

< 논문 >

Aktuelle Entwicklungen im europäischen Familienrecht

Prof. Dr. Dr. h. c. Gerd Brudermüller*

Zusammenfassung

Der Beitrag stellt die Entwicklungen des Familienrechts in Europa unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland dar. Die grundlegenden familienrechtlichen Prinzipien werden vorgestellt und ihre Hintergründe skizziert. Das Eherecht ist nicht mehr primär darauf ausgerichtet, die Institution der Ehe zu schützen. Im Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht gibt es zahlreiche Reformen. Der nacheheliche Unterhalt beschränkt sich zunehmend auf den Ausgleich von Nachteilen, die aus der Ehe resultieren. Die Bedeutung von Verschuldensgesichtspunkten hat abgenommen.

Im Kindschaftsrecht kommt es vor allem auf das Wohl der Kinder an. Rein statusorientiertes Denken tritt in den Hintergrund. Eheliche und nichteheliche Kinder sind weitgehend gleichgestellt. Das Verhältnis von biologischer und rechtlicher Elternschaft einerseits sowie sozialer Elternschaft andererseits wird überdacht. Tendenzen bei der Behandlung der rechtlichen Elternschaft, der Vaterschaftsfeststellung und der elterlichen Verantwortung werden vorgestellt.

Auch die Rechtslage bei nichtehelichem Zusammenleben - von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren - wird von dieser Entwicklung beeinflusst.

Schlüsselwörter: Familienrecht, Eherecht, Scheidung, Unterhalt, Kindschaftsrecht, Wohl der Kinder, Vaterschaftsfeststellung, nichteheliches Zusammenleben

* Vorsitzender Richter am OLG Karlsruhe, Vorsitzender des Deutschen Familiengerichtstags, Honorarprofessor an der Universität Mannheim.

I. Ausgangslage

Bis weit in die Mitte des 20. Jahrhunderts war das Familienrecht in allen westlichen Industriestaaten ausgeprägt statusorientiert. Die Ehe als das einzig anerkannte rechtliche Familienverhältnis dominierte nicht allein die Rechtsbeziehungen zwischen Mann und Frau, sondern auch jene zwischen Eltern und Kindern.

Nichteheliches Zusammenleben war teilweise noch bis zum Ende des 20. Jahrhunderts unter Strafe gestellt. Bis heute zieht es in vielen europäischen Rechtsordnungen keine familienrechtlichen Konsequenzen nach sich, sondern wird den allgemeinen schuld- und sachenrechtlichen Regelungen unterstellt.

Das Eherecht selbst war darauf ausgerichtet, die Institution der Ehe zu schützen. Dementsprechend hatte das Scheidungsrecht zum Ziel, die Auflösung von Ehen zu verhindern. Jegliche Dispositionsbefugnis der Ehegatten über ihre Ehe wurde verneint. Scheidung erschien allenfalls als Sanktion gegen den Ehegatten, der seine ehelichen Pflichten verletzt hatte.

II. Wertewandel und soziodemografische Veränderungen

Seit den 60er Jahren hat nunmehr ein tiefgreifender, das gesamte Familienrecht umwälzender Wertewandel stattgefunden. Die hierfür kennzeichnenden Stichworte sind einerseits "Säkularisierung", womit die Institution der Ehe ihre das gesamte Familienrecht prägende Rolle eingebüßt hat, und andererseits "Emanzipation", zunächst als Gleichstellung von Mann und Frau, in den 90er Jahren aber auch bezogen auf das Kind, das aus einer Objektstellung herausgewachsen ist und zunehmend mehr als Subjekt mit eigenen Rechten wahrgenommen wurde.

Dieser Wertewandel hat tiefgreifende soziodemografische Veränderungen nach sich gezogen. Schlagwortartig seien hier nur genannt: Die Zunahme nichtehelicher Geburten und nichtehelicher Lebensgemeinschaften,¹⁾ der rapide Anstieg der Scheidungshäufigkeit und in jüngster Zeit die zunehmende Kodifizierung gleich-

geschlechtlicher Partnerschaften. Diese Entwicklung lässt sich, soziologisch betrachtet, als “Pluralisierung der Lebensformen” bezeichnen. Hinzugekommen sind Veränderungen im Zuge moderner medizinisch-biologischer Entwicklungen, insbesondere im Bereich der Fortpflanzungsmedizin.

III. Reformen des Familienrechts

1. Diese soziodemografischen Veränderungen seit Ende der 60er Jahre haben zu grundlegenden Reformen des Familienrechts geführt. Revidiert wurde zunächst das Scheidungsrecht. In manchen Staaten, wie etwa Italien und in jüngerer Zeit Irland, wurde die Scheidung erstmals ermöglicht. In anderen Staaten ging es vorrangig einerseits um die Abschaffung des Verschuldensprinzips als Voraussetzung für die Scheidung und andererseits um eine generelle Erleichterung der Ehescheidung. Änderungen im materiellen Recht wurden flankiert durch solche im Prozessrecht, bis hin zur Möglichkeit der Administrativscheidungen, wie sie etwa in den Niederlanden, Norwegen, Schweden, Spanien vorgesehen ist (in Deutschland konnte sich ein entsprechendes Gesetzgebungsvorhaben nicht durchsetzen, die Scheidung kann nach wie vor nur durch gerichtliches Urteil erfolgen). Die Bedeutung von Verschuldensgesichtspunkten auch im Scheidungsfolgenrecht hat stark abgenommen, die Orientierung an der real gelebten Beziehung gleichermaßen zugenommen.

2. Im Kindschaftsrecht wurde die Gleichstellung nichtehelicher Kinder weitgehend verwirklicht, das Kindeswohl wurde betont. Dies erforderte ein Überdenken des Verhältnisses von biologischer und rechtlicher Elternschaft auf der einen und sozialer Elternschaft auf der anderen Seite. Auch den vielfältigen

¹⁾ Vgl. Kreyenfeld/Konietzka in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 45, 57 ff. Zur Statistik in Deutschland: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 2007 für die Bundesrepublik Deutschland, 2007, S. 47.

Möglichkeiten moderner Fortpflanzungsmedizin wurde im Kindschaftsrecht verbreitet Rechnung getragen. Die Anerkennung der Rechte des Kindes, wie sie in der UN-Kinderrechtskonvention gipfelten, hatte weitere Veränderungen zur Folge.

3. Im Bereich des Zusammenlebens außerhalb der traditionellen Ehe waren die Gesetzgeber der europäischen Länder eher zurückhaltend.²⁾ Heterosexuelle nicht-eheliche Lebensgemeinschaften wurden, wenn überhaupt, nur bezüglich einzelner Fragen den Ehen gleichgestellt. Anderes gilt für die gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften: In immer mehr Staaten wurden ihnen ein weitgehend an die Ehe angenähertes Rechtsinstitut zur Verfügung gestellt; Belgien, die Niederlande und Spanien haben sogar die Ehe für Gleichgeschlechtliche geöffnet. In dieser Entwicklung zeigt sich, dass das Familienrecht in Europa einen fundamentalen Bedeutungswandel in den letzten 40 Jahren vollzogen hat. War es ein (wenn auch nicht offen ausgesprochenes) Ziel des Familienrechts, sowohl die Institution der Ehe als auch die Vormachtstellung des Ehemannes abzusichern, so zeichnet sich heutzutage vor dem Hintergrund des Wertewandels und der veränderten soziodemographischen Entwicklungen tendenziell - in den einzelnen europäischen Staaten mehr oder weniger ausgeprägt - eine Fortentwicklung des Familienrechts mit neuen Schwerpunkten ab.

IV. Zentrale Prinzipien des Familienrechts

Die Fortentwicklung des Familienrechts lässt sich, auf Schlagworte beschränkt, vor allem anhand von drei Prinzipien erläutern:

- Neutralität des Staates gegenüber nichtehelichen Lebensformen (1.)
- der Vorrang des Kindeswohls (2.) und
- das Prinzip der Verantwortungszuschreibung (3.).

