die zwar zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilt sind, aber infolge Anrechnung der Untersuchungshaft oder aus andern Gründen von vornherein kein volles Jahr Freiheitsstrafe zu verbüßen haben, gemäß Art. 371 auch nicht zu entmündigen sind und nicht entmündigt werden dürfen¹²⁾.

^{11a)} Mit Grund läßt sich die These vertreten, StGB 38, Zif. 2, habe ZGB 432 II aufgehoben.

¹²⁾ Just.Dir. Zürich, Verf. Nr. 601 vom 6. April 1944 i. S. Büchi.

In der Lehre¹³⁾ wird zwar der gegenteilige Standpunkt vertreten, und man beruft sich hiefür auf den (unmaßgeblichen) Wortlaut des Gesetzes. Zutreffend ist von der Entmündigung auch abgesehen worden, wenn die Vormundschaft, zum Beispiel wegen verspäteter Benachrichtigung der Entmündigungsbehörde, kein volles Jahr mehr dauern könnte¹⁴⁾.

2. Ist für den, der eine Haft von einem Jahr oder darüber zu verbüßen hat, nichts zu besorgen, oder kann er seine Angelegenheiten selber wahrnehmen, so ist er nicht zu entmündigen: Art. 371 ist in diesem Falle einschränkend auszulegen. Das ist nur eine Anwendung des Grundsatzes, wonach jede Rechtsnorm, die im Einzelfall keinem vernünftigen Zwecke dient, als auf diesen Fall nicht anwendbar entfällt. Ausdrücklich sagt das Gesetz dies nicht, wenigstens nicht in Art. 371, doch liegt dieser Grundsatz den Art. 369 und 370 zugrunde und steckt ganz allgemein im Verbote des ZGB 2 II, das für die Ausübung der sowohl dem Privaten als auch dem Staate zustehenden Rechte gilt, weshalb die Behörde, die einen Gefangenen entmündigt, der seine Interessen selber wahren kann, ohne Recht und damit rechtswidrig handelt.

3. Das am 1. Januar 1942 in Kraft getretene Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB) ermächtigt den Richter, vielfach Rückfällige, Liederliche und Arbeitsscheue sowie Gewohnheitstrinker, die er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt hat, «an Stelle der ausgesprochenen Freiheitsstrafe» (Art. 42) oder unter Aufschiebung des Strafvollzuges (Art. 43/44) für unbestimmte Zeit in eine Verwahrungs-, Arbeits-erziehungs- oder Trinkerheilanstalt einzuweisen. Der Aufenthalt in der Verwahrung dauert mindestens drei Jahre, der in der Arbeitserziehung mindestens ein Jahr, und der in der Trinkerheilanstalt, wofür das Gesetz keine Mindestdauer vorsieht, wird aus praktischen Gründen, wegen der Unmöglichkeit, früher einen Heilerfolg erzielen zu können,

¹³⁾ J. Kaufmann, Komm. 2. A. zu Art. 371, N. 5.

¹⁴⁾ Just.Dir. Zürich, Wegl. Nr. 2021 vom 30. Juni 1944 i. S. Utzinger.

ebenfalls mindestens ein Jahr dauern müssen. In allen diesen Fällen kommt es somit zu einer Freiheitsentziehung von einem Jahr oder darüber, und aus diesem Grunde fragt es sich, ob derartige, vom Richter eingewiesene Personen ebenfalls gemäß Art. 371 zu entmündigen und im Anschluß daran zu bevormunden seien.

