

**Répartition de l'excédent – rappels de principes et précision relative aux enfants de parents non mariés entre eux.** L'excédent résultant du calcul de contributions d'entretien selon la méthode en deux étapes doit en principe être réparti selon « les grandes et les petites têtes » ; l'autorité judiciaire est toutefois libre de s'en écarter dans des cas particuliers pour de justes motifs (consid. 2.1). Etant précisé que les « grandes têtes » sont les parents et les « petites têtes » sont les enfants (consid. 2.4).

Rappel de la jurisprudence selon laquelle la part de l'excédent de l'enfant ne peut pas être calculée sur la base des excédents additionnés des deux parents lorsque seul l'un d'eux est tenu de verser une contribution d'entretien (consid. 2.4).

En l'occurrence, en se basant sur l'égalité souhaitée entre enfants de parents non mariés et enfants de parents mariés, le recourant a revendiqué l'application de la répartition par « grandes et petites têtes » en comptant la mère – non mariée au père – de sorte que l'enfant n'a droit qu'au 20% de l'excédent et non au 33% (consid. 2.3). Rappel qu'une partie de la doctrine est du même avis (consid. 2.4).

Rappel du principe selon lequel le parent non marié qui s'occupe de l'enfant n'a pas de droit d'entretien propre au-delà d'un éventuel revenu de remplacement pour la prise en charge personnelle de l'enfant (art. 285 al. 2 CC ; contribution de prise en charge), celui-ci étant limité au maximum à la couverture des besoins du minimum vital du droit de la famille et ne contenant dès lors pas de part excédentaire (consid. 2.6).

Il n'est pas possible d'inclure la « grande tête » du parent gardien dans le calcul de la répartition de l'excédent si les parents ne sont pas mariés entre eux. Le parent gardien ne fait effectivement pas partie du calcul de contribution d'entretien de l'enfant et sa situation financière n'est qu'indirectement prise en compte dans le cadre de la contribution de prise en charge. Inclure le parent gardien dans la répartition de l'excédent par « grandes et petites têtes » reviendrait à accorder une part surévaluée de l'excédent à la partie débitrice d'aliments, à savoir deux « grandes têtes » puisque la part virtuelle du parent gardien resterait attribuée au parent débiteur ; ce qui serait contraire au droit. Il faut au contraire s'en tenir à une répartition de l'excédent entre l'enfant et le parent débiteur. Cela ne relève pas d'un « avantage » économique inéquitable en faveur des enfants de parents non mariés entre eux (consid. 2.7).

**Idem – égalité de traitement entre enfants de parents mariés ou de parents non mariés entre eux.** L'égalité de traitement entre enfants de parents mariés entre eux et enfants de parents non mariés entre eux est garantie par la contribution de prise en charge (art. 285 al. 2 CC) (consid. 2.5).

Elle l'est également par le principe selon lequel l'entretien dû à l'enfant dépend de la capacité financière de ses parents et des circonstances du cas d'espèce (concubinage, (demi-)frères et sœurs, etc.), étant toutefois précisé qu'une égalité de traitement parfaite entre enfants de parents mariés ensemble ou non ne peut pas exister en raison des spécificités de l'institution du mariage et de chaque situation concrète (consid. 2.6).

**Idem – limitation de la part dédiée à l'enfant.** L'entretien dû à l'enfant au sens de l'art. 276 al. 2 CC et de l'art. 285 al. 1 CC est d'une ampleur dynamique puisqu'il tient compte à la fois des besoins concrets de l'enfant et de la capacité financière du parent débiteur d'aliments, l'enfant étant en droit de profiter d'une situation financière avantageuse. Ainsi, selon la méthode concrète en deux étapes, l'enfant a droit, selon les capacités financières du parent débiteur, à la couverture de ses besoins vitaux du minimum vital des poursuites, ou à celui du droit de la famille, voire en sus à une part d'excédent. Cette dernière n'étant toutefois pas destinée à la constitution d'épargne, mais à la couverture des besoins courants. Raison pour laquelle elle ne peut pas s'étendre de manière linéaire, mais peut être limitée – selon le pouvoir d'appréciation de l'autorité judiciaire – pour des raisons éducatives et de besoins concrets. Selon l'expérience générale de la vie, les besoins à financer à partir de l'excédent (loisirs, hobbies, vacances, etc.) augmentent avec l'âge de l'enfant. L'âge peut dès lors être pris en compte pour la limitation discrétionnaire de la part d'excédent revenant à l'enfant, en particulier lorsque la situation est favorable (consid. 2.6).

## Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter von Werdt, Bovey, Bundesrichterin De Rossa,  
Gerichtsschreiber Möckli.

## Verfahrensbeteiligte

A.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Angelo Schwizer,  
Beschwerdeführer,

## *gegen*

B.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Frischknecht,  
Beschwerdegegner.

## Gegenstand

Kindesunterhalt,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, II. Zivilkammer, vom 17. Juni 2021 (FO.2019.21-K2, ZV.2019.155-K2, ZV.2019.189-K2).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A. und C. sind nicht miteinander verheiratet und haben den am 18. März 2016 geborenen Sohn B., welcher unter gemeinsamer elterlicher Sorge und unter mütterlicher Obhut steht. Die Eltern lebten nie zusammen und trennten sich im August 2017. Sie versuchten, vor der KESB Toggenburg den Unterhalt für B. zu regeln, was schliesslich scheiterte.

### **B.**

In der Folge klagte B. gegen den Vater auf Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen.

Mit Entscheid vom 7. August 2019 setzte das Kreisgericht Toggenburg ab August 2017 bis zur Volljährigkeit bzw. bis zum Abschluss einer ordentlichen Ausbildung für zehn verschiedene Phasen Unterhaltsbeiträge zwischen Fr. 620.-- und Fr. 1'520.-- fest.

Dagegen erhob der Vater Beschwerde. Mit Entscheid vom 17. Juni 2021 verpflichtete ihn das Kantonsgericht St. Gallen für zehn bzw. elf verschiedene Phasen zu Unterhaltsbeiträgen zwischen Fr. 730.-- und Fr. 1'460.--.

### **C.**

Mit Beschwerde vom 23. August 2021 verlangt der Vater für die zehn bzw. elf Phasen teilweise tiefere Unterhaltsbeiträge. Ferner verlangt er die unentgeltliche Rechtspflege. Am 22. Dezember 2022 hat auch die Gegenseite die unentgeltliche Rechtspflege verlangt. Mit Vernehmlassung vom 19. Januar 2023 schliesst sie auf Abweisung der Beschwerde.

## Erwägungen:

### 1.

Anfechtungsgegenstand bildet die Festsetzung von Kindesunterhalt mit Fr. 30'000.-- übersteigendem Streitwert; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

### 2.

In der Sache geht es ausschliesslich um die Rechtsfrage, wie im Zusammenhang mit der Überschussverteilung bei nicht verheirateten Eltern die "grossen und kleinen Köpfe" zu zählen sind.

**2.1. Ausgangspunkt bildet die im Leitentscheid BGE 147 III 265 in Abkehr vom Methodenpluralismus für den Kindesunterhalt verbindlich vorgegebene zweistufig-konkrete Methode mit Überschussverteilung (BGE 147 III 265 E. 6.6) und innerhalb dieser Methode die Vorgabe, dass rechnerisch resultierende Überschüsse im Grundsatz nach "grossen und kleinen Köpfen" zu verteilen sind, davon aber im begründeten Einzelfall ermessensweise abgewichen werden kann und muss (BGE 147 III 265 E. 7.3), wobei die Ermessensausübung sich auf die Überschussverteilung beschränkt bzw. bei dieser gebündelt wird (BGE 147 III 265 E. 7.1).**

**2.2.** Das Kantonsgericht hat im Anschluss an die Feststellung des Einkommens und des Bedarfes die konkreten Kindesunterhaltsbeiträge anhand der in BGE 147 III 265 vorgegebenen Konzeption berechnet und dabei für diejenigen Phasen, in welchen während der Zeit der Minderjährigkeit des Sohnes ein Überschuss resultiert (es bestehen auch Phasen ohne Überschuss und sogar solche mit einer Unterdeckung), den Vater als "grossen Kopf" und den Sohn als "kleinen Kopf" betrachtet, mithin dem Vater 2/3 und dem Sohn 1/3 des Überschusses zugewiesen (vgl. Erwägungen im angefochtenen Entscheid ab S. 18; explizit Zuweisung des Überschusses in Verhältnis von zwei zu eins auf S. 21, S. 23 unten, S. 24, S. 25 und S. 26 oben).