²⁾ Das gilt nicht für die Länder Kroatien, Norwegen, Schottland, Schweden, Serbien, Spanien. Übersicht bei Dethoff, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag (2008) unter B. II.3.b.

1. Das Familienrecht ist "säkularisiert", d.h. es hat nicht mehr die Aufgabe, eine bestimmte Lebensform vorzuschreiben, und sei es nur dadurch, dass eine Lebensform, die Ehe, gegenüber anderen Lebensformen privilegiert wird. Indem die Vermittlung von Wertvorstellungen keine primäre Staatsaufgabe mehr ist, kommt letztlich ein allgemeiner Gedanke zum Ausdruck, nämlich die Vorstellung von der Vertragsfreiheit und der Parteiautonomie.

2. Darüber, dass der Schutz der nachwachsenden Generation ein erstrangiges Ziel des Familienrechts ist, besteht inzwischen im Prinzip Einigkeit. Also gilt es, den Vorrang des Kindeswohls zu stärken. Diese Zielsetzung kommt vor allem in der Beziehung zwischen Eltern und Kindern zum Tragen.

3. Auch das Prinzip, Verantwortung einzufordern, kann sich auf breiten Konsens stützen. Hier geht es vor allem darum, dass jeder in einer Partnerschaft Verantwortung übernimmt, und zwar auch und gerade im Fall des Scheiterns dieser Beziehung. Darüber, wo die Grenzen dieser Verantwortungszuschreibung liegen, bestehen allerdings durchaus unterschiedliche Vorstellungen.

V. Grundzüge der Ausgestaltung des europäischen Familienrechts

Wie kommen nun diese drei Prinzipien in der Ausgestaltung des geltenden Familienrechts in Europa zum Ausdruck?

1. Finanzielle Folgen der Auflösung der Ehe

Für den Fall der Scheidung einer Ehe sehen die meisten Rechtsordnungen des europäischen Rechtskreises drei - klar getrennte - Ausgleichsmechanismen vor: nahehelicher Unterhalt, güterrechtliche Auseinandersetzung und in einigen Ländern, so vor allem in Deutschland, Ausgleich von Versorgungsanwartschaften. Jeder Ausgleichsmechanismus unterliegt dabei seinen eigenen Voraussetzungen und Bedingungen.

a) Im Bereich des nachehelichen Unterhalts, also der Rente in Form einer monatlichen Geldleistung, finden sich unterschiedliche Begründungsansätze. Hier taucht vor allem der Begriff der “nachehelichen Solidarität” auf, mit dem der Fortbestand der Unterhaltsverpflichtung auch nach Auflösung des Ehebandes gerechtfertigt wird. Dem steht der Gedanke eines “clean break”, also eines klaren Schnitts, entgegen. Hierzu vermittelnd entwickelt sich in vielen Rechtsordnungen zunehmend der Gedanke, dass nachehelicher Unterhalt zum Ziel hat, nur ehebedingte Nachteile auszugleichen. Verallgemeinert bedeutet dieser Gedanke, dass bei Auflösung einer Ehe die ehebedingten Vor- und Nachteile durch finanziellen Ausgleich zu bereinigen sind. Nicht ehebedingte Vor- und Nachteile verbleiben demgegenüber bei dem Partner, bei dem sie anfallen, ein Ausgleich findet dann nicht statt.³⁾ Was die Aufteilungsquote betrifft, so ist grundsätzlich jedenfalls zunächst von hälftiger Teilung auszugehen. Dies entspricht der Lösung der meisten kontinental-europäischen Rechtsordnungen im Unterhaltsrecht. Die Quote der Unterhaltsrente kann sich jedoch reduzieren, soweit es nur um den Ausgleich ehebedingter Nachteile geht.

Das deutsche Unterhaltsrecht gewährt sehr umfassende Unterhaltsansprüche für die Zeit nach der Scheidung, die nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu bemessen sind, so dass in vielen Fällen eine dauerhafte Teilhabe an den Einkünften des geschiedenen Ehepartners die Folge war. Die schon lange ange-mahnte Reform des Unterhaltsrechts in der Bundesrepublik zielt mit dem am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetz⁴⁾ nun auf eine Stärkung der Eigenverantwortung nach Auflösung der Ehe, so dass jeder Ehepartner grundsätzlich davon ausgehen muss, nach der Scheidung selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Ist ihm dies nicht oder nur eingeschränkt möglich, kann nach der Neuregelung deutlich stärker als bisher ein bestehender Unterhalt in der Höhe begrenzt oder zeitlich befristet werden. Auch hier ist der - in der Rechtsprechung schon vor

³⁾ Vgl. dazu Brudermüller, *Geschieden und doch gebunden? Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral*, Verlag C.H. Beck, München 2008.

⁴⁾ Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, Bundesgesetzblatt 2007 Teil I S. 3189.

der Reform zunehmend betonte - Gedanke maßgebend, dass der nacheheliche Unterhalt zwar die aus der Ehe resultierenden Nachteile ausgleichen muss, aber keinen Anspruch auf dauerhafte Teilhabe am Einkommen des früheren Partners gewähren kann. Letztlich kommt es darauf an, den auch nach einer Ehe noch nachwirkenden Schutz der Familie und die allgemeine Handlungsfreiheit des Unterhaltsverpflichteten - beides Rechte, die unsere Verfassung schützt - so in Konkordanz zu bringen, dass der frühere Partner nicht in Not gerät, dem anderen aber ein Neubeginn in einer neuen Partnerschaft oder Familie auch finanziell möglich ist.

b) Güterrecht - und auch der Versorgungsausgleich, soweit er, wie in Deutschland, eingeführt wurde - basieren heute in vielen Rechtsordnungen auf einem Halbteilungsgrundsatz. Man geht davon aus, dass ehezeitlich erworbene Vermögensvorteile auf die Anstrengungen beider Ehepartner zurückzuführen und deshalb bei Beendigung der Beziehung hälftig zu teilen sind. Dieses Modell knüpft allerdings einseitig an die tradierte "Hausfrauenehe" an und wird, auch auf Grund seines Schematismus, inzwischen als unbefriedigend kritisiert.⁵⁾

c) Unbefriedigend ist auch, dass im europäischen Rechtskreis - anders als in außereuropäischen Rechtsordnungen (wie insbesondere in Kanada, Australien und Neuseeland) - Ehen und nichteheliche Lebensgemeinschaft bezüglich zentraler Rechtsfolgen, vor allem, wo es um die finanziellen Folgen der Auflösung von Partnerschaften geht, sehr unterschiedlich behandelt werden. In Deutschland besteht etwa der Grundsatz, dass nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die erbrachten Leistungen in der Regel nicht ausgeglichen werden.⁶⁾

⁵⁾ Der 67. Deutsche Juristentag (vgl. Fn. 2) hat sich auch mit diesem Thema in der zivilrechtlichen Abteilung zum Thema: Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, befasst.

⁶⁾ Vgl. etwa BGH, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2005, 1151 (1152). Weitergehend jetzt BGH, Urteile vom 9.7.2008, FamRZ 2008, 1823 und 1828. Weitere Nachweise in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage 2009, Einleitung vor § 1297 BGB Randnummer 32.

2. Kindschaftsrecht

a) Allgemeines

Es ist inzwischen nahezu unumstritten, dass dem Status von ehelicher oder nichtehelicher Geburt im Kindschaftsrecht keine wesentliche Bedeutung mehr zukommen kann. Nur diese Konzeption entspricht den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention und wurde auch in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen bis auf wenige Ausnahmen (etwa die Schweiz) in den letzten 15 Jahren weitgehend verwirklicht.