Die nämliche Frage hat sich für die von den Verwaltungsbehörden eingewiesenen Personen schon bald nach dem Inkrafttreten des ZGB gestellt. Zürich¹⁵⁾ hat es abgelehnt, Art. 371 auf derartige Personen anzuwenden, mit der Begründung, unter Freiheitsstrafe im Sinne des Art. 371 sei nur die kriminelle Strafe, also die Zuchthaus-, Arbeitshaus- und Gefängnisstrafe, nicht aber die administrativ angeordnete Freiheitsentziehung verstanden. Der Wortlaut des Art. 371 und der Umstand, daß diese Wegleitung im Jahre 1913, also kurz nach dem Inkrafttreten des ZGB und damit zu einer Zeit ergangen ist, wo man sich naturgemäß mehr an den Wortlaut als an den Sinn des Gesetzes hielt, lassen den eingenommenen Standpunkt verständlich erscheinen. Den Kern der Sache traf aber diese Argumentation nicht. Richtiger wäre es gewesen, den Zweck des Art. 371 festzustellen und im Anschlusse daran zu prüfen, ob die Vorschrift auf administrativ eingewiesene Personen entsprechend anzuwenden sei. Dies ist nicht geschehen. Weitere Kantone schlossen sich dem zürcherischen Standpunkt an, und auch die Theorie nahm teilweise die nämliche Haltung ein. Aargau hat im Jahre 1936, entgegen dem Wortlalte des Gesetzes, den Art. 371 auch im Falle der Verurteilung zu einer Geldstrafe, die in der Folge wegen Unerhältlichkeit in eine Strafe von einem Jahr Gefängnis umgewandelt worden war, angewandt¹⁶⁾.

Nach seinem Wortlaut ist Art. 371 auf Personen, welche der Richter an Stelle der Freiheitsstrafe in eine Verwah-

¹⁵⁾ Just.Dir. Zürich, Wegl. vom 3. Mai 1913, Rech.Ber. RegR 1913, 632, Nr. 20 = SJZ 11 (1914/15) 172, Nr. 124.

¹⁶⁾ Just.Dir. Aargau 3. Oktober 1936, Rech.Ber. 1936 = SJZ 33 (1936/37), 135, Nr. 93.

rungsanstalt oder unter vorläufigem Aufschub der Freiheitsstrafe in eine Arbeitserziehungs- oder Trinkerheilanstalt eingewiesen hat, nicht anwendbar. Das zeitliche Erfordernis, die Freiheitsentziehung von einem Jahr oder darüber, ist zwar vorhanden, dagegen ist die persönliche Bewegungsfreiheit dieser Personen nicht infolge krimineller Verurteilung und sich anschließenden Strafverhaftes, sondern infolge einer richterlichen oder administrativen Sicherungs- oder Besserungsmaßnahme beschränkt. Weil aber nicht die Verurteilung und die Abbüßung einer Freiheitsstrafe, sondern die Unmöglichkeit der Selbstbesorgung der eigenen Angelegenheiten und die dadurch hervorgerufene Schutzbedürftigkeit der Grund der Entmündigung sind, diese Voraussetzungen aber gleicherweise auch bei den richterlich oder administrativ eingewiesenen Personen vorliegen können, so dürften diese, falls sie wirklich schutzbedürftig sind, entsprechend zu entmündigen sein, vorausgesetzt, daß eine analoge Anwendung des Art. 371 auf derartige Personen statthaft ist.

Grundsätzlich dürfen alle gesetzlichen Vorschriften analog angewendet werden. Von diesem Rechte macht die Praxis im Falle des Art. 369 ausgiebigen Gebrauch, indem sie auch die Personen entmündigt, welche zwar nicht geisteskrank und nicht geistesschwach sind, deren Geisteszustand aber praktisch, das heißt in seinen Auswirkungen im Leben, entsprechend dem der Geisteskranken oder Geistesschwachen, den Schutz und Beistand eines Vormundes erfordert. Aus diesem Gesichtswinkel spricht deshalb nichts dagegen, auch Art. 371 analog anzuwenden, wenn und soweit richterlich oder administrativ eingewiesene Personen infolge der dadurch beschränkten Bewegungsfreiheit ihre Angelegenheiten nicht mehr besorgen können.