**2.3. Beschwerdeweise macht der Vater geltend, das Kantonsgericht habe die in BGE 147 III 265 E. 7.3 gemachten Vorgaben dahingehend verkannt, dass richtigerweise auch die Mutter als "grosser Kopf" hätte gezählt werden müssen und dem Kind deshalb nur 20 % und nicht 33 % des Überschusses zustehe, weil sonst Kinder unverheirateter Eltern finanziell besser gestellt würden als solche verheirateter Eltern, was dem Anliegen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Einführung des Betreuungsunterhaltes widerspräche, alle Kinder gleichzustellen. Eine Gleichbehandlung lasse sich nur erzielen, wenn dieselbe Methode in derselben Art und Weise angewandt werde.**

**2.4.** Die in BGE 147 III 265 E. 7.3 erstmals verbindlich vorgegebene Regel der Überschussverteilung "nach grossen und kleinen Köpfen", von welcher im Einzelfall gegebenenfalls ermessensweise abzuweichen ist, wurde in der sich anschliessenden Rechtsprechung mehrmals bestätigt (BGE 147 III 293 E. 4.4; Urteile 5A\_491/2020 vom 19. Mai 2021 E. 4.3.1; 5A\_1072/2020 vom 25. August 2021 E. 8.4; 5A\_52/2021 vom 25. Oktober 2021 E. 7.2; 5A\_593/2021 vom 29. Oktober 2021 E. 3.2; 5A\_112/2020 vom 28. März 2022 E. 6.2; 5A\_382/2021 vom 20. April 2022 E. 6.2.1.3; 5A\_378/2021 vom 7. September 2022 E. 6.2).

**Im Leitentscheid BGE 147 III 265 E. 7.3 wurde allerdings nicht näher erläutert, was unter "grossen und kleinen Köpfen" zu verstehen ist, sondern dies gewissermassen als bekannt vorausgesetzt, unter**

**Verweis auf die einschlägige Lehre. Nach dieser ist unter einem "grossen Kopf" ein Elternteil und unter einem "kleinen Kopf" ein Kind zu verstehen, wobei einem "grossen Kopf" ein doppelt so hoher Überschussanteil zuzuweisen ist wie einem "kleinen Kopf"** (vgl. GLOOR/SPYCHER, Basler Kommentar, 7. Aufl. 2022, N. 36d zu Art. 125 ZGB; VETTERLI/CANTIENI, in: ZGB Kurzkommentar, 2. Aufl. 2018, N. 11 zu Art. 125 ZGB; JUNGO/ARNDT, Barunterhalt der Kinder, Bedeutung von Obhut und Betreuung der Eltern, in: FamPra.ch 2019, S. 760; BÄHLER, Unterhaltsberechnungen, von der Methode zu den Franken, in: FamPra.ch 2015, S. 277; HARTMANN, Betreuungsunterhalt - Überlegungen zur Methode der Unterhaltsbemessung, in: ZBJV 2017, S. 107; ALLEMANN, Betreuungsunterhalt - Grundlagen und Bemessung, in: Jusletter vom 11. Juli 2016, Rz. 66; HELLER, Betreuungsunterhalt & Co. - Unterhaltsberechnung ab 1. Januar 2017, in: Anwaltsrevue 2016, S. 469; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl. 2022, Rz. 590; AEBI-MÜLLER, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, in: Jusletter vom 14. Februar 2022, Rz. 37).