Gerade in jüngster Zeit sind auf rechtsvergleichender Ebene erhebliche Spannungen zwischen rechtlicher, genetischer und sozialer Elternschaft zu verzeichnen. Es geht einmal um die Frage, wie rechtliche Elternschaft überhaupt anzuknüpfen ist, und sodann darum, welche Bedeutung rechtlicher Elternschaft im Verhältnis zu sozialer und genetischer Elternschaft zukommen soll. Akzentuiert werden diese Fragestellungen vor allem auch im Zusammenhang mit den Möglichkeiten der modernen Fortpflanzungsmedizin.

b) Rechtliche Elternschaft

aa) Ausgangslage

Bis vor kurzem konnte zur Bestimmung der rechtlichen Elternschaft in vielen Rechtsordnungen relativ unangefochten auf zwei zentrale Grundsätze zurückgegriffen werden, nämlich einerseits *mater semper certa est* und *pater est quem nuptiae demonstrant* (übersetzt: Wer die Mutter ist, ist immer gewiss; Vater ist, wer mit der Mutter verheiratet ist). Damit waren die Mutter und deren Ehemann die rechtlichen Eltern des ehelich geborenen Kindes. Beide Rechtsgrundsätze sind indes in jüngster Zeit erheblich ins Wanken geraten.

Mit der medizinischen Möglichkeit der Ei- oder Embryonenspende gilt der Satz *mater semper certa est* nicht unbedingt, es kann vielmehr zu gespaltenen Mutterschaft kommen, bei der die Geburtsmutter nicht genetische Mutter des Kindes ist. Gleichwohl knüpfen alle Rechtsordnungen - von der Möglichkeit der teilweise zulässigen anonymen Geburt abgesehen - Mutterschaft nach wie vor grundsätzlich an die Geburt an.

Auch die *pater est*-Regel hat in den meisten Rechtsordnungen in den letzten Jahren erhebliche Veränderungen erfahren. Sie wurde eingeschränkt und gilt nicht mehr in Fällen, in denen die Vaterschaft des Ehemannes höchst unwahrscheinlich ist. Eine Ausdehnung - wie etwa in Australien - auf nichteheliche Partner bis hin zur lesbischen Partnerin, die der heterologen Insemination ihrer Partnerin zustimmt, hat bei uns noch keine Gefolgschaft gefunden.

bb) Vaterschaftsfestellung

Am 1. April 2008 ist das "Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren"⁷⁾ in der Bundesrepublik in Kraft getreten. Damit wird die genetische Feststellung, von wem ein Kind abstammt, unabhängig von der Anfechtung der Vaterschaft ermöglicht.

Nach bisher geltendem Recht konnte die Frage der Abstammung zwar problemlos in einem privaten Gutachten geklärt werden, wenn alle Betroffenen einverstanden sind. Sperrte sich allerdings einer der Betroffenen, blieb dem rechtlichen Vater nur die Möglichkeit einer Anfechtungsklage (§§1600 ff. BGB alter Fassung), die innerhalb einer Frist von zwei Jahren nach Kenntnis der gegen die Vaterschaft sprechenden Umstände erhoben werden muss. Ein Anfechtungsverfahren setzt aber wiederum voraus, dass Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich der begründete Verdacht ergibt, dass das Kind von einem anderen Mann abstammt. Da der rechtliche Vater oftmals - zumal in einer Konfliktphase der Beziehung - nur den Verdacht hegt, nicht der leibliche Vater des Kindes zu sein, ohne dies durch Tatsachen untermauern zu können, wurde bisweilen dem Kind ohne dessen Kenntnis und Kenntnis der Mutter genetisches Material entwendet (ein Schnuller genügt) und damit heimlich ein Abstammungsgutachten eingeholt. Dieses Vorgehen verstößt nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Februar 2007⁸⁾ jedoch gegen das Recht des Kindes auf "informationelle Selbstbestimmung", das Gutachten ist als Beweismittel unverwertbar. In der Entscheidung gab das Verfassungsgericht dem Gesetzgeber jedoch

⁷⁾ Bundesgesetzblatt 2008 I S. 441.

⁸⁾ Urteil vom 13.2.2007 - 1 BvR 421/05 -, FamRZ 2007, 441.

zugleich auf, ein geeignetes Verfahren zur Verfügung zu stellen, das das Recht des Vaters auf Kenntnis von der Abstammung seines Kindes von ihm verwirklicht.

Stellte sich im Rahmen des Anfechtungsverfahrens heraus, dass der rechtliche nicht der biologische Vater ist, wurde damit zwangsläufig zugleich das rechtliche Band zwischen Vater und Kind zerrissen. Es bestand also bislang keine Möglichkeit, bei fehlender Einwilligung die Abstammung zu klären, ohne Konsequenzen für die rechtliche Beziehung zwischen Vater und Kind fürchten zu müssen. Mit dem neuen, der Vorgabe des Verfassungsgerichts entsprechenden Gesetz wird die Klärung der Vaterschaft für alle Beteiligten - also Vater, Mutter und Kind - erleichtert.

Die neue Regelung in § 1598 a BGB sieht vor, dass Vater, Mutter und Kind jeweils gegenüber den anderen beiden Familienangehörigen einen Anspruch auf Klärung der Abstammung haben, das heißt die Betroffenen müssen in die genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme der erforderlichen Proben dulden. Der Anspruch ist an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft. Auch Fristen sind nicht vorgesehen. Willigen die anderen Familienangehörigen nicht in die Abstammungserklärung ein, wird ihre Einwilligung grundsätzlich vom Familiengericht ersetzt. Um dem Kindeswohl in außergewöhnlichen Fällen (besondere Lebenslagen und Entwicklungsphasen) Rechnung zu tragen, kann das Verfahren jedoch ausgesetzt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass der Anspruch nicht ohne Rücksicht auf das minderjährige Kind zu einem ungünstigen Zeitpunkt durchgesetzt werden kann.

Das Anfechtungsverfahren bleibt jedoch unabhängig von dem Verfahren zur Durchsetzung des Klärungsanspruchs möglich. Das zweifelnde Familienmitglied hat nun die Wahl, ob es eines oder beide Verfahren, nämlich zunächst Klärungsverfahren und dann Anfechtungsverfahren, in Anspruch nehmen will.

c) Elterliche Verantwortung

Auch der Bereich der elterlichen Verantwortung war in den letzten Jahrzehnten einem grundlegenden Wandel unterworfen. War früher von väterlicher, elterlicher Gewalt, später von elterlicher Sorge die Rede, so beginnt sich in letzter Zeit

international der Begriff der elterlichen Verantwortung durchzusetzen, der den Paradigmenwechsel zum Vorrang des Kindeswohls besonders gut zum Ausdruck bringt.

Das Kind wird als Rechtssubjekt verstanden und nicht mehr Objekt elterlicher Gewalt: So hat sich das Recht in der Bundesrepublik Deutschland vom ursprünglich bestehenden väterlichen Züchtigungsrecht abgewandt, das bürgerliche Recht postuliert nun den Grundsatz der partnerschaftlichen, vor allem aber auch gewaltfreien Erziehung. Elterliche Sorge und Umgang sind nicht nur Rechte der Eltern, sondern auch eine Pflicht für sie, und ganz aktuell hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 1. April 2008⁹⁾ sogar einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch des Kindes formuliert, dass seine Eltern Sorge für es tragen und der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht auf Pflege und Erziehung des Kindes nachkommen. Zentrale Frage in der Entscheidung war, ob ein Elternteil mit Zwangsmitteln dazu angehalten werden kann, mit seinem Kind in persönlichen Kontakt zu treten, wenn er selbst dies ablehnt. Das Bundesverfassungsgericht hat dies für den Regelfall trotz des Anspruchs des Kindes darauf, dass die Eltern ihre Pflichten wahrnehmen, verneint, da ein durch Zwang hergestellter persönlicher Kontakt dem Kindeswohl nicht dienlich sein kann.