Diese Voraussetzung liegt indessen nach den früheren Darlegungen beim richterlich oder administrativ Eingewiesenen als solchem ebenso wenig als beim Strafgefangenen vor. Gerade dies ist ja der Grund, weshalb wir Art. 371 nur im Fall eines wirklich vorhandenen Schutzbedürfnisses an-

wenden möchten. Sollte es allerdings richtig sein, wie die aargauische Praxis¹⁷⁾ angenommen hat, daß zwar derjenige, welcher in eine Verwahrungsanstalt eingewiesen ist, seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag, wohl aber derjenige, welcher in einer Arbeitserziehungs- oder Trinkerheilanstalt untergebracht ist, weil die Kontrolle in diesen letztern Anstalten weniger streng sei als in der Verwahrungsanstalt, so wären zwar die Insassen der Verwahrungs-, nicht aber die der Arbeitserziehungs- oder Trinkerheilanstalt gemäß Art. 371 zu entmündigen.

Die Anwendung des Art. 371 auf richterlich oder administrativ in Verwahrungs-, Arbeitserziehungs- oder Trinkerheilanstalten eingewiesene Personen widerspricht aber einem der fundamentalsten Grundsätze der Rechtsordnung. Nach allgemeiner und richtiger Ansicht sind unheilvolle Normen streng auszulegen, und sie dürfen deshalb nicht analog angewendet werden (*odiosa restringenda*). Dies gilt nicht nur für die Individualvorschriften, wie Art. 371, das heißt für Vorschriften, die bloß für einzelne Personenklassen gelten, sondern auch für Normen von ganz allgemeiner Tragweite¹⁸⁾. Gegen die Idee des Rechts verstößt der Richter, der zwar kraft positiver Rechtsvorschrift jemanden ungerecht behandeln muß, aber lediglich der Gleichheit willen einen andern, den die Vorschrift nicht ins Auge faßt, ebenfalls ungerecht anfaßt. «Hat dér Gesetzgeber einen Fehler gemacht, so tut der Richter dem Staat einen schlechten Dienst, wenn er sich beeilt, ihn zu verdoppeln¹⁹⁾». Man kann geteilter Ansicht sein darüber, ob Art. 371 eine ungerechte Norm darstelle oder nicht; kein Zweifel kann aber darüber bestehen, daß sie unbillig und zu hart ist, wenn auch der

¹⁷⁾ Just.Dir. Aargau 7. Januar 1942, Rech.Ber. 1943, 25/26.

¹⁸⁾ Viel zu weitgehend § 15 Entw. eines BGB für das Königreich Sachsen, der die analoge Rechtsanwendung bei «Einschränkungen der natürlichen Freiheit der Person» schlechthin ausschließen wollte. Bei einer entsprechenden Vorschrift des ZGB wäre auch eine analoge Anwendung von Art. 369 unmöglich.

¹⁹⁾ H. Reichel, Gesetz und Richterspruch. Zürich 1915, 105.

entmündigt werden muß, für den nichts zu besorgen ist oder der seine Interessen selber wahren oder doch einen Bevollmächtigten ernennen könnte. Nach Franz Zeiller, dem das österreichische ABGB seinen systematischen Aufbau und die philosophische Durcharbeitung im Sinne Kants verdankt, ist es eine erste Forderung der Gerechtigkeit, daß kein Gesetz die Freiheit der Bürger ohne Not beschränkt. «Der Gesetzgeber sei zwar der Vater seiner Untertanen, die Schwächeren vor dem Übermute der Mächtigen sicherzustellen; aber vollbürtige Kinder dürfen nicht am Gängelbande geführt werden.²⁰⁾» Ein derart vollbürtiges Kind ist betreffs seiner Handlungsfähigkeit sowohl der im Strafverhaft als auch der in Verwahrung oder in einer Arbeitserziehungs- oder Trinkerheilanstalt Weilende, selbst wenn er dort ein Jahr oder darüber zu verbringen hat. Schon aus diesem Grunde dürfen derartige Personen nicht gemäß Art. 371 entmündigt werden.