BGE 147 III 265 und die weiteren vorgenannten Urteile betrafen fast durchwegs verheiratete oder verheiratet gewesene Eltern; dort werden zufolge des parallel festzusetzenden (nach-) ehelichen Unterhalts alle Familienmitglieder in die Berechnung einbezogen und folglich sind bei der Verteilung des Überschusses zwei "grosse Köpfe" zu berücksichtigen. Einzig das Urteil 5A\_382/2021 betraf unverheiratete Eltern; dort hatte jedoch die Vorinstanz die Überschussverteilung ermessensweise vorgenommen und in E. 6.2.1.3 wurde dem beschwerdeführenden Vater vorgehalten, er zeige nicht auf, dass die Anwendung des Prinzips der "grossen und kleinen Köpfe" zu einem tieferen Überschussanteil des Kindes geführt hätte. Zur Frage, ob bei nicht miteinander verheirateten Eltern für den betreuenden (statt zahlenden) Elternteil ebenfalls ein "grosser Kopf" zu berücksichtigen ist, hat sich das Bundesgericht bislang soweit ersichtlich noch nie spezifisch geäussert. **Es hat lediglich im Zusammenhang mit der Überschussberechnung festgehalten, dass der Überschussanteil des Kindes nicht anhand addierter Überschüsse beider Elternteile bemessen werden darf, wenn nur der eine Elternteil zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet ist** (Urteile 5A\_102/2019 vom 12. Dezember 2019 E. 5.3; 5A\_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 5.6). Dies betrifft aber die Bemessung des Überschusses und nicht dessen Verteilung.

**Unter Bezugnahme auf BGE 147 III 265 vertreten verschiedene Autoren die Meinung, dass auch bei unverheirateten Paaren für die Berechnung des Kindesunterhaltes bzw. für die Überschussverteilung von zwei "grossen Köpfen" ausgegangen werden müsse, weil sonst das Kind gegenüber einem aus ehelichem Verhältnis stammenden Kind bevorzugt würde** (MEYER, Unterhaltsberechnung: Ist jetzt alles klar?, in: FamPra.ch 2021, S. 904; BURGAT, Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues; une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse, in: Newsletter Droit Matrimonial janvier 2021, S. 18; STOUDEMANN, Entretien de l'enfant et de l' (ex-) époux - Aspects pratiques, in: Famille et argent, 11ème symposium en droit de la famille 2021, S. 57 f.; MAIER/WALDNER-VONTOBEL, Gedanken zur neuen Praxis des Bundesgerichtes zum Unterhaltsrecht, in: FamPra.ch 2021, S. 884 f.; Frage hingegen offen gelassen von AESCHLIMANN/BÄHLER/ SCHWEIGHAUSER/STOLL, Berechnung des Kindesunterhaltes - Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B., in: FamPra.ch 2021, S. 271).

**2.5. Die Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder bei der Betreuung war Anlass und zentrales Element für die Einführung des sog. Betreuungsunterhalts.** Bis dahin war die Finanzierung der Eigenbetreuung nur bei verheirateten oder verheiratet gewesenen Elternteilen über den (nach-) ehelichen Unterhalt gewährleistet, während ein unverheirateter Elternteil vom anderen keine

geldwerten Leistungen für die persönliche Betreuung des Kindes beanspruchen konnte, selbst wenn diese im Kindeswohl lag. Diese Ungleichheit wollte der Gesetzgeber dadurch beseitigen, dass dem Kind nunmehr zivilstandsunabhängig ein Betreuungsunterhalt zusteht, welcher die im Zusammenhang mit der persönlichen Betreuung anfallenden Kosten abdecken und damit die Eigenbetreuung möglich machen soll, wenn sich dies als beste Lösung für das Kind erweist (zum Ganzen: Botschaft des Bundesrates zum Kindesunterhalt vom 29. November 2013, BBl 2014 529 ff. 541 und ferner 552).

