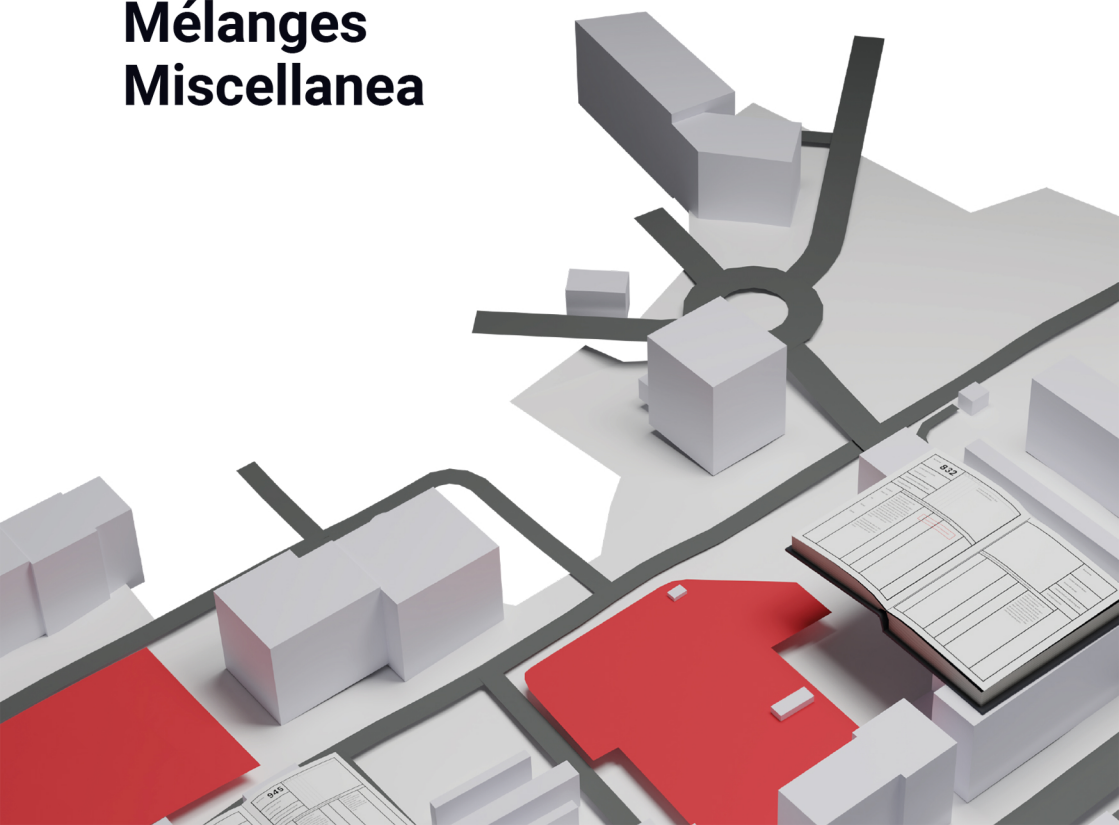




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /
Philipp Adam / Andrea Gautschi

Festschrift Mélanges Miscellanea



Woher und wo? – Brennpunkte des Berufsnotariats in der geschichtlichen Entwicklung

Urs Fasel

Das Berufsnotariat hat seinen Ursprung bereits im spätrömischen Recht, wobei die Anfänge noch bescheiden waren. Eine Veränderung des Berufsnotariats ereignete sich im vierten und fünften Jahrhundert, als das römische Staatswesen eine immer festere Gestalt erhielt. Die erste inhaltliche Fixierung des Berufsnotariats wurde schliesslich erstmalig durch Kaiser Justinian im Jahre 537 festgehalten. Eugen Huber hat die zentrale Bedeutung des Berufsnotariats nach spätrömischem Vorbild erkannt und entsprechend im ZGB umgesetzt: Einerseits hat er die Grundzüge des Berufsnotariats bereits bei der Einführung des ZGB im Jahr 1912 festgelegt und damit gesorgt, dass das Berufsnotariat bis heute ein nicht mehr wegzudenkendes Institut geworden ist. Andererseits forderte Eugen Huber für das Notariat die Gründung einer schweizerische Notariatschule, was (noch) nicht umgesetzt werden konnte.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	130
2. Ansätze im spätrömischen Recht.....	132
2.1. Justizwesen	132
2.2. Bescheidene Anfänge bis Ulpian	133
2.3. Veränderungen im vierten und fünften Jahrhundert.....	134
2.4. Weiterungen bei Justinian	136
2.5. Erste inhaltliche Fixierungen des Berufsnotariats	137
2.6. Vom <i>tabelarius</i> zum <i>notarius</i> bei den Langobarden	139

2.7. Offenheit des weiteren Entwicklungsverlaufs auf dem Gebiet
 der heutigen Schweiz140

1. Einleitung¹

Die öffentliche Beurkundung ist die Festlegung einer rechtlich erheblichen Tatsache in einer selbstständigen Urkunde durch die hierfür zuständige Urkundsperson in der gesetzlich vorgeschriebenen Form.² Die öffentliche Beurkundung durch *Notare* bezieht sich vor allem auf jene öffentliche Urkunden, welche durch das Privatrecht gefordert sind. Die Errichtung von öffentlichen Urkunden gilt dabei seit dem Hochmittelalter als Ausfluss der staatlichen Jurisdiktionsgewalt. Nur die vom Staat bezeichneten Urkundspersonen können Urkunden errichten, denen öffentlicher Glaube zukommt. Die Beurkundungstätigkeit ist demnach ein Zweig der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wer dabei öffentliche Urkunden errichten kann, ist ein Glied der staatlichen Gerichtsbarkeit und widmet sich einer staatlichen Obliegenheit.³

Gleichsam als Pendant zur eidgenössischen technischen Hochschule wollte Eugen Huber für das Notariat eine *eigentliche schweizerische Notariatsschule* gründen.⁴ Diese seine Idee, eine eigentliche schweizerische Notariatsschule zu realisieren, hat er zeit seines Lebens nicht auch noch schaffen können. Die Gründe dafür sind vielfältig.

¹ Der Verfasser dankt insb. Herrn Adrian Mühlematter, MLaw, Notar (für die kritische Lektüre) sowie Herrn Melchior Lanz, MLaw, für das Zusammentragen von Quellenmaterial sowie die kritische Mitlektüre.

² EMIL BECK, in: Emil Beck (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Einführungs- und Übergangsbestimmungen Art. 51–63 SchlT ZGB, Bern 1932, Art. 55 SchlT ZGB N. 4 ff.; ROBERT HAAB, in: August Egger (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eigentum: Art. 641–729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977, Art. 657 ZGB N. 11 ff.

³ So bereits BGE 90 II 274 E. 1; vgl. auch Urteil des Obergerichts Luzern, ZBGR 51/1970, S. 353 ff.

⁴ Die Idee hat er mehrfach zum Ausdruck gebracht, exemplarisch ist ein Antwortschreiben an Notar Borlat aus dem Kanton Waadt, in welchem er am 21. Juli 1910 wörtlich an Borlat schrieb: «Die Frage der Gründung einer eidgen. Notariatsschule ist mir neu, aber nicht unsympathisch. Sie werden mit dieser Anregung auch wieder die Gründung einer eidgen. Rechtsschule in Erinnerung rufen und dafür viel Zustimmung finden.» In: URS FASEL, Eugen Hubers Gutachten 1902-1910, Schriftenreihe zu Eugen Huber, Band 15, Bern 2019, S. 564, N. 3291. Huber war ein Verfechter der Rechtseinheit, durch und durch, darum unterstützte er auch die eidgenössische Notariatsschule.

Mit ein Grund war vielleicht auch, dass sich während der historischen Entwicklung zwei Linien auf dem Gebiet der heutigen Eidgenossenschaft herausgebildet haben: *Einerseits* die öffentliche Beurkundung durch Beamte, wobei der betreffende Staat eine Amtsstelle bezeichnet, welche mit der öffentlichen Beurkundung im Bereich des Privatrechts beauftragt ist, *andererseits* das *Berufsnotariat*, bei welchem dem Notar mit der Erteilung der Ermächtigung zur Berufsausübung eine staatliche Befugnis verliehen wird und der Notar diese Befugnis auf eigene Rechnung und eigenes Risiko ausführt, aber im Rahmen dieser Beurkundungsbefugnis ein Organ der (staatlichen) freiwilligen Gerichtsbarkeit bleibt.

Das Berufsnotariat dehnte sich von Italien über Frankreich aus. Die gesamte Westschweiz kennt ausnahmslos nur das Berufsnotariat (Freiburg, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf), ebenso seit dem Aufkommen des Notariates im Hochmittelalter ununterbrochen auch das Tessin.⁵ Das Berufsnotariat ist auch in der Zentralschweiz sowie in an lateinische Kantone und Länder angrenzende Gebiete sehr stark verbreitet (Bern, Uri, Basel-Stadt, teilweise auch Solothurn und in letzterer Zeit auch Luzern, Graubünden und (seit 1975) auch Nidwalden. Seit der Einführung des ZGB im Jahr 1912 hat das Berufsnotariat an Boden gewonnen⁶ und ist heute ein nicht mehr wegzudenkendes Institut geworden.

Dies bildet den aktuellen Anlass, zurückzublenden auf die *Anfänge des Notariates*, um die Frage zu beantworten, *woher das Berufsnotariat* stammt, wobei die ersten Wurzeln – wie für so vieles andere auch⁷ – in der Spätantike des römischen Weltreiches zu suchen sind.

⁵ Vgl. dazu das Gutachten von HANS MARTI aus dem Jahr 1976, S. 9, sowie LUIGI BRENTANI, *Codice diplomatico ticinese, documenti e registri*, Bd. I, Como 1919, Bd. II, Como 1931.

⁶ So MARTI (Fn. 5), S. 18. Zu erwähnen wäre diesbezüglich noch die Ausdehnung des Berufsnotariats im Kanton Basel-Land.

⁷ Hinzuweisen ist u.a. darauf, dass sich die heutigen Bistumsgrenzen der katholischen Schweiz aus der Einteilung des spätrömischen Reiches, welches Grundlage für die katholische Organisation war, herausgebildet hatten (im Einzelnen: RUDOLF PFISTER, *Kirchengeschichte der Schweiz I*, Zürich 1964, S. 58 m.w.H.). Allerdings behält PFISTER lokale Begebenheiten vor.

2. Ansätze im spätrömischen Recht

2.1. Justizwesen

Es fällt der heutigen Generation mitunter schwer, in die Gedankenwelt der Spätantike abzutauchen, was aber unverzichtbar ist, weil die Grundlagen heutiger Strukturen dort zu suchen sind. Die Spätantike ist für das heutige Rechtsverständnis von grundlegender Bedeutung:

Beim Prozess der klassischen Jurisprudenz gingen die Juristen noch ganz von dem stadtstaatlichen Prozess aus, bei dem der Prätor⁸ als Träger der Gerichtsgewalt einen angesehenen Bürger als Schiedsmann auswählte und mit Beweisaufnahme und Urteilspruch nach Massgabe seiner Instruktion beauftragte.⁹ Der nachklassische Prozess¹⁰ wird dagegen von Anfang bis zum Ende vor einem beamteten Richter verhandelt und das Urteil gegebenenfalls von weiteren Instanzen überprüft.¹¹ Wieacker folgerte für das heutige Recht: «Hier hat Europa fast ausschliesslich die Gerichtsverfassung und das Beamtenrichtertum des byzantinischen Absolutismus übernommen und so gut wie nichts mehr von dem Verfahren, das der grossen klassischen Jurisprudenz zugrunde lag.»¹²

Noch komplizierter gestalten sich die Verhältnisse im Notariat, wobei sich die Entwicklung *schrittweise* ergab: Zwar ist in der spätrepublikanischen Zeit die Beurkundung schwerwiegender Geschäfte üblich geworden,¹³ aber kennzeichnenderweise noch immer

⁸ Zur Funktion des Prätors neuerdings insb. IOLE FARGNOLI, Ein zeitloses Rechtsfindungsmodell. Die schöpferische produktive Tätigkeit des römischen Prätors, in: Iole Fagnoli/Urs Fasel (Hrsg.), Der Bildungswert des römischen Zivilprozesses für die heutigen Juristen, Schriftenreihe zu Eugen Huber, Band 16, Bern 2020, S. 15–25.

⁹ So FRANZ WIEACKER, Recht und Gesellschaft in der Spätantike, Stuttgart 1964, S. 11.

¹⁰ Zur Nachklassik vgl. PASCAL PICHONNAZ, Les fondements romains du droit privé, 2. Aufl. Zürich 2020, N. 127 ff., mit Hinweisen auf die nachklassische Entwicklung.

¹¹ WIEACKER (Fn. 9), S. 11.

¹² WIEACKER (Fn. 9), S. 11.

¹³ FRANZ WIEACKER, Allgemeine Zustände und Rechtszustände gegen Ende des weströmischen Reichs, in: *ius romanum medii aevi*, Pars I, 2a, Varese 1963, S. 1 ff., zum Notariat und zur Urkundenpraxis ab S. 56 ff. Wieacker schreibt, da das spätantike Rechtsleben von der öffentlichen Beurkundung durchaus beherrscht wird, gehören Urkunde und Beurkundungswesen zu den wichtigsten rechtsgeschichtlichen Faktoren der Epoche (S. 56). Trotz beständiger Schwankungen in der Gesetzgebung und der Praxis hat die Tradition zu überwiegendem Beurkundungszwang

Beweisurkunde,¹⁴ nicht konstitutive Urkunde.¹⁵ Die Errichtung und erst recht die physische Fortexistenz der Urkunde war in dieser Zeit nicht Voraussetzung für den Eintritt der Rechtswirkung, weil der Geschäftsabschluss auch durch eine freie Würdigung der Glaubwürdigkeit der Parteien oder durch Zeugen bewiesen werden konnte.¹⁶

Erst im Laufe des dritten Jahrhunderts hat sich auch für die römischen Vertragsparteien¹⁷ eine *öffentliche Beurkundung* ausgebildet,¹⁸ deren Einzelheiten nunmehr nachzugehen ist.

2.2. Bescheidene Anfänge bis Ulpian

Sehr bescheiden waren die Anfänge des Berufsnotariats, es wurden Urkunden entworfen, indem bei den Schreibern, *scribae* genannt, mehr das Mechanische als die juristischen Inhalte im Vordergrund stand.¹⁹

Unterschiedlich waren auch die Bezeichnungen: Die Privatschreiber hiessen *exceptores*,²⁰ *librarii*, oder eben *notarii*, wobei der letztgenannte Ausdruck von Noten (Abkürzungen)

und fast ausnahmsloser Beurkundungssitte für Grossschenkungen und Grundstücksveräußerungen geführt und von hier aus hat sich die öffentliche Beurkundung auch auf andere Rechtsgeschäfte, vor allem auf letztwillige Verfügungen erstreckt (S. 57).

¹⁴ ANDREAS WACKE, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument, in: Reinhard Zimmermann/Rolf Knütel/Jens Peter Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 325–369, Zitat S. 349, hat geltend gemacht, dass die notarielle Beurkundung auf die gerichtliche Insinuation im spätantiken Recht zurückgeht «(*insinuare* = eigentlich in den Busen, ins Innere stecken; von *sinus* Bucht, Busen; gemeint ist die vor der Brust im Bausch der gegürteten Toga getragene Geld- und Brieftasche; «insinuieren» daher = zu behördlichem Protokoll erklären, beurkunden lassen)».

¹⁵ WIEACKER (Fn. 9), S. 123.

¹⁶ WIEACKER (Fn. 9), S. 123, der die Urkunde bei der Schenkung als konstitutiv bezeichnet.

¹⁷ Vgl. dazu auch PULITANO FRANCESCA, L'età romana classica, Funzione notarile e giuristi, in: Alessandra Bassani/Francesca Pulitano (Hrsg.), *Tabellio, notarius, notaio: quale funzione?, Una vicenda bimillenaria*, Milano 2022, S. 11–39. Diese Arbeit geht auch auf einzelne Quellen ein und beschreibt den Juristennotar in seiner Funktion «tra interpretazione e consiglio» (S. 32).

¹⁸ WIEACKER (Fn. 9), S. 124.

¹⁹ FERDINAND OESTERLEY, *Das deutsche Notariat*, Bd. I, Hannover 1842, Neudruck Aalen 1965, S. 6 f.

²⁰ OESTERLEY (Fn. 19), S. 7.

stammte.²¹ Diese Abkürzungen (Noten) bedienten sich die *exceptores* bzw. *notarii*. Daher stammt der Ausdruck.

Diese Schreiberlinge waren in sehr geringem Ansehen, wie uns der Hauptzeuge der Antike, Cicero,²² berichtet,²³ Privatschreiber waren teilweise auch Sklaven²⁴ oder dienten für Lohn,²⁵ was in der Antike keine Auszeichnung war.

Zu Zeiten Ulpians,²⁶ dem wirkungsmächtigsten juristischen Autor der Antike,²⁷ kamen sodann bereits die sog. *Tabellionen* vor: Sie unterschieden sich von den erwähnten Privatschreibern und *scribis* dadurch, dass sie im Dienste einzelner Magistrate oder Privatpersonen waren und damit ein Gewerbe betrieben und Urkunden schrieben.²⁸

2.3. Veränderungen im vierten und fünften Jahrhundert

Als das römische Staatswesen immer festere Gestalt erhielt, veränderten sich die Verhältnisse zunehmend, wobei vorliegend *drei Entwicklungsstränge* kurz vorzustellen sind:

²¹ OESTERLEY (Fn. 19), S. 7.

²² Zu ihm insb. MANFRED FUHRMANN, Cicero und die römische Republik, Eine Biographie, 5. Aufl. Mannheim 2011.

²³ Cic. lib 3 in Verr. u. pro Cluent.; auf diese Stelle weist auch OESTERLEY (Fn. 19), S. 7 Fn. 4 hin.

²⁴ Vgl. Dig. 40. 5 und Dig. 48. 10.

²⁵ Vgl. Dig. 19. 2. Der Titel handelt allgemein über die Klagen aus Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag.

²⁶ Zu ihm insb. TONY HONORÉ, Ulpian, Oxford 1982. Der wie sein Lehrer Papinian lange Zeit in der Praxis erprobte Ulpian war auch lange in der Kaiserkanzlei tätig. Vgl. dazu HONORÉ (Fn. 26), insb. S. 21 ff.

²⁷ So bereits DETLEF LIEBS, Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian, München 2010, S. 69; er zitiert ihn als «meistbenutzte[n] und dadurch auch wirkungsmächtigste[n] juristische[n] Schriftsteller». Zudem sei er eine Zeit lang auch der politisch mächtigste Jurist gewesen, den es je gab (abgesehen von Galba und Makrin), konnte sich in dieser Position aber nur rund ein halbes Jahr halten. Er hatte schon unter Septimus Severus und Caracalla eine immer grössere Rolle gespielt, setzte seine Karriere unter Elegabal fort und wurde spätestens im November 222 Prätorianerpräfekt. Den beiden Prätorianerpräfekten war Ulpian als «Superpräfekt» vorgesetzt worden, indem ihn Septimius Severus den «praefectus praetorio et parens meus» genannt hatte (LIEBS [Fn. 26], S. 69).

²⁸ OESTERLEY (Fn. 19), S. 8.

Erstens kommt die Bezeichnung *notarius*, etwa seit Gordian dem Jüngeren,²⁹ vorzugsweise nur noch dem *Schreiber des Kaiser* zu.³⁰ Sie waren mithin auch Protokollführer im *consistorio sacro*,³¹ entwarfen alle Verfügungen des Kaisers und waren stets in dessen Kabinett beschäftigt und versahen die Stellen von «Staats-Sekretären».³²

Zweitens finden sich im *officio* des *praefectus praetorio*,³³ unter der Stufe der kaiserlichen Notare, die sog. *notarii praetoriani*.³⁴ Sie unterstützten den Prätorianerpräfekt bei der Redaktion rechtlich relevanter Urkunden.

Neben den *notarii praetoriani* dienten den Prätorianerpräfekten und anderen Präfekten auch die sog. *tabularii*,³⁵ gleichbedeutend mit *numerarii*: Sie kommen für ganze Provinzen vor, wie auch für einzelne *civitates* und gehörten entweder zu dem *officio magistratum* oder sie waren *municipales*, wobei in jeder Provinz zwei *tabularii* sein mussten.³⁶

Drittens gab es die «*tabelliones*», welches Personen waren, die ein Gewerbe daraus machten, für andere Urkunden namentlich über Rechtsgeschäfte zu entwerfen. Sie

²⁹ Insgesamt gab es Gordianus I (Marcus Antonius G. Sempronianus, 159–238), Gordianus II (Marcus Antonius G. Sempronianus, um 192 geboren – 238) und Gordianus III (Markus Antonius Gordianus, der von 238–244 Kaiser war). Hier dürfte Gordianus II gemeint sein, römischer Kaiser 238, von seinem Vater im März 238 zum Mitherrscher bestellt und von Rom (2.4.238) anerkannt, verlor aber schon Ende März 238 Schlacht und Leben gegen den Statthalter von Numidien Capellianus. Vgl. dazu OTTO VEH, Lexikon der römischen Kaiser, 3. Aufl. Düsseldorf 1995, S. 57–58.

³⁰ OESTERLEY (Fn 19), S. 10.

³¹ Das *consilium principis*, der Rat des Kaisers, aus dem Prinzipat, wurde ersetzt durch einen verhältnismässig fest umrissenen Staatsrat, das *sacrum consistorium*. Der Begriff, seit Diocletian belegt, bezeichnet ursprünglich den Ort der Versammlung, den Thronsaal des Palastes, die *aula regia*, wobei im Laufe des 4. Jahrhunderts der Begriff auf die Institution des Staatsrates übertragen wurde, vgl. dazu ALEXANDER DEMANDT, Geschichte der Spätantike, 3. Aufl. München 2018, S. 204.

³² So jedenfalls OESTERLEY (Fn. 19), S. 11.

³³ Konstantin nahm den *praefecti praetorio* die militärische Kompetenz zugunsten der Heermeister und die Aufsicht über den Hof (*aula*) zu Gunsten der *magistri officiorum*, vgl. dazu DEMANDT (Fn. 31), S. 205.

³⁴ Vgl. dazu Nov. 13 Kap. 3.

³⁵ *Tabularii* (gen. sg. mask., nom pl. mask., gen sg. neutr.), für «zu schriftlichen Urkunden gehörig», auch: Rechnungsbeamter, Rechnungsführer; Stammform: *Tabelarius*.

³⁶ OESTERLEY (Fn. 19), S. 12 f.

können insofern als *öffentlich* bezeichnet werden, indem sie das Gewerbe *jedem* anboten, der es verlangte.³⁷

In einem Edikte Diocletians über die Marktpreise³⁸ wurde bestimmt, dass das Salär der *tabellioni* nach der Zahl der Zeilen bestimmt werden solle: «*tabellioni in scriptura libelli vel tabulae versibus no centum ...*».³⁹

2.4. Weiterungen bei Justinian

Besonders interessiert sich Justinian⁴⁰ für die *tabellioni*: Es wird nicht nur gesetzlich gefordert, dass die Tabellionen Rechtskenntnisse haben,⁴¹ sondern neu durften nur noch die vom Staat autorisierten Personen diese Beschäftigung ausüben, indem in der Nov. 44, cap. 1 § 4 verordnet wird, dass die Stellvertreter oder Gehilfen der Tabellionen in Konstantinopel nur mit Vorwissen des *magister census gestis solenniter celebratis*⁴² ernannt werden konnten.⁴³

Die 44. Novelle gibt für die Zeiten Justinians ein ziemlich vollständiges Bild: Gewiss ist, dass in grösseren Städten wie Rom, Konstantinopel und Ravenna einzelne Stationen bestanden, in denen die Tabellionen sich aufhielten, um dort ihre Geschäfte zu besorgen.⁴⁴

³⁷ OESTERLEY (Fn. 19), S. 11.

³⁸ Diocletians Preisedikte waren sehr verbreitet, so sind inschriftliche Fragmente aus 47 Städten bekannt, vgl. DEMANDT (Fn. 31), S. 208. Vgl. zum Preisedikt auch THEODOR MOMMSEN/HUGO BLÜMNER, *Der Maximaltarif des Diocletian*, 2. Aufl., Berlin 1958 sowie SIEGFRIED LAUFFE, *Diokletians Preisedikt*, Berlin 1971. Zum Privatrecht in jener Zeit allgemein vgl. RAFAEL TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, in: Rafael Taubenschlag (Hrsg.), *Opera Minora*, Band I, Allgemeiner Teil, Warschau 1959, S. 3–177.

³⁹ OESTERLEY (Fn. 19), S. 22 Fn. 5.

⁴⁰ Zu Justinian in neuster Zeit die deutsche Übersetzung von PETER HEATHER, *Die letzte Blüte Roms: Das Zeitalter Justinians*, Darmstadt 2018 (die englische Originalausgabe ist 2018 bei Oxford University Press unter dem Titel «Rome Resurgent. War and Empire in the Age of Justinian» erschienen). In neuerer Zeit vgl. zur Rolle von Theodora, Justinians Ehefrau insb. PAOLO CESERETTI, *Teodora, ascasa di una imperatrice*, Azzano San Paolo 2021 (Nuova edizione).

⁴¹ Nov. 66, darauf auch hinweisend OESTERLEY (Fn. 19), S. 22 Fn. 6.

⁴² OESTERLEY (Fn. 19), S. 23.

⁴³ Die Bestimmung ist insofern relevant, als sie den Rückschluss zulässt, dass dies auch für die Tabellionen selbst gegolten haben muss, wie OESTERLEY (Fn. 19), S. 23 schliesst.

⁴⁴ OESTERLEY (Fn. 19), S. 25.

Die Tabellionen hatten überdies Gehilfen, welche in der Regel zugleich ihre Schüler waren.⁴⁵ Zudem ist wahrscheinlich,⁴⁶ dass schon zu Justinians Zeiten die Tabellionen eines grösseren Orts Korporationen, eine Art Zunft, gebildet haben. Dies wies auch in die nachfolgende Zeit: Schon im sechsten Jahrhundert fand sich in Ravenna eine solche *schola* unter dem Vorstand eines Primicerius.⁴⁷

2.5. Erste inhaltliche Fixierungen des Berufsnotariats

Kaiser Justinian hat viele Verdienste für den Gang der Rechtswissenschaft erworben: Er hat den *corpus iuris* geschaffen (der ab dem 16. Jahrhundert so genannt wurde), aber auch erkannt, dass sich die Gesetzgebung ständig an sich wandelnde Rahmenbedingungen anzupassen habe, weshalb er nach Erlass von Institutionen und Digesten in den Jahren 535 bis 539 alle Neuerungen sammeln liess, welche später als «Novellen» Teil des *corpus iuris* wurden.⁴⁸

Justinian verfasste am 17. August 537 in Bezug auf das Notariat für Joannes, den damaligen Prätorianerpräfekt eine Weisung, welche in der älteren Übersetzung wie folgt präsentiert wurde:⁴⁹

«Wir aber haben geglaubt, in dieser Hinsicht Allen Hülfe schaffen, und für Jedermann ein allgemeines Gesetz erlassen zu müssen, damit die Tabellionen, welche dieses Amt verwalten, durchaus selbst, und ohne fremde Zuziehung, die Urkunde in Ordnung bringen, und wenn sie ausgefertigt wird, zugegen sind,

⁴⁵ OESTERLEY (Fn. 19), S. 27.

⁴⁶ So OESTERLEY (Fn. 19), S. 28.

⁴⁷ OESTERLEY (Fn. 19), S. 28, unter Hinweis auf FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Thl. I, 2. Aufl., Heidelberg 1834, S. 304, der aus einer Urkunde bei Marini Nr. 110 offenbar gelesen haben will: «*primicerius scholae Forensium civitatis Ravennatis seu classensis*» (OESTERLEY [Fn. 19], S. 28 Fn. 28 auch noch mit Hinweis auf Marini Nr. 74 S. 114 als weiterer Quellenbeleg).

⁴⁸ Diese dürften in griechischer Fassung erlassen worden sein, wobei es angesichts der reichsweiten Gültigkeit der Gesetzes Justinians auch offizielle lateinische Fassungen gab; vgl. zu den Novellen insb. – zusammenfassend – MAX KASER/ROLF KNÜTEL/SEBASTIAN LOHSSE, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. München 2021, § 1 N. 29 und WOLFGANG KAISER, Die Zweisprachigkeit reichsweiter Novellen unter Justinian, Studien zu den Novellen Justinians, SZ r.A. 2012, S. 392–474.

⁴⁹ CARL OTTO/BRUNO SCHILLING/CARL SINTENIS, Das Corpus iuris civilis ins Deutsche übersetzt, Novellen 1–70, Leipzig 1833, 44. Novelle, S. 268 ff., Zitat 269.

auch, dass sie nicht anders die Schrift ergänzen, als wenn sie selbst von dem Geschäfte gehörig Kenntnis genommen, und damit sie Das, was darauf geschehen, wissen und darüber Rede und Antwort geben im Stande sind, vorzüglich wenn Diejenigen, welche ihnen [die Fertigung von Urkunden] auftragen, weder lesen noch schreiben können, indem diese leichtlich, und so, dass sie nicht überführt werden können, das, was wirklich vorgegangen ist, ins Lügen stellen. § 1 Um dies Alles mithin zu verhindern, haben Wir gegenwärtiges Gesetz gegeben und wollen, dass dasselbe von den Tabellionen, mögen sie in dieser Residenz, oder in den Provinzen sein, durchaus beobachtet werden soll; und sie sollen wissen, dass, wenn sie in etwas dem entgegen handeln, sie insgesamt ihrer Station wie man es nennt, werden verlustig werden ...».

Anlass gegeben hatte ein Fall, in dem eine Frau ein «Instrument» zum Vorschein brachte, welches zwar von ihrer Hand nicht geschrieben war (denn sie konnte weder lesen noch schreiben), das jedoch ein Tabellio ausgefertigt hatte, auch durch den Tabelarius⁵⁰ mit ihrer Unterschrift versehen war, und woraus zugleich erhellte, dass Zeugen zugegen gewesen waren. Da danach einige Zweifel bestanden, weil die Frau vorgab, dass sie zu dem, was das Papier besagte, gar keinen Auftrag gegeben habe, wollte der Richter die Wahrheit vom Tabellio erfahren. Der angefragte Tabellio erklärte, er habe zwar das Instrument ausgefertigt, aber er wisse von dem, was darauf erfolgt sei, nichts. Denn es sei ihm nicht anfänglich die Fertigung übertragen gewesen. Und der andere, der auch einvernommen wurde, konnte auch nichts zur Klärung beitragen.

So war es Iustinian vorbehalten, in dieser 44. Novelle die Grundzüge herauszustreichen, nämlich:

- a) dass ein Notar nur tätig werden darf, wenn er von einer Partei für dieses Geschäft rogiert worden war,
- b) dass ein Notar das gesamte Beurkundungsverfahren selber zu begleiten habe, inkl. Ausfertigung,
- c) dass ein Notar das inhaltlich zu Papier gebrachte einer sog. Rekognition zuzuführen habe, selber, ansonsten er seine Stellung verlieren werde.

⁵⁰ Vgl. dazu bereits zu den Bezeichnungen Fn. 35.

Diese Klärung darf ohne Weiteres ein «erster Brennpunkt» der notariatsrechtlichen Regelung geheissen werden, welche später über Italien in die Schweiz gekommen ist.

2.6. Vom *tabelarius* zum *notarius* bei den Langobarden

Sowohl in den Volksrechten der Lex Saxonum, der Lex Frisionum und – aus Schweizerischer Sicht bes. interessant – in der Lex Burgundionum finden sich keine Nachrichten darüber, dass bei ihnen das Notariat einheimisch gewesen wäre.⁵¹ Immerhin wird in der Vorrede der Lex Burgundionum ein «Notariis» vom König erwähnt.⁵²

Die Rechtsaufzeichnung des Edictum Rothari kam auf dem Gebiet der heutigen Schweiz vor allem in der Südschweiz zur Anwendung.⁵³ Es zeigte sich auch bei diesem Stammesrecht ein Einfluss des römischen Rechts,⁵⁴ und zwar ganz bes. im Bereich des Notariats: Die langobardischen Könige haben nämlich den Notaren befohlen, alle Urkunden – da die Römer unter römischem Recht und die Langobarden unter langobardischem Recht lebten – entweder nach römischem oder nach langobardischem Recht zu schreiben.⁵⁵ Die Notare hatten daher in der Urkunde ausdrücklich zu sagen, zu welchem Recht sich die Parteien bekannten.⁵⁶

Als Oberitalien im Jahr 568 von den Langobarden eingenommen wurde, entwickelten sie auf das Notariat einen entscheidenden Einfluss: Ab dem Zeitalter der Langobarden war vornehmlich der Begriff «Notarius» eingebürgert worden, zudem versuchte König Rothari das zentrale Beweismittel der Urkunde (erstellt von einem Notar) dadurch

⁵¹ So wiederum OESTERLEY (Fn. 19), S. 60 f.

⁵² OESTERLEY (Fn. 19), S. 62.

⁵³ RENÉ PAHUD DE MORTANGES, Schweizerische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2017, S. 24 f.

⁵⁴ PAHUD DE MORTANGES (Fn. 53), S. 25.

⁵⁵ So insb. OESTERLEY (Fn. 19), S. 58, mit weiteren Verweisen in den Fußnoten auf die Quellen. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (Fn. 47) Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Aufl. 1834, Bd. I, S. 123, schrieb dazu wörtlich: «So lange die lombardischen Könige herrschten, war den Notarien befohlen, alle Urkunden entweder nach Lombardischem oder nach Römischem Recht zu schreiben: wer nach irgend einem anderen Rechte schreibe, solle Geldbusse erlegen.»

⁵⁶ OESTERLEY (Fn. 19), S. 59, unter Berufung auf SAVIGNY (Fn. 47), Theil I, S. 120.

abzusichern, dass wer eine falsche Urkunde aufnahm, dieser durch Abhauen der Hand bestraft wurde.⁵⁷

Hinzuweisen ist schliesslich im Rahmen des Langobardenrechts auf die Vorschrift der Lex Rothari, wonach jede Abschrift derselben von dem königlichen Notar beglaubigt sein musste, wobei mehrere Notare auf der Hofkanzlei tätig waren,⁵⁸ mit entscheidendem Einfluss. Es wundert daher nicht, dass sich seit der Zeit der langobardischen Könige die Schreiberlinge schlechthin «notarius» nannten, ohne nähere Andeutung seines Dienstverhältnisses.⁵⁹

2.7. Offenheit des weiteren Entwicklungsverlaufs auf dem Gebiet der heutigen Schweiz

Klarheit besteht darüber, dass die Volksrechte in der Schweiz einen gewissen Einfluss ausübten.⁶⁰ Wohin dann aber die Entwicklungsstränge im Einzelnen verliefen, darüber lässt sich nach heutiger Forschungslage indes grösstenteils nur spekulieren, weil insb. folgende Forschungsfragen noch in den Einzelheiten (und je nach Talschaft) weitgehend ungeklärt sind:

- a) Es stellt sich namentlich die Frage, welche Entwicklungslinien in der Schweiz in Bezug auf *kirchliche Notare* zu verzeichnen waren. Europäisch geht man davon aus, dass die kirchlichen Notare einen wesentlichen Einfluss auf die fernere Entwicklung des gesamten Notariats ausgeübt haben. Aber gilt dies auch für die Schweiz und vor allem: Gibt es regional (erhebliche) Unterschiede?
- b) Wie stellen sich die Ergebnisse des Themas der Notariate und der Stadtrechte, welche nach wie vor fleissig von der Rechtsquellensammlung des Schweizer Juristenvereins herausgegeben werden, die aber im Hinblick auf ein einziges Thema bislang kaum systematisch ausgewertet worden sind, dar? Die Vermittlung des Notariats durch das Stadtrecht stellt, so ist zu vermuten, ein viel breiteres Thema dar, als bisher

⁵⁷ OESTERLEY (Fn. 19), S. 70, in Kapitel 227.

⁵⁸ OESTERLEY (Fn. 19), S. 73.

⁵⁹ OESTERLEY (Fn. 19), S. 74.

⁶⁰ PAHUD DE MORTANGES (Fn. 53), S. 24 f.

angenommen worden ist.⁶¹ Auch die Frage nach dem Wirkungsgrad des römischen Rechts gerade in den Stadtrechten wird auch anhand dieser Fragestellung womöglich in eine neue Bahn zu lenken sein.

- c) Schliesslich wäre zu fragen, welchen Einfluss die Notariatsvorschriften der einzelnen Stadtrechte auf die einzelnen kantonalen Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts ausgeübt haben. Auch diese Frage ist, soweit ersichtlich, bisher höchstens punktuell bearbeitet worden.⁶²

Daher ist es unerlässlich, um die weiteren Fragen der frühen Entwicklung des Berufsnotariates zu verfolgen, die Idee Eugen Hubers wieder zu diskutieren, ob es inzwischen nicht an der Zeit wäre, eine «eidgenössische Notariatsschule» zu gründen, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung seit den römischen Zeiten.

⁶¹ Vgl. dazu immerhin FERDINAND ELSENER, *Notare und Stadtschreiber. Zur Geschichte des schweizerischen Notariats*, Köln und Opladen 1962 sowie MICHELE LUMINATI, *Geschichte des Notariats auf dem Gebiet der Schweiz*, in: Mathias Schmoeckel/Werner Schubert (Hrsg.), *Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen*, Baden-Baden 2009, S. 279–318 (mit einem detaillierten Verzeichnis, auch für die einzelnen Kantone).

⁶² Vgl. dazu etwa JEAN-PIERRE GRABER, *Histoire du notariat du canton de Neuchâtel, ses origines, son évolution, son organisation*, Zürich 1957. Vgl. dazu auch LUMINATI (Fn. 61), S. 286 ff. mit Hinweisen zu den einzelnen Kantonen.