Hiezu kommt ein Weiteres. Im Verhältnis zu Art. 369/370 ist der Art. 371, genau wie der Art. 370 im Verhältnis zu Art. 369, nur ein behelfsmäßiger (subsidiärer) Entmündigungsgrund. Liegen die Voraussetzungen des Art. 369/370 vor, so muß gemäß Art. 369/370, und es darf nicht gemäß Art. 371 entmündigt werden. Dies deshalb nicht, weil die Entmündigung gemäß Art. 371 mit der endgültigen Beendigung des Strafverhaftes ohne weiteres dahinfällt, während der ehemalige Strafgefangene infolge seiner Geisteskrankheit, seines lasterhaften Lebenswandels usw. selbstverständlich nach wie vor schutzbedürftig bleibt. Sodann soll mit der Entmündigung gemäß Art. 369/370 nicht bis nach Erstehung des Strafverhaftes zugewartet und dieser Schritt erst in dem Augenblick unternommen werden, in welchem der Strafgefangene wieder in den Genuß seiner Freiheit gelangt, einmal um den zuständigen Behörden die dadurch entstehende Doppelarbeit der Entmündigung gemäß Art. 371 und hernach gemäß Art. 369/70 zu ersparen,

²⁰⁾ Vortrag vom 21. Dezember 1801, zit. bei Hrch. Klang, Komm. ABGB 1 (1927), 13.

und sodann, weil der Strafgefangene unmittelbar nach Antritt des Strafverhaftes sich erfahrungsgemäß und aus leicht begreiflichen Gründen mit der Entmündigung eher abfindet als im Zeitpunkt der Beendigung des Strafverhaftes. Die erst in diesem Augenblick einsetzende Entmündigung stellt für ihn ein viel größeres Übel dar, weil sie in einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem er wieder in die menschliche Gesellschaft aufgenommen wird und sich unter Umständen eine neue Existenz gründen muß.

Hat der Strafrichter einen vielfach Rückfälligen in die Verwahrungsanstalt eingewiesen, so dürften in der Regel auch die Voraussetzungen zur Entmündigung im Sinne des Art. 370 wegen lasterhaften Lebenswandels vorliegen. Nach der Praxis des Bundesgerichtes (BEG 69 IV 100) darf nicht schon verwahrt werden, wer zahlreiche Verbrechen oder Vergehen begangen, sondern nur, wer auch zahlreiche Freiheitsstrafen verbüßt hat. Darin liegt eine Erschwerung der für die Einweisung in die Verwahrungsanstalt erforderlichen Voraussetzungen und zugleich eine erhöhte Gewähr für das Vorhandensein des Entmündigungsgrundes im Sinne des Art. 370. Müssen Liederliche oder Arbeitsscheue in der Arbeitserziehungsanstalt oder Gewohnheitstrinker in der Trinkerheilanstalt untergebracht werden, so dürften bei diesen Personen in der Regel auch die Voraussetzungen zur Entmündigung im Sinne des Art. 370 gegeben sein. Kommt es aber zur pflichtgemäßen Entmündigung auf Grund von Art. 370 oder 369 — oder sollte es wenigstens dazu kommen —, so erübrigt sich die analoge Anwendung des Art. 371 wegen seiner bloß subsidiären Natur.

IV. Zur Rechtsbeständigkeit des Art. 371.

In der elften Stunde der parlamentarischen Beratung des Entwurfes zu einem ZGB haben die eidgenössischen Räte der Vorlage das ursprünglich nicht vorgesehene Gebilde der Beiratschaft einverleibt, sehr entgegen dem Rate des Gesetzesredaktors, Eugen Huber, und dem des zweiten

nationalrätslichen Referenten, Virgile Rossel, die beide zutreffend darauf hinwiesen, daß die neue Rechtsfigur das ganze Vormundschaftssystem des ZGB erschüttere und weitere Änderungen erfordere. Die geäußerten Bedenken verhallten ungehört; die eidgenössischen Räte aber bemühten sich nicht, die dadurch ins Vormundschaftsrecht getragenen Unstimmigkeiten zu beheben. An der nötigen Klarheit fehlt es vor allem darüber, wann zu entmündigen und wann bloß zu verbeiraten ist.

Die Rechtsfolgen der beiden Figuren allerdings sind gegeneinander klar abgegrenzt. Die Entmündigung entzieht grundsätzlich, das heißt vorbehältlich der der Person um ihrer Persönlichkeit willen zustehenden Rechte (Art. 19, Abs. 2, ZGB), die Handlungsfähigkeit, während die Verbeiratung die Handlungsfähigkeit bloß beschränkt. Und diese Beschränkung ist verschieden, je nachdem es sich um die Verbeiratung gemäß Abs. 1 (Mitwirkungsbeiratschaft) oder gemäß Abs. 2 (Verwaltungsbeiratschaft) oder um die Verkopplung beider handelt. Der unter einem Mitwirkungsbeirat Stehende kann über alle seine Vermögenswerte, das heißt über ihre Substanz und Erträge, durch die in den Art. 395, Abs. 1, Ziff. 1—9, aufgezählten Rechtsgeschäfte nicht mehr selbständig verfügen; es bedarf hiezu der Mitwirkung seines Beirates; wer dagegen unter Verwaltungsbeiratschaft steht, kann über die Substanz seines Vermögens überhaupt nicht mehr verfügen, weder durch eines der in den Ziff. 1—9 erwähnten noch durch eines der dort nicht erwähnten Rechtsgeschäfte, dagegen wohl über die Vermögenserträge, und zwar sowohl durch die in den Ziff. 1—9 genannten als auch durch die dort nicht genannten Rechtsgeschäfte. Abs. 1 des Art. 395 beschränkt somit die Handlungsfähigkeit in Ansehung der Art der Verfügung, Abs. 2 dagegen in Ansehung des Gegenstandes der Verfügung. Werden beide Absätze miteinander verbunden, so kann der also Verbeiratete infolge der noch weitergehenden Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit auch über die Erträge seines Vermögens durch die in den Ziff. 1—9 erwähnten

Rechtsgeschäfte nur noch gesamthänderisch mit seinem Beirate verfügen, während er über seine Vermögenserträge nisse durch die nicht unter die Ziff. 1—9 fallenden Verfügungarten noch allein zu verfügen berechtigt ist und in dieser Beziehung somit voll handlungsfähig bleibt.

Erst nachdem über die Rechtsfolgen der Verbeiratung Klarheit besteht, können auch die Voraussetzungen der Entmündigung und der Beschränkung der Handlungsfähigkeit gegeneinander abgegrenzt werden. Um diese Aufgabe mit Erfolg durchzuführen, müssen wir uns zunächst auf die zu befolgende Methode besinnen. Dies deshalb, weil die Art. 369—372, genauer die diesen Normen entsprechenden Vorschriften der Art. 378 bis 381 des Entwurfes, ungetacht der Aufnahme der Beiratschaft ins System, mit ihrem unveränderten Wortlaut ins Gesetz eingegangen sind.

Zeitlich gesehen, sind die Art. 369—372 gleichzeitig mit Art. 395 objektives Recht geworden und in Kraft getreten, sofern und soweit die Art. 369—372 materiell überhaupt rechtsbeständig geworden sind. Aus dem Gesichtswinkel des größeren oder geringeren Alters der Art. 369—372 einer- und des Art. 395 anderseits heraus lässt sich somit für die richtige Beurteilung der beidseitigen Voraussetzungen nichts herleiten. Deshalb müssen wir, allerdings nur im Sinne einer Arbeitshypothese, annehmen, der Art. 395 sei erst später, gewissermaßen als Novelle, Gesetzesbestandteil geworden und somit das jüngere Gesetz. Als solches hat er nach dem Grundsätze «lex posterior derogat priori» die Vorschriften der Art. 369—372, sofern und soweit diese etwas anderes anordnen als er selbst, aufgehoben und damit in ihrer Tragweite eingeschränkt.

Ist diese Arbeitshypothese gerechtfertigt — sie ist es ohne weiteres, weil mit der Aufnahme der Beiratschaft ins System die Entmündigung gemildert werden wollte und gemildert worden ist — so ist, um das Anwendungsgebiet der Art. 369—372 einer- und das des Art. 395 anderseits richtig abzustecken, nicht von Art. 369—372 als dem «ältern», sondern von Art. 395 als dem «jüngern» Gesetz auszugehen.

Art. 395 fordert für die Verbeiratung das Vorliegen zweier materieller Erfordernisse: einerseits muß ein Schutzbedürfnis vorhanden sein, das nur durch Minderung der (formalen) Handlungsfähigkeit befriedigt werden kann (positives Erfordernis), anderseits aber darf dieses Schutzbedürfnis doch nicht derart stark sein, daß die Entmündigung und damit die Entziehung der Handlungsfähigkeit als notwendig erscheint, vielmehr muß deren bloße Beschränkung genügen (negatives Erfordernis).

Ob das negative Erfordernis einer beschränkten Schutzbedürftigkeit gegeben sei, läßt sich nicht aus dem Gesichtswinkel der Art. 369—372, sondern nur aus dem des Art. 395 heraus beurteilen. Wer anders vorgehen wollte, würde in methodisch unrichtiger Weise die Anwendbarkeit des «jüngern» Gesetzes auf Grund des «alten» entscheiden. Es ist somit nicht nur logisch zulässig, den Satz «Kein Entmündigungsbedürftiger darf verbeiratet werden» umzukehren in «Niemand darf entmündigt werden, dem durch eine Verbeiratung geholfen werden kann», sondern diese Umkehrung ist überdies durch den Grundsatz vom Vorrang des jüngern Gesetzes gegenüber dem älteren geboten.

Wann das positive Erfordernis der Schutzbedürftigkeit, das — im Gegensatz zur Folge der Verbeiständigung — eine Minderung der Handlungsfähigkeit erheischen muß, vorliege, läßt sich dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen, ergibt sich aber ohne weiteres aus den Rechtsfolgen der Verbeiratung einer- und denen der Entmündigung anderseits sowie aus dem Umstande, daß die Aufnahme der Beiratschaft ins System des ZGB den Zweck verfolgte, jene Personen vor der Entmündigung zu bewahren, welche keines so weitgehenden Schutzes bedürfen. Durch die Aufnahme der Beiratschaft hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Proportionalität von Mittel und Zweck auch ins Vormundschaftsrecht aufgenommen: formelle und materielle Handlungsunfähigkeit sollen zueinander in einem angemessenen Verhältnis stehen. Nur soweit die materielle Handlungsfähigkeit (Ur-

teilsfähigkeit) vermindert ist, soll auch die formelle gemindert und in Form der Beiratschaft oder Vormundschaft ein Ersatz geschaffen werden. Jeder weitere Eingriff in die Rechte des Privaten ist unstatthaft.

Die notwendig werdende Prüfung, ob eine Vormundschaft oder eine Beiratschaft zu errichten sei, ist, um befriedigende Ergebnisse zu zeitigen, in jedem Einzelfall vorzunehmen. Ob eine Beiratschaft genüge, oder ob zur Entmündigung zu schreiten sei, hängt von der Stärke des Schutzbedürfnisses im Einzelfall oder m. a. W. vom Tatbestand ab. Die Verbeiratung beschränkt die Handlungsfähigkeit des von ihr Betroffenen nur in vermögensrechtlicher Hinsicht; in allen Fällen persönlicher Fürsorgebedürftigkeit genügt sie deshalb nicht, weshalb in diesen ausnahmslos zur Entmündigung geschritten werden muß. In Fällen bloßer finanzieller Hilfsbedürftigkeit reicht dagegen die Beiratschaft hin. Dieser Standpunkt ist früher eingehender, als es hier geschehen kann, zu begründen versucht worden²¹⁾, und das Bundesgericht hat sich ihm im Jahre 1940 angeschlossen (BGE 66 II 13).

Kann der erforderliche finanzielle Schutz ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit geboten werden, sei es, daß der Abwesende oder Kranke einen Vertreter bestellt, sei es, daß ein Beistand sich seiner annimmt, so darf nicht einmal verbeiratet werden.