Von einer zivilstandsunabhängigen *finanziellen* Gleichstellung von Kindern verheirateter und unverheirateter Eltern ist in der Botschaft nirgends direkt die Rede. **Der Gleichstellungsgedanke entspricht indes einem allgemeinen Gebot und liegt indirekt auch dem gesetzgeberischen Konzept zugrunde, indem der als Anspruch des Kindes ausgestaltete Betreuungsunterhalt eine unabhängig vom Zivilstand geschuldete finanzielle Leistungspflicht des nicht betreuenden Elternteils begründet (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Bis zur Höhe des familienrechtlichen Existenzminimums kommt Kindern mithin unabhängig vom Zivilstand der Eltern ein bedarfsorientierter Unterhalt zu (dazu nachfolgend), der auch die zur Eigenbetreuung nötigen Mittel einschliesst, soweit diese für das Kind als vorteilhaft erscheint.**

Der Gesetzgeber hat allerdings die rechnerische Umsetzung des Betreuungsunterhaltes - wie überhaupt des Kindesunterhalts - vollständig der Rechtsprechung überlassen. Er gibt in Art. 285 Abs. 1 ZGB einzig vor, dass sich der gebührende Unterhalt des Kindes zum einen an dessen Bedürfnissen und zum anderen an der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der unterhaltspflichtigen Eltern orientieren soll. Ausserdem wurde den Gerichten in der Botschaft zur Kindesunterhaltsrevision nahegelegt, die konkreten Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils als Basis für die Bemessung des (diesem wirtschaftlich zugeordneten) Betreuungsunterhaltes zu nehmen (Botschaft, BBl 2014 554 f. und 576 f.).

Ausgehend von diesen Grundlagen hat das Bundesgericht bei seinen Initialentscheiden zum Betreuungsunterhalt die Lebenshaltungskostenmethode zum Eckpunkt seiner weiteren Überlegungen gemacht (**BGE 144 III 377** E. 7.1.2.1; **144 III 481** E. 4.1) und in Aussicht gestellt, dass eine Vereinheitlichung der Methodik im gesamten Unterhaltsbereich anzustreben sei (**BGE 144 III 481** E. 4.1). Dies schien insofern notwendig, als die Berechnung des Betreuungsunterhaltes nie isoliert erfolgt, sondern stets auch der Barbedarf des Kindes und gegebenenfalls (nach-) ehelicher Unterhalt festzusetzen ist und zudem der konkrete Unterhaltsbeitrag von den finanziellen Mitteln der Unterhaltsverpflichteten abhängt. Vor diesem Hintergrund (Lebenskostenansatz und Massgeblichkeit der Leistungsfähigkeit der Unterhaltspflichtigen) kamen für die Vereinheitlichung weder Quotenmethoden noch Unterhaltstabellen in Frage (**BGE 147 II 265** E. 6.2 und 6.4); vielmehr standen die ein- oder die zweistufig-konkrete Methode im Vordergrund. Weil das Bundesgericht den Unterhaltsgläubigern, insbesondere dem Kind, ein aufwändiges Beweisverfahren - bzw. bei Neugeborenen oder nicht gelebten Verhältnissen den gar nicht erbringbaren Beweis der bisherigen Lebenshaltung - ersparen wollte, hat es sich gegen die einstufige Methode entschieden (**BGE 147 III 265** E. 6.5) und die zweistufige Methode mit Überschussverteilung schweizweit als verbindlich erklärt für die Berechnung des Kindesunterhaltes (**BGE 147 III 265** E. 6.6), sodann auch für den nahehelichen (**BGE 147 III 293** E. 4.5) und für den ehelichen Unterhalt (**BGE 147 III 301** E. 4). Das Bundesgericht hat jedoch betont, dass es sich um eine Regel handelt und bei besonderen, insbesondere bei überdurchschnittlichen Verhältnissen anders vorgegangen werden kann.

**2.6. Bei der zweistufig-konkreten Methode bilden, wie es schon ihr Name sagt, die konkreten Verhältnisse den Ausgangspunkt und den Wesenskern der Unterhaltsberechnung. Was spezifisch den Kindesunterhalt anbelangt, hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der zweistufigen**

Methode hervorgehoben, dass der *gebührende* Kindesunterhalt im Sinn von Art. 276 Abs. 2 ZGB eine dynamische Grösse ist, indem gemäss Art. 285 Abs. 1 ZGB sowohl den Bedürfnissen des Kindes als auch der finanziellen Leistungskraft der Unterhaltsverpflichteten Rechnung getragen werden und insofern das Kind (auch) von einer überdurchschnittlichen finanziellen Leistungsfähigkeit profitieren soll (BGE 147 III 265 E. 5.4 und 6.6).