Bei der Zuordnung der elterlichen Verantwortung kann eine schrittweise *Abkehr vom rein statutsorientierten Denken* verdeutlicht werden. Während früher elterliche Gewalt grundsätzlich an die Ehe der Eltern gebunden war, wurde der Kreis der Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. dann der elterlichen Sorge immer weiter ausgedehnt. Nach der Mutter des nichtehelichen Kindes als Inhaberin der elterlichen Sorge folgte die gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung. Die gemeinsame elterliche Sorge auch nicht verheirateter Eltern ist heute in vielen Rechtsordnungen vorgesehen. In der Bundesrepublik Deutschland setzt die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern allerdings nach wie vor die Zustimmung der Mutter voraus. Einige Väter versuchten diese Regelung vor dem Verfassungsgericht zu Fall zu bringen, sind mit ihrem Antrag im Jahr 2003

⁹⁾ FamRZ 2008, 845.

allerdings unterlegen.¹⁰⁾ Angesichts der Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse, in die nichteheliche Kinder hineingeboren werden, hat das Bundesverfassungsgericht die sorgerechtliche Zuordnung zur Mutter für verfassungsgemäß erklärt, zugleich aber dem Gesetzgeber aufgegeben, die tatsächliche Entwicklung in diesem Bereich zu beobachten und zu prüfen, ob die Regelung auch künftig vor der Wirklichkeit Bestand hat.

Inzwischen sehen einige Rechtsordnungen auch die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Verantwortung auf Dritte, namentlich auch Stief- und Pflegeeltern, vor (in Deutschland gilt es das sogenannte "kleine Sorgerecht" nach § 1687 b BGB und entsprechend nach § 9 Abs. 1 LPartG¹¹⁾ bei gleichgeschlechtlichen Partnern). Während teilweise insoweit noch ein Zwei-Personen-Modell, gewissermaßen eine Imitation der Kernfamilie, postuliert wird, gibt es vereinzelt bereits Rechtsordnungen, die keine Schwierigkeiten damit bekunden, auch mehr als zwei Personen die elterliche Verantwortung zuzugestehen und damit die Realität, in der viele Kinder in Patchwork-Familien heute leben, anzuerkennen. Diese Vorreiterrolle hat hier England (die Rechtslage ist dort ähnlich wie in Australien), die kontinental-europäischen Länder sind in diesem Bereich viel zurückhaltender.

d) Kindes- und Verwandtenunterhalt

Beim Kindes- und Verwandtenunterhalt bestehen erhebliche Divergenzen zwischen zwei Gruppen von Rechtsordnungen: Während einige kontinentale Rechtsordnungen von wechselseitigen Unterhaltspflichten zwischen Verwandten in gerader Linie ausgehen, beschränken namentlich die Rechtsordnungen des Common Law, aber auch die skandinavischen Rechtsordnungen, die Unterhaltspflicht auf jene der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern. Erst mit zunehmender Scheidungshäufigkeit ist dort ein grundsätzlich zeitlich eng limitierter Ausbildungsunterhalt hinzugetreten.

In der Bundesrepublik gewährt das bürgerliche Recht noch einen umfassenden

¹⁰⁾ Vgl. BVerfG FamRZ 2003, 285 und 2003, 1447.

¹¹⁾ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.02.2001, Artikel 1: Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft - LPartG - (BGBl. 2001 I S. 266). Das Gesetz wurde inzwischen mehrfach geändert, zuletzt durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts (siehe Fußnote 4).

Unterhaltsanspruch gegen Aszendenten und Deszendenten, der grundsätzlich lebenslang besteht. Auch an diesem umfassenden Unterhaltsgefüge wird seit längerem Kritik geübt, da es die mittlere Generation, die Unterhaltsansprüchen von Kindern und Eltern gleichermaßen ausgesetzt ist, in einem zu hohen Maße belastet.¹²⁾ Derzeit ist der Ausgleich der widerstreitenden Interessen in diesem Bereich jedoch noch allein der Rechtsprechung überantwortet.¹³⁾

VI. Schlussbetrachtung

Das Familienrecht ist in Bewegung, auch und gerade in Europa. So wird darüber diskutiert, ob und inwieweit das völlig unstrittige Prinzip der Vorrangstellung des Kindeswohls auch Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Beziehung zwischen Partnern selbst haben kann, insbesondere dort, wo es um die Regelung der finanziellen Folgen nach Auflösung von Partnerschaften geht.

Unter dem Aspekt des Verantwortungsprinzips wird untersucht, ob Unterhaltsansprüche, die nicht auf ehebedingten Nachteilen beruhen, überhaupt zu rechtfertigen sind. Ein Partner kann sicher nicht dauerhaft dafür einstehen müssen, dass der andere auf Grund nicht ehebedingter Umstände - ich denke hier an Krankheit oder Arbeitsmarktlage - nicht in der Lage ist, für seinen eigenen Lebensunterhalt aufzukommen. Nach längerer Dauer der Ehe erscheint es in diesem Fall jedoch gerechtfertigt, für eine gewisse Übergangszeit eine Leistungsverpflichtung des finanziell stärkeren Partners zugunsten des bedürftigeren anzunehmen, damit letzterer Gelegenheit erhält, seine Lebensführung an die veränderten Umstände anzupassen. Damit stellt sich das Hauptproblem, festzustellen, ob und welche Vor- und Nachteile ehebedingt sind. Diese Frage ist anhand der jeweiligen Aufgabenteilung in der Partnerschaft zu bestimmen.¹⁴⁾

¹²⁾ Vgl. Götz/Brudermüller, Gesetzliche Befristung des Ausbildungsunterhalts?, Familie, Partnerschaft, Recht, Zeitschrift für die Anwaltspraxis (FPR) 2008, 352 ff.

¹³⁾ Vgl. zum Elternunterhalt etwa BGH, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 128 und 2306; 2004, 674 und 769. Vgl. auch Brudermüller, Elternunterhalt - Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 633 ff.

¹⁴⁾ Vgl. die Falltypen bei Brudermüller (Fn. 3), S. 172 f. Vgl. auch Brudermüller, Referat

Sorgt ein Partner für gemeinsame Kinder, den Haushalt, den anderen Partner oder im Interesse des anderen für dritte Personen und verzichtet deshalb auf eigene Erwerbstätigkeit, so resultieren daraus regelmäßig partnerschaftsbedingte Nachteile auf der einen und dementsprechende Vorteile auf der anderen Seite. Der diese Aufgaben wahrnehmende Partner erfüllt damit eine gemeinsame oder gar eine Pflicht des anderen Partners und entlastet diesen. Das Verantwortungsprinzip gebietet dann wiederum die Aufteilung der daraus resultierenden Konsequenzen. Von einem rein an diesem Ausgleich orientierten Recht ist das Unterhaltsrecht der Bundesrepublik allerdings noch ein gutes Stück entfernt.

Angesichts der Entwicklung der Medizin und Gendiagnostik wird diskutiert, ob an der erwähnten *pater est*-Regel überhaupt noch festgehalten werden kann. Die Gründe, die für diese Regel sprachen - nämlich fehlende Möglichkeit der Feststellung genetischer Abstammung einerseits und Schutz des Kindes vor Nichtehelichkeit in einer Zeit, in der diese zur sozialen Ächtung führte, andererseits - zählen nicht mehr. Schreibt man diese Entwicklung konsequent fort, so lässt sich an ein neues Modell rechtlicher Elternschaft, nämlich intentionaler Elternschaft, denken. Danach wäre die Person rechtlicher Elternteil, die mit Zustimmung der Geburtsmutter intentionaler Elternschaft für das Kind übernimmt. Auch wenn es dem Kindeswohl sicher am besten dient, wenn zwei Menschen gemeinsam willentlich Verantwortung für ein Kind übernehmen, so ist doch zweifelhaft, ob sich ein solches Modell in absehbarer Zeit jedenfalls in Europa durchsetzen kann.