Durch die Aufnahme der Beiratschaft ins System des ZGB sind die Entmündigungsgründe der Art. 369/72 ausgehöhlt und ist ihr Anwendungsgebiet zugunsten des Art. 395 verengert worden. Das steht außer Zweifel. Fraglich ist angesichts der absoluten Fassung des Art. 371 nur, ob auch er durch Art. 395 ausgehöhlt worden sei, m. a. W. ob auch der Strafgefangene, falls für ihn etwas zu besorgen und zu diesem Zweck seine Handlungsfähigkeit zu mindern ist, statt entmündigt bloß verbeiratet werden dürfe.

²¹⁾ K. Specker, Zur Verbindung von Mitwirkungs- und Verwaltungsbeistandschaft, Schweizer. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung 39 (1938), 377 ff.

Wer glaubt, auf den Wortlaut des Art. 371 «unter Vormundschaft gehört» abstellen zu müssen, wird den Strafgefangenen immer entmündigen, wobei er allerdings über sieht, daß die nämliche Wendung «unter Vormundschaft gehört» sich auch in Art. 369/70 findet. Es ist aber zuzugeben, daß die Art. 369 und 370, im Gegensatz zu Art. 371, überdies das Erfordernis der materiellen Schutzbedürftigkeit des zu Entmündigenden enthalten. Hierauf kann aber entscheidend nichts ankommen, weil Art. 371, nach seinem Zwecke betrachtet, ebenfalls eine Schutznorm sein will und daher dementsprechend in einschränkendem Sinn auszulegen ist. Wer dieser Auffassung beipflichtet, darf in Zukunft den Strafgefangenen als solchen nicht mehr entmündigen, ebensowenig aber, weil der erforderliche Schutz sich ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit erzielen läßt, verbeiraten. Nach dem Grundsatz vom vernünftigen Verhältnis zwischen formeller und materieller Handlungsfähigkeit ist die Verbeiständigung das Äußerste. In der Regel kann der Strafgefange einen gewillkürten Vertreter bestellen, sei es die Ehefrau, sei es einen Verwandten, sei es einen Bekannten, und dann erübrigts sich jedes vormundschaftliche Einschreiten.

Vielleicht wird eingewendet, an diese Möglichkeit, daß Art. 371 durch Art. 395 ausgehöhlt und entmachtet werden könnte, habe kein Mitglied der eidgenössischen Räte gedacht, dies jedenfalls nicht beabsichtigt. Hierauf käme indessen nichts an. Entsprechendes ließe sich von einer Großzahl anderer Artikel des ZGB sagen, die heute von der Praxis und der Theorie ihrem Wortlaute gegenüber bald einschränkend, bald ausdehnend ausgelegt werden. Es geht nicht an, je nach Gutdünken das eine Mal nach dem Zweckgedanken und das andere Mal auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes auszulegen.

Ebenso falsch wäre der Einwand, Art. 371 sei eine Spezialvorschrift, welche mit den Art. 369 und 370 nicht verglichen werden könne, falls damit behauptet werden wollte, Art. 371 verhalte sich zu den übrigen Entmündi-

gungsgründen wie die Regel zur Ausnahme. Wohl kommt, im Verhältnis zu den Art. 369 und 370, dem Art. 371 der Charakter eines behelfsmäßigen Entmündigungstatbestandes zu mit der Folge, daß beim gleichzeitigen Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 371 und der des Art. 369/70 nur gemäß Art. 369/70, das heißt wegen Geisteskrankheit usw., entmündigt werden darf; eine Sondernorm aber, etwa in dem Sinne, wie sich Art. 383 ZGB, wonach gewisse Personen die Übernahme des vormundschaftlichen Amtes ablehnen können, zu Art. 382 ZGB verhält, der alle in bürgerlichen Ehren und Rechten stehenden Männer zur Übernahme des Amtes verpflichtet, ist Art. 371 nicht. Art. 382 und Art. 383, nicht aber Art. 371 und Art. 369/70 verhalten sich wie Regel und Ausnahme zueinander.

Art. 371 ist eine Individualvorschrift, das heißt eine solche, die nur für eine bestimmte Klasse von Menschen, für die Strafgefangenen, gilt, während gemäß Art. 369 und 370 jeder Mensch, der geisteskrank, lasterhaft usw. ist, entmündigt werden muß. Will sich eine Individualvorschrift, wie es Art. 371 ist, der Einwirkung einer ihr entgegenstehenden allgemeinen Norm, zum Beispiel der des Art. 395, entziehen, so kann dies nur unter Berufung auf einen stichhaltigen, im konkreten Tatbestand liegenden Grund, der eine abweichende Regelung rechtfertigt, geschehen. Ein stichhaltiger Grund dafür, daß zwar der Geisteskranke, der Verschwender usw., der keiner persönlichen Fürsorge bedarf, nicht entmündigt, sondern bloß verbeiratet werden darf, der Strafgefangene aber nicht, läßt sich indessen nicht beibringen. Anders verhielte es sich nur, wenn die Entmündigung gemäß Art. 371 eine kriminelle Nebenfolge der strafgerichtlichen Verurteilung wäre, entsprechend etwa der Entziehung der elterlichen Gewalt gemäß Art. 53 StGB. Hievon ist aber keine Rede.

Auf Personen, die nur in vermögensrechtlicher Beziehung schutzbedürftig sind, ist Art. 369/70 anerkanntermaßen nicht anwendbar, sondern nur auf die, welche persönlicher Fürsorge bedürfen. Nur insoweit kommt daher

dem Art. 369/70 theoretisch und praktisch Daseinsberechtigung zu. Da der Strafgefangene als solcher in persönlicher Beziehung nicht schutzbedürftig ist, und soweit er als Mensch persönlichen Schutz benötigt, infolge der behelfsmäßigen Natur des Art. 371 nicht auf Grund dieser Vorschrift, sondern gemäß Art. 369/70 entmündigt werden muß, und soweit er vermögensrechtlichen Schutz nötig hat, nicht entmündigt, sondern höchstens verbeiratet werden darf, falls seine Handlungsfähigkeit zur Erreichung dieses Zweckes überhaupt gemindert werden muß, fällt eine Entmündigung gemäß Art. 371 schlechthin außer Betracht. Als fünftes Rad am Wagen des Vormundschaftsrechts ist Art. 371 materiell nie rechtsbeständig geworden.

Wir fassen zusammen: Weil nicht die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, sondern die infolge der Haft eintretende — allerdings nur vorausgesetzte — Schutzbedürftigkeit der Grund der Entmündigung ist, erscheint der Wortlaut des Art. 371 als verfehlt, und weil der Strafgefangene als solcher weder sich selber noch die Öffentlichkeit gefährdet und deshalb in seiner Eigenschaft als Strafgefangener nicht entmündigungsbedürftig ist, muß auch der Inhalt des Art. 371 als verfehlt bezeichnet werden. Der Nationalrat wollte das Formalerfordernis der Haft in zutreffender Art und Weise durch das Materialerfordernis der Schutzbedürftigkeit ersetzen; die Verbesserung des Gesetzes, die dadurch erzielt worden wäre, ist nur an einem Mißverständnis gescheitert. Aufgabe einer vernünftigen Gesetzesauslegung ist es aber, Art. 371 in diesem Sinne zu deuten. Durch die Aufnahme der Beiratschaft ins System und die damit verbundene Anerkennung des Grundsatzes vom rechten Verhältnis zwischen rechtlicher und natürlicher Handlungsfähigkeit sind nicht nur die Entmündigungsgründe der Art. 369, 370 und 372, sondern ist auch der Entmündigungsgrund des Art. 371 ausgehöhlt worden. Wie nur der persönlicher Fürsorge bedürftige Geisteskranke usw., so darf auch nur der persönlicher Fürsorge bedürftige

Strafgefangene entmündigt werden. Weil aber der Strafgefangene als solcher keinen persönlichen Schutz nötig hat, und weil er, falls er als Mensch in persönlicher Beziehung schutzbedürftig ist, gemäß Art. 369/370 oder 372 entmündigt werden muß, und weil schließlich der in vermögensrechtlicher Beziehung notwendige Schutz ihm durch einen Beirat allfällig sogar durch einen bloßen Beistand, gewährt werden kann und muß, ist Art. 371 materiell gar nicht rechtsbeständig geworden.