Das bedeutet, dass ein Kind bei der zweistufigen Methode mit Überschussverteilung nicht einen fixen, sich aus verschiedenen Positionen zusammensetzenden Betrag erhält, wie er sich bei der Verwendung von Tabellen ergibt, sondern dass sein Unterhaltsanspruch in Relation zur konkreten Leistungsfähigkeit der Unterhaltsverpflichteten steht, indem es je nach den verfügbaren Mitteln nur auf das betriebsrechtliche oder aber auf das familienrechtliche Existenzminimum oder eben zusätzlich auf einen - sich wiederum aus den konkreten finanziellen Verhältnissen ergebenden - Überschussanteil Anspruch hat (BGE 147 III 265 E. 7.3). Dieser ist nicht für die Vermögensbildung bestimmt; vielmehr dient er der Deckung des laufenden Bedarfs. Daher soll er sich bei überdurchschnittlichen Verhältnissen nicht linear ins Unermessliche erstrecken, sondern er ist in Ausübung von sich am Einzelfall orientierendem Ermessen aus erzieherischen und konkreten Bedarfsgründen gegebenenfalls angemessen zu begrenzen (BGE 147 III 265 E. 6.2 und 6.6).

Ist der Unterhaltsanspruch des Kindes im Rahmen der zweistufigen Methode keine sich an einem in abstrahierender Weise festgelegten Bedarf orientierende Grösse, sondern bestimmt er sich anhand der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles, so hängt er nicht nur von der finanziellen Leistungskraft des Unterhaltsverpflichteten, sondern auch davon ab, ob aus den zu verteilenden Mitteln ein oder zwei Haushalte zu finanzieren sind, ob und gegebenenfalls wie viele (Halb-) Geschwister konkurrierend unterhaltsberechtigt sind und ob gleichzeitig auch (nach-) ehelicher Unterhalt zu bestreiten ist. Vor diesem Hintergrund ist auch die grundsätzlich anzustrebende Gleichbehandlung von Kindern zu lesen: Verheiratete wie unverheiratete Eltern können als Paar zusammen oder aber in zwei Haushalten leben, was unterschiedliche Kosten verursacht, und ein Kind unverheirateter Eltern wie auch ein solches verheirateter Eltern kann (Halb-) Geschwister haben, welche die Unterhaltsrechnung konkret beeinflussen. Sodann kann sich die Rechnung bei (ursprünglich) verheirateten Eltern im Zuge einer Scheidung verändern: In die eine Richtung, wenn sich der Anspruch des unterhaltsberechtigten Elternteils aufgrund des Teil des nahehelichen Unterhaltes bildenden Vorsorgeunterhaltes gegenüber dem ehelichen Unterhalt erhöht, in die andere Richtung, wenn einem Elternteil die Wiederaufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit zugemutet wird oder zufolge zeitlicher Limitierung der naheheliche Unterhalt ab einem bestimmten Zeitpunkt wegfällt. Insofern können Kinder unverheirateter Eltern unter sich wie auch Kinder verheirateter Eltern unter sich ökonomisch höchst ungleich gebettet sein und es lässt sich somit nicht in generalisierender Weise sagen, wie Kinder unverheirateter Eltern konkret mit solchen verheirateter oder verheiratet gewesener Eltern gleichgestellt werden könnten.