Gemessen an den internationalen Entwicklungen etwa in England, Kanada, Australien und Neuseeland sowie einzelner US-amerikanischer Bundesstaaten lässt sich nicht verkennen, dass das Familienrecht der europäischen Rechtsordnungen und namentlich des deutschsprachigen Rechtskreises (also in Deutschland, der Schweiz und in Österreich) in weiten Bereichen noch dem Gedankengut des ausgehenden 19. Jahrhunderts verhaftet ist, obwohl sich Gesellschaft und Familie seither stark verändert haben. Ich hoffe, Ihnen aber vermittelt zu haben, dass auch in Deutschland das Familienrecht nicht stehengeblieben ist, sondern die internationale Entwicklung aufgreift und mit eigenen Reformen den Weg zu einem modernen Familienrecht beschreitet.

zum 67. Deutschen Juristentag (Fußnote 2).

유럽 가족법에서 최근의 발전*

Gerd Bruder Müller**

번역 : 金 載 亨*** · 金 俊 錫****

요 약

이 논문은 유럽 가족법의 발전에 관하여 특히 독일의 법상황을 고려하여 설명한 것이다. 가족법의 기본원칙을 소개하고 그 배경을 간략하게 살펴보고 있다.

혼인법은 더 이상 주된 목적이 혼인제도를 보호하는 데 있지 않다. 이혼법과 이혼효과법에서 많은 개혁이 이루어졌다. 이혼 후 부양은 점차 혼인의 결과로 생긴 불이익을 조정하는 데 제한된다. 유책주의적 관점은 없어지고 있다.

친자법에서는 무엇보다도 자녀의 복리가 중요하다. 순수하게 지위지향적인 사고는 영향력을 잃고 있다. 혼인 중의 자녀와 혼인 외의 자녀는 거의 동등하게 되었다. 생물학적·법적 부모와 사회적 부모 사이의 관계를 재고하도록 하고 있다. 법적 부모의 취급, 父性確定과 부모의 책임에 관한 경향을 소개하고 있다. 또한 - 이성 배우자와 동성 배우자의 - 혼인 외의 공동생활에서의 법상황도 이러한 발전에 의하여 영향을 받고 있다.

주제어 : 가족법, 혼인법, 이혼, 친자법, 자녀의 복리, 父性確定, 혼인 외의 공동생활

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 연구지원비의 보조를 받았다. 이 글은 게르트 브루더뮐러 교수가 2008년 6월 4일 서울대학교 법과대학에서 개최된 「서울대학교 법학연구소 제157회 법과 문화 Forum」 겸 「세계속의 한국법의 발전사업단 제119회 Foreign Authority Forum」에서 발표한 내용에 각주를 추가하는 등 수정한 것이다.

** 독일 칼스루에 고등법원 부장판사, 독일 가정법원회의 의장, 독일 만하임대학교 명예교수.

*** 서울대학교 법과대학 교수. 초고를 읽고 유익한 의견을 주신 윤진수 교수님께 감사한다.

**** 서울대학교 대학원 법학과 박사과정.

I. 출발점

모든 서구 산업국가에서 20세기 중반까지 가족법은 현저하게 지위지향적(status-orientiert)이었다. 유일하게 승인된 법적인 가족관계로서 혼인은 부부 간의 법적 관계뿐만 아니라 부모와 자녀간의 법적 관계도 지배하였다.

혼외 동거는 부분적으로 20세기 말까지도 여전히 처벌을 받았다. 많은 유럽 법제에서 오늘날까지 혼외 동거는 가족법적으로 아무런 효과를 발생시키지 않았고, 일반적인 채권 및 물권법 규정에 맡겨져 있다.

혼인법 자체는 혼인제도를 보호하려는 목표를 지향하였다. 그에 상응하여 이혼법은 혼인관계의 해소를 억제하는 것을 목적으로 하였다. 혼인 당사자들이 자신들의 혼인관계를 임의적으로 처분할 모든 권한은 부인되었다. 이혼은 어떤 경우든 자신의 혼인상의 의무를 위반한 배우자에 대한 제재로 나타났다.

II. 가치변동과 사회통계적 변화

1960년대 이래 가족법 전체를 뿌리째 뒤흔드는 근본적인 가치변동이 발생하였다. 이를 표현하는 표어가 한편으로 “세속화(Säkularisierung)”, 다른 한편으로 “해방(Emanzipation)”이다. “세속화”로써 혼인제도는 가족법 전체의 틀을 짜는 역할을 상실하였고, “해방”은 우선 양성평등으로서, 1990년대에는 자녀와 관련된 해방을 의미하게 되었는데, 자녀는 객체로서의 지위로부터 벗어나 점점 더 자신의 고유한 권리를 가진 주체로서 인식되었다.

이 가치변동은 근본적인 사회 통계적 변화를 초래하였다. 여기서는 다만 표어 형태로 언급하고자 한다: 혼외 출생 및 혼외 생활공동체의 증가,¹⁾ 이혼율의 급격한 상승, 그리고 최근 동성 동반자관계에 관한 입법의 증가. 사회학적으로 보면 이런 현상은 “생활 형태의 다원화”라고 말할 수 있다. 여기에 현대 의학적, 생물학적 발전, 특히 생식의학 분야의 발전에 따라 발생한 변화들이 추가되었다.

¹⁾ Kreyenfeld/Konietzka in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 45, 57 ff. 참조. 독일에서의 통계에 대해서는 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 2007 für die Bundesrepublik Deutschland, 2007, S. 47.

III. 가족법 개혁

1. 1960년대 말 이래 이러한 사회통계적 변화들은 가족법의 근본적 개혁을 가져왔다. 우선 이혼법이 개정되었다. 예를 들어 이탈리아나 최근 아일랜드와 같은 몇몇 국가에서는 이혼이 처음으로 가능해졌다. 다른 나라에서는 한편으로 우선 이혼의 전제조건으로서 유책주의를 철폐하는 것이 문제되었고 다른 한편으로 이혼을 일반적으로 더 용이하게 할 수 있도록 하는 것이 문제되었다. 실체법상의 변경은 절차법상의 변경에 의하여 보완되었고, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 스페인에서 시행되고 있는 것처럼 행정기관에 의한 이혼이 가능해지기까지 하였다(독일에서는 이에 관한 입법계획이 통과되지 않아 이혼은 여전히 법원의 판결을 통해서만 가능하다). 이혼의 효과에 관한 법에서도 유책주의적 고려는 크게 줄었고, 그만큼 더 실제 생활관계를 고려하게 되었다.

2. 친자법에서 혼외 자녀의 동등한 대우가 거의 실현되었고, 자녀의 복리가 강조되었다. 이는 생물학적·법적 부모의 지위와 사회적 부모의 지위 사이의 관계를 재고하도록 하였다. 현대 생식의학의 다양한 가능성도 친자법에 폭넓게 반영되었다. 아동의 권리에 대한 인정은 유엔의 아동의 권리에 관한 협약에서 최고조에 달한 것처럼, 다른 변화들을 초래하였다.

3. 전통적 혼인 외의 공동생활 영역에서는 유럽국가들의 입법자는 다소 소극적이었다.²⁾ 이성간의 혼인외 생활공동체는, 극소수의 경우에, 단지 개별적인 문제와 관련해서만 혼인과 동등한 지위를 가졌다. 동성간의 공동체의 경우는 이와 다르다. 점점 더 많은 국가에서 이들에게 혼인에 매우 유사한 법제도를 허용하였다. 벨기에, 네덜란드, 스페인에서는 심지어 동성혼인도 가능해졌다.

유럽의 가족법이 과거 40년 간 근본적인 가치변화를 경험하였다는 것이 이러한 과정에서 나타난다. 혼인제도와 남편의 우월권을 보장하는 것이 가족법의 (명시적으로 표현되지는 않았더라도) 하나의 목표였다면, 오늘날에는 가족법이 가치변동과 변화된 사회통계적 발전을 배경으로 하여 - 유럽 각국에 따라 정도의 차

2) 이것은 크로아티아, 노르웨이, 스코틀란드, 스웨덴, 세르비아, 스페인에 대해서는 적용되지 않는다. Übersicht bei Dethoff, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag (2008) unter B. II.3.b.

이는 있지만 - 새로운 중점들과 함께 계속 발전하는 경향을 보인다.

IV. 가족법의 핵심원리

가족법의 계속적 발전은, 표어적으로 한정하여 말한다면, 무엇보다도 세 가지 원리로 설명할 수 있다:

- 혼인 외의 생활형태에 대한 국가의 중립성 (1.)
- 자녀복리의 우선 (2.)
- 책임귀속의 원칙 (3.)

1. 가족법은 “세속화”되었다. 즉 가족법은 더 이상 어느 하나의 특정한 생활형태를 제시하는 것을 과제로 하고 있지 않다. 그것은 혼인이라는 하나의 생활형태에 대하여 다른 생활형태보다 특권을 부여하는 방식으로라도 마찬가지다. 가치관의 조정이 더 이상 국가의 일차적 과제가 아니기 때문에, 결국 계약의 자유와 당사자의 자율이라는 보편관념이 전면에 등장한다.

2. 미래세대의 보호가 가족법의 일순위의 목표라는 데 대해서는 원칙적으로 이견이 없다. 따라서 자녀복리의 우선이 강화되어야 한다. 이 목표설정은 무엇보다 부모와 자녀의 관계에서 의미 있다.

3. 책임을 청구하는 원칙에 대해서도 폭넓은 공감대가 형성되었다고 볼 수 있다. 이와 관련하여 문제되는 것은 무엇보다도 동반자관계에 있는 사람은 누구나 책임을 부담하며, 이 관계가 파탄에 이른 경우라도, 그럴수록 더욱 책임을 부담해야 한다는 것이다. 다만 이러한 책임귀속의 한계가 어디에 있는지에 대해서는 다양한 견해가 대립한다.

V. 유럽가족법 형성의 특징

유럽에서 현재 시행되고 있는 가족법의 형성과정에서 이 세 가지 원리는 어떻게 표현되고 있는가?

1. 혼인관계 해소의 재정적 효과

유럽 법권 내의 대부분의 법제에서 이혼의 경우 세 가지 - 서로 명확히 구별되는 - 청산제도를 규정하고 있다: 이혼 후 부양, 재산분할 그리고 몇몇 국가, 특히 독일에서는 연금기대권의 청산. 청산제도는 각각 고유한 요건과 조건에 따른다.

a) 이혼 후 부양, 즉 매월 금전지급의 방식으로 이루어지는 정기금에 관해서는 다양한 근거가 제시되고 있다. 여기에서는 무엇보다 혼인 해소 후에도 부양의무의 존속을 정당화하는 “혼인 해소 후의 연대성” 개념이 등장한다. 이에 대조되는 관념으로는 “clean break”, 즉 깨끗한 단절이 있다. 양자를 절충하는 방안으로 많은 법제에서는 이혼 후 부양은 오직 혼인으로 인한 불이익을 청산하는 것을 목적으로 해야 한다는 관념이 점점 발전하였다. 이러한 생각을 더 일반화한다면, 혼인 해소의 경우 혼인으로 인한 이익 또는 불이익은 재정적으로 청산되어야 한다는 것이다. 이에 반해 혼인과 무관한 이익 또는 불이익은 그것이 발생한 배우자에게 남아 있게 된다. 이 경우 청산은 이루어지지 않는다.³⁾ 분배비율에 관해서는 어쨌든 원칙적으로 50:50을 기준으로 한다. 이것이 부양법에 관한 대부분의 유럽 대륙 법제가 제시하는 해결책에 부합한다. 그러나 부양정기금의 비율은, 그것이 오직 혼인으로 인한 불이익을 청산하는 것일 때에는 감소할 수 있다.

독일 부양법은 이혼 후의 기간 동안 매우 포괄적인 부양청구권을 인정한다. 이는 혼인 중의 생활관계에 따라 산정되어야 하고 그 결과 많은 경우에 일방 배우자는 이혼한 상대방의 소득 일부를 지속적으로 나누어 받았다. 이미 오래전부터 예고된 독일의 부양법 개정은 이제 2008년 1월 1일에 시행된 개정법⁴⁾에서 이혼

3) 이것에 대해서는 Brudermüller, *Geschieden und doch gebunden? Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral*, Verlag C.H. Beck, München 2008 참조.

4) Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, Bundesgesetzblatt 2007 Teil I S. 3189.

후 자기책임의 강화를 목표로 한다. 그래서 부부 중 누구도 원칙적으로 이혼 후 스스로 자신의 생계를 책임져야 한다는 것에서 출발한다. 어느 일방에게 이것이 불가능하거나 또는 부분적으로만 가능하더라도, 새 규정에 따르면 지금까지보다 훨씬 더 강력하게 기존의 부양료에 상한을 제한하거나, 또는 기한을 정할 수 있다. 여기에서도 결정적인 것은 – 위 개정 전에 이미 판례에서 점점 더 강조되었던 – 이혼 후 부양이 혼인의 결과로 인한 불이익을 청산해야 하기는 하지만, 종전 배우자의 수입의 일부를 지속적으로 청구할 수 있는 청구권을 보장할 수 없다는 관념이다. 결국 한편으로는 이혼 후에도 사후효과가 있는 가족 보호와 다른 한편으로는 부양의무자의 일반적 행동의 자유 – 둘 다 우리 헌법이 보호하는 권리들이다 – 를 조화시키는 것이 중요하다. 즉, 전 배우자가 궁핍에 빠지지 않도록 하면서, 상대방으로 하여금 새로운 동반자관계 또는 가족에서 재정적으로도 새 출발을 할 수 있도록 한다.

b) 부부재산법은 – 그리고 또한 연금청산(Versorgungsausgleich)은, 독일에서처럼 도입된 한도에서 – 오늘날 많은 법제에서 절반 배분의 원칙(Halbteilungsgrundsatz)에 기초하고 있다. 이는 혼인 기간 동안 취득한 재산상의 이익은 두 배우자의 노력에 의한 것으로, 따라서 관계가 종료된 때에는 절반씩 배분해야 한다는 점에서 출발한다. 그러나 이 모델은 전통적인 “가정주부혼인”에 일반적으로 연계되어 있고, 너무 도식적이라는 이유로 이미 불만족스럽다는 비판을 받는다.⁵⁾

c) 유럽 법역에서 – 유럽 외의 법제들(특히 캐나다, 호주, 뉴질랜드)에서와는 달리 – 중요한 법적 효과와 관련하여, 특히 동반자관계의 해소에 따른 재정적 효과가 문제되는 경우에, 혼인과 혼인 외 생활공동체를 매우 다르게 취급하고 있다는 것도 만족스럽지 못하다. 독일에서는 혼인 외 생활공동체관계의 종료 후에는 이미 행해진 급부는 통상 청산되지 않는다는 원칙이 존재한다.⁶⁾

5) 제67차 독일 법률가대회(주 2 참조)는 민법부(zivilrechtliche Abteilung)에서 “Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?”라는 주제로 이 주제를 다루었다.

6) 가령 BGH, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2005, 1151 (1152) 참조. 또한 독일 연방대법원 2008년 7월 9일 판결, FamRZ 2008, 1823, 1828 참조. 좀 더 상세한 것은 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage 2009, Einleitung vor § 1297 BGB Randnummer 32.

2. 친자법

a) 일반

친자법에서 혼인 중의 출생 또는 혼인 외 출생이라는 지위에 아무런 본질적인 의미가 더 이상 부여되지 않는다는 것에 대해 이제 거의 이견이 없다. 이러한 관념만이 유엔의 아동의 권리에 관한 협약의 내용에 부합하며, 소수의 예외(예컨대 스위스)를 제외하고는 개별국가들의 법제에서 최근 15년 동안 폭넓게 실현되었다.

특히 최근에는 비교법적 차원에서 법적, 유전적 그리고 사회적 부모의 지위 간의 상당한 긴장관계가 나타나고 있다.

한편으로는 법적 부모의 지위가 도대체 어떻게 정의되어야 하는지, 다른 한편으로는 법적 부모의 지위가 사회적 및 유전적 부모의 지위와의 관계에서 어떤 의미를 가져야 하는지 문제된다. 이러한 문제의 제기는 무엇보다도 현대 생식의 학의 가능성과의 관계에서 강조된다.

b) 법적 부모의 지위

aa) 출발상황

최근까지 법적 부모의 지위를 결정하기 위해 많은 법제들에서 비교적 다툼 없이 두 가지 핵심 원칙들을 동원할 수 있었다. 하나는 *mater semper certa est* (어머니가 누구인지 언제나 확실하다)이고, 다른 하나는 *pater est quem nuptiae demonstrant* (아버지는 어머니와 혼인한 사람이다)이다. 따라서 어머니와 그녀의 남편이 혼인 중에 태어난 자녀의 법적 부모였다. 그러나 이 두 원칙은 최근 크게 흔들리고 있다.

난자 증여와 배아 증여의 의학적 가능성으로 인해 *mater semper certa est* 원칙이 무조건 타당하지는 않다. 오히려 母의 地位가 분리되는 상황, 즉 자녀를 출산한 어머니가 유전적으로 그 자녀의 어머니가 아닌 경우가 발생할 수 있다. 그런데도 모든 법제들은 - 부분적으로 허용되는 익명의 출산 가능성을 논외로 한다면 - 母의 地位를 여전히 원칙적으로 출산과 결부시키고 있다.

pater est 원칙도 최근 몇 년 사이 대부분의 법제들에서 상당한 변화를 겪었다. 이 원칙은 제한되었고, 남편이 아버지일 가능성이 거의 없는 경우에는 더 이상 타당하지 않다. 혼외 동반자나 심지어 다른 남자로부터의 인공수정에 동의한 레즈비언 동반자에게까지 확장하는 것 - 예를 들어 호주에서와 같이 - 은 독일에서는 아직 받아들여지지 않았다.

bb) 父性確定

2008년 4월 1일 “부인절차와 무관한 부성확정을 위한 법률”⁷⁾이 독일에서 발효하였다. 이로써 자녀가 누구의 자손인지에 관하여 유전자 확인을 하는 것은 親生否認과는 별도로 가능해졌다.

구법에 따르면 혈통에 관한 의문은 모든 관련자들이 동의할 경우 사적인 감정(Gutachten)을 통해 아무 문제없이 해결될 수 있었다. 만일 관련자들 중의 한 사람이 이를 거부하면, 법적인 아버지에게는 오직 親生否認의 訴의 가능성만이 남아 있었다(개정 전 독일민법 제1600조 이하). 이 否認의 訴는 父性에 어긋나는 정황을 인지한 후 2년 기한 내에 제기되어야 했다. 부인절차는 다시 해당 자녀가 다른 남자의 자녀라는 의심을 뒷받침하는 사실들이 진술될 것을 전제로 한다. 법적인 아버지는 종종 - 특히 관계가 갈등상황에 처해 있을 때 - 뒷받침할 사실들을 제시하지 못하면서 그저 자신이 친아버지가 아니라는 의심만을 제기하기 때문에, 이제까지는 자녀나 자녀의 어머니도 알지 못하게 자녀로부터 유전적 자료들을 추출하였고(입으로 빠는 짓꼭지만으로도 충분하다), 그것으로 비밀리에 혈통감정을 받았다. 그러나 이러한 행위는 독일 연방헌법재판소의 2007년 2월의 판결⁸⁾에 따르면 “정보에 관한 자기결정”에 대한 자녀의 권리를 침해하며, 그 감정은 증거수단으로 사용될 수 없다. 그 판결에서 연방헌법재판소는 입법자에게 자신의 자녀가 자기로부터 출생한 것을 알 아버지의 권리를 실현시킬 적절한 절차를 마련할 것을 과제로 부과하였다.

법적인 아버지가 생물학적 아버지가 아니라는 사실이 否認節次에서 드러나면, 그와 동시에 아버지와 자녀 간의 법적인 끈은 강제로 절단되었다. 즉 이제까지는 동의가 없으면, 아버지와 자녀 간의 법적인 관계에 어떠한 영향도 우려할 필요 없이, 혈통을 해명할 수 있는 가능성이 전혀 없었다. 헌법재판소의 판결내용에 상응하는 새로운 법률에 의해 父性 해명은 모든 당사자들 - 아버지, 어머니 그리고 자녀 - 에게 쉬워졌다.

독일민법 제1598a조에 있는 새로운 규정은 아버지, 어머니 그리고 자녀가 각각 다른 두 구성원가족을 상대로 혈통을 밝힐 청구권을 갖는다고 규정한다. 이는 관련자들이 유전적 혈통 조사에 동의해야 하며, 필요한 시료를 채취하는 것을 용인해야 한다는 것을 말한다. 이 청구권은 그 밖에 아무런 요건이 없다. 기한도

7) Bundesgesetzblatt 2008 I S. 441.

8) 2007년 2월 13일 판결- 1 BvR 421/05 -, FamRZ 2007, 441.

정해져 있지 않다. 다른 가족구성원들이 혈통 해명에 동의하지 않을 경우, 그들의 동의는 원칙적으로 가정법원에 의해 대체된다. 그러나 예외적 상황(특수한 생활환경과 성장단계)에서 자녀복리를 고려하기 위해, 그 절차는 정지될 수 있다. 이로써 미성년의 자녀를 고려하지 않은 채 바람직하지 않은 시점에 그 청구권을 행사할 수는 없게 되었다.

그러나 부인절차는 해명청구권을 실현하기 위한 절차와 별개로 가능하다. 의심을 품은 가족은 이제 어느 한 절차 또는 양 절차, 즉 우선 해명절차 그리고 나서 부인절차를 요구할지 선택할 수 있다.

c) 부모의 책임

부모의 책임 영역도 최근 수십 년 동안 근본적 변화를 겪었다. 예전에는 아버지의 친권, 부모의 친권, 그 다음에는 부모의 감호가 언급되었다면, 최근 국제적으로 부모의 책임 개념이 실현되기 시작하였는데, 이 개념이 자녀복리 우선으로의 패러다임변화를 특히 잘 표현해주고 있다.

자녀는 더이상 친권의 객체가 아니라 권리주체로 이해된다. 그래서 독일 법은 원래부터 존재해온 아버지의 징계권과 결별하였다. 민법은 이제 동반자적, 무엇보다 비폭력적 양육 원칙을 전제한다. 부모의 감호와 면접교섭은 부모의 권리일 뿐만 아니라, 그들의 의무이다. 아주 최근에 연방헌법재판소는 2008년 4월 1일 판결⁹⁾에서 심지어 헌법적으로 보호되는 자녀의 권리, 부모가 자녀를 위해 감호를 하며, 부모의 권리와 불가분으로 연결된 자녀 보호와 양육 의무를 이행하도록 요구하는 청구권을 공식화하였다. 그 결정에서 핵심적인 문제는 부모 중 일방에게, 그가 거부할 경우에, 자신의 자녀와 인적 접촉을 하도록 강제수단을 통해 명령할 수 있는냐는 것이었다. 연방헌법재판소는 부모의 의무를 이행할 것을 구하는 자녀의 청구권에도 불구하고 통상적인 경우에 대해서는 이를 인정하지 않았다. 강제적으로 성사된 인적 접촉은 자녀복리에 도움이 되지 않을 수 있기 때문이다.

부모의 책임을 부과하는 것에서 점차 **순수하게 지위지향적 사고방식과 단절되는 것이 명백해질 수 있다.** 종전에는 친권이 원칙적으로 부모의 혼인에 연결되어 있었던 반면, 친권자 내지 감호권자의 범위가 계속해서 확장되었다. 혼외자의 어머니를 친권자로 인정하는 것 다음에는 이혼 후의 공동 감호가 이어졌다. 혼인하

⁹⁾ FamRZ 2008, 845.

지 않은 부모의 공동 감호도 오늘날 많은 법제에 규정되어 있다. 그러나 독일에서는 혼인하지 않은 부모의 공동 감호는 여전히 어머니의 동의를 전제한다. 몇몇 아버지들이 이 규정을 헌법재판소에 제소하였으나, 2003년 패소하였다.¹⁰⁾ 혼외자들이 출생하여 처하게 되는 생활관계의 상이함을 고려하여, 연방헌법재판소는 어머니에게 감호권을 귀속시킨 것을 합헌으로 선언하였다. 그러나 동시에 입법자에게 이 영역에서 실제 전개상황을 관찰·조사하고 이 규정이 장래에도 현실에서 그 존립할 수 있을지 검토하라는 과제를 부과하였다.

그러는 사이 몇몇 법제들은 부모의 책임을 제3자, 즉 의붓부모나 양부모에게 위임할 수 있는 가능성을 규정한다(독일에서는 독일민법 제1687b조에 따라 이른바 “작은 감호권(kleines Sorgerecht)”이 인정되고, “등록된 생활동반자에 관한 법률”¹¹⁾ 제9조 제1항에 따라 동성 동반자들의 경우에 준용된다). 부분적으로 그 한도에서 아직 어느 정도까지는 핵가족의 모사인 ‘2인 모델(Zwei-Personen-Modell)’이 전제되는 반면, 두 사람 이상의 사람들에게도 부모의 책임을 인정하고 그래서 오늘날 많은 어린이들이 ‘조각보 가족(Patchwork-Familien)’에 살고 있는 현실을 승인하는 데 어려움이 없는 법제들도 이미 간혹 있다. 이 경우에 영국이 이러한 선구자적 역할을 하는 반면(법적 상황은 호주에서와 유사하다), 유럽 대륙법 국가들은 이 영역에서 훨씬 소극적이다.

d) 자녀부양과 친족부양

자녀부양과 친족부양의 경우에 두 법제 군에 상당한 차이가 존재한다. 몇몇 대륙법제들은 직계 친족들 간의 상호 부양의무에서 출발하는 반면, 보통법 법제들과 스칸디나비아 법제들은 부양의무를 미성년 자녀들에 대한 부모의 부양의무에 한정한다. 이혼이 증가하자 비로소 그곳에서도 원칙적으로 시간적으로 아주 제한된 교육부양이 추가되었다.

독일에서 민법은 여전히 존속과 비속에 대한 포괄적 부양청구권을 보장하는데, 이 청구권은 원칙적으로 종신까지 유효하다. 이런 포괄적 부양구조에 대해서 오

¹⁰⁾ BVerfG FamRZ 2003, 285 und 2003, 1447 참조.

¹¹⁾ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.02.2001, Artikel 1: Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft - LPartG - (BGBl. 2001 I S. 266). 이 법률은 그 사이에 여러 차례 개정되었는데, 최근에 부양법의 개정과 관련한 법률(Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts) (주 4 참조)에 의하여 개정되었다.

래 전부터 자녀들과 부모의 부양청구권에 동시에 노출되어 있는 중년세대에게 지나치게 큰 부담을 지운다는 비판이 있었다.¹²⁾ 현재 이 영역에서 서로 충돌하는 이익들을 조정하는 것은 아직 판례에 맡겨져 있다.¹³⁾

VI. 맺음말

유럽에서도 그리고 바로 유럽에서 가족법은 변화하고 있다. 전혀 다툼이 없는 자녀복지의 우선 원칙이 특히 동반자관계 해소 후의 재정적 효과에 관한 규율이 문제되는 경우에 동반자 간의 관계를 형성하는 데에도 영향을 줄 수 있는지에 관해서 그렇다면 어떻게 영향을 줄 수 있는지, 논의되고 있다.

책임원칙의 관점에서 혼인에 의해 유발되지 않은 손실에 기초한 부양청구권이라도 대체 정당화될 수 있는지 연구되고 있다. 배우자 일방은 상대방이 혼인과 무관한 상황 - 질병 또는 노동시장 상황 등을 생각해 볼 수 있다 - 으로 인해 생계를 유지하기가 어렵게 된 경우에 대해서 지속적으로 책임을 질 수 없다는 것이 분명하다. 장기간의 혼인관계 후에는 그래도 이 경우 어느 정도의 과도기 동안에는 재정적으로 좀더 나은 배우자가 궁핍한 쪽을 위해, 궁핍한 자가 생활방식을 변화된 상황에 맞출 수 있도록, 지급의무를 부담하는 것이 정당화될 수 있는 것으로 보인다. 이로써 이익과 손실이 혼인에 의해 유발되었는지 여부 그리고 그렇다면 어떤 것들이 유발되었는지 확정해야 하는 핵심문제가 제기된다. 이 질문은 그때 그때의 배우자간의 역할분담을 고려하여 결정되어야 한다.¹⁴⁾ 배우자 일방이 공동의 자녀 양육, 가계, 상대방을 보살피거나, 상대방의 이익을 위하여 제3자를 보살피고 따라서 자신의 직업활동을 포기하였다면, 이로부터 통상적으로 배우자 일방에게 동반자관계에 수반된 손해가 발생하고, 그에 상응하여 상대방에게는 이익이 발생한다. 이런 과제를 수행하는 배우자 일방은 이로써 공동의 의무를 이행하거

¹²⁾ Götz/Brudermüller, Gesetzliche Befristung des Ausbildungsunterhalts?, Familie, Partnerschaft, Recht, Zeitschrift für die Anwaltspraxis (FPR) 2008, 352 ff. 참조.

¹³⁾ 부모의 부양에 대해서는 가령 BGH, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 128 und 2306; 2004, 674 und 769 참조. 또한 Brudermüller, Elternunterhalt - Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH NJW 2004, 633 ff. 참조.

¹⁴⁾ 사안 유형에 관해서는 Brudermüller (주 3), S. 172 f. 참조. 또한 Brudermüller, Referat zum 67. Deutschen Juristentag (주 2), 참조.

나 또는 심지어 상대방의 의무를 이행하고 상대방의 부담을 덜어준다. 그래서 책임원칙은 다시 이로부터 도출되는 결과들을 분할할 것을 요구한다. 그러나 순수하게 이러한 정산을 지향하는 법으로부터 독일 부양법은 아직 상당한 정도 떨어져 있다.

의학과 유전학적 진단법의 발전을 고려하여 이미 언급된 *pater est* 규칙이 여전히 고수될 수 있는지 논의되고 있다. 이 규칙의 근거가 되었던 이유들 - 즉 한편으로 유전적 혈통을 확정할 가능성이 없었고 다른 한편으로 혼외 출생이 사회적 경멸의 대상이었던 시기에 자녀가 혼외자가 되는 것을 막는다는 것 - 은 더 이상 의미 없다. 이와 같은 발전을 철저하게 계속 추진한다면 법적 부모지위의 새로운 모델, 즉 의도적 부모지위를 생각해볼 수 있다. 이에 따르면 출산모의 동의를 받아 의도적으로 자녀를 위한 부모지위를 인수하는 사람이 법적인 부모일 것이다. 그러나 두 사람이 공동으로 의도적으로 자녀를 위한 책임을 인수하는 것이 자녀복리에 분명히 최고로 기여하는 경우에도 그러한 모델이 머지않은 미래에 적어도 유럽에서 실현될 수 있을지는 의심스럽다.

가령 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드와 몇몇 미국 주들에서의 국제적 발전을 살펴보면, 사회와 가족이 이후 급격히 변화하였는데도 유럽, 특히 독일어권 법권들(독일, 스위스, 오스트리아)의 가족법은 광범위한 영역에서 이미 지나간 19세기의 사고체계에 아직 얽매어 있다. 나는 여러분에게 독일에서도 가족법이 제자리에 머물러 있지 않고 국제적 발전을 수용하고 그 개정을 통하여 현대 가족법으로 나아가고 있다는 것을 보여주고자 하였다.