Indes ist beim Überschussanteil eines Kind unverheirateter Eltern - unabhängig davon, wie der Anteil bestimmt wird (dazu E. 2.7) - sicherzustellen, dass nicht der betreuende Elternteil daraus quersubventioniert wird, denn dieser hat keinen eigenen Unterhaltsanspruch gegenüber dem anderen Elternteil und ein allfälliger (ihm wirtschaftlich zugedachter, vgl. BGE 144 III 481 E. 4.3) Betreuungsunterhalt ist maximal auf das familienrechtliche Existenzminimum begrenzt, enthält also keinen Überschussanteil (BGE 144 III 377 E. 7.1.4; 144 III 481 E. 4.8.3; 147 III 265 E. 6.3 und 7.2). Dass der betreuende Elternteil, welcher nicht mit dem anderen verheiratet ist, keinen Anspruch auf Teilhabe an dessen Lebensstellung hat, lässt sich bereits der Botschaft zur Revision des Kindesunterhaltes entnehmen (BBI 2014 576). Die Rechtsprechung, wonach der Überschussanteil eines Kindes bei überdurchschnittlichen Verhältnissen nicht unbegrenzt linear ansteigen darf (BGE

147 III 265 E. 6.2 und 6.6; dazu oben), erhält mithin bei der Festsetzung des Unterhaltes für Kinder nicht verheirateter Eltern ein zusätzliches Motiv, welches es zu beachten gilt: Nicht nur erzieherische und konkrete Bedarfsgründe können hier unterhaltsbegrenzend wirken, sondern es ist auch sicherzustellen, dass der Überschussanteil einzig die Teilhabe des Kindes an der Lebensstellung des unterhaltspflichtigen Elternteils ermöglicht und nicht darüber hinaus der unverheiratete betreuende Elternteil mitfinanziert wird (so bereits BGE 147 III 265 E. 7.4). Eine strikte frankenmässige Trennung wird sich allerdings naturgemäss kaum bewerkstelligen lassen, weil der Kindesunterhaltsbeitrag - unter Vorbehalt einer gegenteiligen gerichtlichen Anordnung - an den (haupt) betreuenden Elternteil zu leisten ist (Art. 289 Abs. 1 ZGB) und im betreuenden Haushalt in der Regel eine einzige Kasse geführt wird. Ferner ist zu bemerken, dass sich der aus dem Überschuss zu finanzierende Bedarf (Freizeitaktivitäten, Hobbys, Ferien u.ä.m.) nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit steigendem Alter des Kindes erhöht, und folglich für die ermessensweise Begrenzung des dem Kind zustehenden Überschussanteils gerade bei günstigen Verhältnissen auch sein Alter mitberücksichtigt werden darf.

**2.7.** Was nun den Verteilschlüssel für den Überschuss anbelangt, bildet in Bezug auf das Konzept der "grossen und kleinen Köpfe" die Tatsache den Ausgangspunkt, dass es sich bei der zweistufig-konkreten Methode stets um eine *konkrete Berechnung* handelt (vgl. E. 2.6). Soweit es um verheiratete oder geschiedene Eltern mit gegenseitiger Unterhaltspflicht geht, erfolgt diese im Rahmen einer Gesamtrechnung. **Wenn jedoch die Eltern nicht miteinander verheiratet sind und zufolge Alleinobhut nur der andere Teil gegenüber dem Kind unterhaltspflichtig ist, findet bei einer konkreten Betrachtungsweise die Rechnung zwangsläufig einzig zwischen dem betreffenden Elternteil und dem Kind statt.** Soweit Betreuungsunterhalt zur Debatte steht, ist freilich auch das Einkommen und der Bedarf des betreuenden Elternteils relevant. Diese Faktoren werden jedoch nur indirekt in der Rechnung berücksichtigt, nämlich insofern, als festzustellen ist, in welchem Umfang er aufgrund der Betreuung daran gehindert ist, für sein eigenes familienrechtliches Existenzminimum aufzukommen, und deshalb dem Kind ein (wirtschaftlich dem betreuenden Elternteil zugedachter) Betreuungsunterhalt zusteht. Dieser schmälert den beim kindesunterhaltspflichtigen Elternteil resultierenden Überschuss.

Im vorliegenden Fall geht es um unverheiratete Eltern und die Mutter erbringt ihren Kindesunterhalt bereits vollständig durch die mit dem Geldunterhalt gleichwertige Betreuungsleistung (BGE 144 III 481 E. 4.4, 4.6.3 und 4.7.1). **Bleibt es folglich bei einer Rechnung zwischen Vater und Kind im Rahmen der auf den konkreten Verhältnissen bauenden zweistufigen Methode, kann für die nach dem Gesagten ausserhalb dieser Rechnung stehende Mutter nicht virtuell ein Überschussanteil ausgeschieden werden, denn ein solcher kann selbstredend nur Personen zukommen, welche direkt in die Unterhaltsrechnung eingebunden sind.**

Als Alternative wäre wenn schon nicht die Mutter am Überschuss, wie er sich aus der Einkommens- und Bedarfsberechnung beim Vater ergibt, virtuell zu beteiligen, sondern es müsste wie bei verheirateten Eltern virtuell eine Gesamtrechnung durchgeführt und der sich daraus ergebende Überschuss geteilt werden. Indes wäre diesfalls, wie vorstehend ausgeführt, nicht klar, mit welcher Konstellation bei verheirateten oder verheiratet gewesenen Eltern genau zu vergleichen wäre. Sodann wäre in prozessualer Hinsicht auch nicht klar, inwiefern der betreuende Elternteil im Fall fehlender Kooperation in das Verfahren eingebunden werden könnte, soweit er nicht Prozesspartei ist. Schliesslich wären Verzerrungen möglich, wenn sich der Gesamtüberschuss (wie vorliegend) primär aus der Leistungskraft des unterhaltspflichtigen Elternteils ergibt, aber der virtuell auf den

betreuenden Elternteil entfallende Überschussanteil realiter beim Unterhaltspflichtigen verbleiben würde und diesem somit die Anteile von zwei grossen Köpfen zukämen.

**Aufgrund des Gesagten scheint es im Rahmen einer konkreten Berechnungsmethode nicht tunlich, bei der Überschussverteilung virtuell einen "grossen Kopf" für einen Elternteil einzusetzen, welcher keinen eigenen Unterhaltsanspruch hat und nicht berechtigt ist, am Überschuss des anderen Elternteils reell zu partizipieren. Vielmehr hat es bei einer Verteilung des Überschusses zwischen denjenigen Personen zu bleiben, welche konkret am Unterhaltsverhältnis beteiligt sind.**

Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers bedeutet dies auch in wirtschaftlicher Hinsicht keine unstatthafte "Bevorzugung" oder "Besserstellung" des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern: Bei einer virtuellen Zuweisung von Überschussanteilen an den unverheirateten anderen Elternteil würde nicht das Kind, sondern der Beschwerdeführer als Unterhaltspflichtiger in nicht mit den gesetzlichen Vorgaben zu vereinbarender Weise bessergestellt. Dem in Art. 285 Abs. 1 ZGB genannten Kriterium der Leistungsfähigkeit - welche ohne Unterhaltspflicht gegenüber dem betreuenden Elternteil in der Regel sogar grösser ist - wäre nicht angemessen Rechnung getragen, wenn *virtuell* ein Überschussanteil für einen mangels eines (nach-) ehelichen Verhältnisses nicht unterhaltsberechtigten Elternteil ausgeschieden, dieser aber wie gesagt *reell* beim Unterhaltspflichtigen verbleiben und bei diesem zu einem künstlich überhöhten Überschussanteil führen würde. Desgleichen würde ein auf diese Weise berechneter Kindesunterhalt hinter dem Anspruch des Kindes auf *gebührenden Unterhalt* im Sinn einer dynamischen Grösse (dazu E. 2.5) zurückbleiben, wenn nicht die tatsächliche Leistungskraft des Unterhaltspflichtigen massgeblich wäre.

### 3.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Damit sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Allerdings sind diese einstweilen auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen und ist der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen, weil das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen und ihm sein Rechtsvertreter als unentgeltlicher Anwalt beizugeben ist (Art. 64 Abs. 1 BGG). Ferner hat der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Damit ist dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos.

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### 2.

Dem Beschwerdeführer wird die unentgeltliche Rechtspflege erteilt und er wird durch Rechtsanwalt Angelo Schwizer verbeiständet.

#### 3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

**4.**

Rechtsanwalt Angelo Schwizer wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'000.-- entschädigt.

**5.**

Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.-  
- zu entschädigen.

**6.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht St. Gallen, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Juli 2023

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli