

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5D 167/2008/bnm

Urteil vom 13. Januar 2009
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichter Marazzi,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
K. _____ (Ehemann),
Beschwerdeführer,
vertreten durch Fürsprecher Bruno C. Lenz,

gegen

B. _____ (Ehefrau),
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Fürsprecher Daniel Künzler,

Gegenstand
Eheschutz,

Verfassungsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, Appellationshof,
2. Zivilkammer, vom 1. Oktober 2008.

Sachverhalt:

A.
K. _____ (Ehemann), Jahrgang 1955, und B. _____ (Ehefrau), Jahrgang 1965, heirateten am 10. November 1995 und wurden Eltern dreier Kinder, geboren in den Jahren 1996, 1998 und 2001. Anfangs November 2005 trennten sich die Ehegatten. Ihr Getrenntleben musste gerichtlich geregelt werden. Kantonal letztinstanzlich wurde der Ehemann verpflichtet, mit Wirkung ab August 2006 monatliche Unterhaltsbeiträge für die unter der Obhut ihrer Mutter stehenden Kinder von je Fr. 890.– zuzüglich Kinderzulagen und für die Ehefrau von Fr. 2'405.– zu bezahlen (Entscheid vom 19. April 2007 im Verfahren Z 06 1008). Am 26. März 2008 machte die Ehefrau die Scheidung anhängig.

B.
Am 27. Juli 2007 ersuchte der Ehemann, die Unterhaltsbeiträge ab Gesuchseinreichung neu festzusetzen. Die Ehefrau schloss auf Abweisung. Der Präsident 1 im Gerichtskreis XI Interlaken-Oberhasli hiess das Abänderungsgesuch teilweise gut und setzte die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Kinder auf je Fr. 710.– zuzüglich Kinderzulagen und für die Ehefrau auf Fr. 1'500.– herab mit Wirkung ab 1. Februar 2008 für die Dauer bis 26. März 2008. Er wies das Begehren des Ehemannes um unentgeltliche Rechtspflege ab (Entscheid vom 11. Juli 2008). Der Ehemann legte Appellation und Rekurs ein. Das Obergericht des Kantons Bern wies die Appellation ab und bestätigte den Eheschutzentscheid. Es wies auch den Rekurs betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Entscheid vom 1. Oktober 2008; Verfahren Z 07 666-667).

C.

Dem Bundesgericht beantragt der Ehemann, die Unterhaltsbeiträge neu zu berechnen und ab Datum der Einreichung des Eheschutzgesuchs (27. Juli 2007) herabzusetzen und ihm für die beiden erstinstanzlichen Verfahren das Recht der unentgeltlichen Prozessführung zu gewähren, eventualiter den obergerichtlichen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung zurückzuweisen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren. Es sind die kantonalen Akten, aber keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

1.

Mit Rücksicht auf den unbestrittenen Streitwert von rund Fr. 25'000.– ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG zulässig (vgl. Art. 74 BGG; BGE 133 III 439 E. 3.1 S. 444). Der Beschwerdeführer beantragt, die Unterhaltsbeiträge neu zu berechnen und ab Gesuchseinreichung herabzusetzen. Er beziffert seine Rechtsbegehren nicht, doch folgt aus der Streitwertberechnung im angefochtenen Entscheid (E. III/4 S. 9) und in der Beschwerdeschrift (S. 2 f. Ziff. II/2), dass eine Herabsetzung der monatlichen Unterhaltslast auf insgesamt Fr. 1'570.– verlangt wird (vgl. Art. 117 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 BGG). Den Beschwerdegrund der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten (Art. 116 BGG) prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine entsprechende Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet, d.h. klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt sein sollen (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 134 I 83 E. 3.2 S. 88). Den Anforderungen genügt die Beschwerdeschrift nicht, soweit darin eine Vielzahl von Verfassungsbestimmungen angerufen (S. 3 Ziff. II/4), aber nicht aufgezeigt wird, inwiefern diese einen weitergehenden Schutz gewährleisten als die ebenfalls als verletzt gerügten Art. 9 und Art. 29 Abs. 2 BV (BGE 133 III 585 E. 3.4 S. 587). Jede Begründung fehlt überdies dem Rechtsbegehren, die Unterhaltsbeiträge rückwirkend ab Gesuchseinreichung herabzusetzen (vgl. dazu E. II/F S. 7 f. des angefochtenen Entscheids). Mit diesen Vorbehalten kann auf die Verfassungsbeschwerde eingetreten werden.

2.

Der Beschwerdeführer war von 2003 bis 2006 Inhaber der im Handelsregister nicht eingetragen gewesenen Einzelfirma Fahrschule K._____, die er im Frühjahr 2007 in die Fahrschule K._____ AG einbrachte. Er ist deren Präsident und deren Angestellter sowie alleiniger Gesellschafter der G._____ GmbH, die den Handel mit keramischen Platten, Beton- und Tonwaren u.ä. bezweckt. Das Obergericht hat das Einkommen des Beschwerdeführers nach den für Selbstständigerwerbende massgebenden Grundsätzen ermittelt (E. II/B/3 S. 5 und E. II/D/3 S. 7 des angefochtenen Entscheids).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbstständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbstständigerwerbenden als äusserst schwierig erweisen. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer - in der Regel der letzten drei - Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (Urteil 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001 E. 3a, mit Hinweis vorab auf BRÄM, Zürcher Kommentar, 1998, N. 73 ff. zu Art. 163 ZGB, wiedergegeben von BASTONS BULLETTI, L'entretien après divorce, SJ 129/2007 II 77, S. 80 f. bei/in Anm. 19, mit weiteren Hinweisen; vgl. BÄHLER, Scheidungsunterhalt - Methoden der Berechnung, Höhe, Dauer und Schranken, Fampra.ch 2007 S. 461 ff., S. 477).

Streitig ist, ob und in welchem Betrag dem Beschwerdeführer neben dem Lohn eine Dividende der Fahrschule K. _____ AG, ein Gewinn der G. _____ GmbH und Spesenentschädigungen der Fahrschule K. _____ AG als Einkommen angerechnet werden dürfen.

3.

In tatsächlicher Hinsicht steht unangefochten fest, dass der Beschwerdeführer von der Fahrschule K. _____ AG einen monatlichen Nettolohn von Fr. 3'055.– bezieht. Zusätzlich haben beide kantonalen Instanzen eine Dividendenberechtigung im monatlichen Betrag von Fr. 760.– auf Grund des budgetierten Geschäftsgewinnes der Fahrschule K. _____ AG von rund Fr. 9'000.– für das Jahr 2007 berücksichtigt (E. II/D S. 6 f. des angefochtenen Entscheids). Der Beschwerdeführer rügt Willkür und eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (S. 4 ff. Ziff. III/A der Beschwerdeschrift).

3.1 Nach den Feststellungen der kantonalen Gerichte hat der Beschwerdeführer als Einzelunternehmer im Durchschnitt der Jahre 2003 bis 2006 einen Reingewinn von Fr. 27'628.– erzielt. Nach der Umwandlung der Einzelfirma in die Aktiengesellschaft im Jahr 2007 soll er einen Verlust erlitten haben. Mit Blick auf die Rechtsprechung (E. 2 hiervor) hat das Obergericht dafürgehalten, es dürfe nicht allein der Abschluss per 2007 Berücksichtigung finden, sondern ein Vergleich mit früheren Jahren resp. die Ermittlung eines Durchschnittswertes erscheine durchaus als sachgerecht. Da die Einzelfirma in den Jahren 2003 bis 2006 regelmässig einen Reingewinn ausgewiesen habe, sei das Abstellen auf das Budget 2007 - das ebenfalls von einem Gewinn ausgehe - nicht zu beanstanden. Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer diese Gewinnbeteiligung in seiner eigenen Berechnung (pag 21) dem Einkommen zugeschlagen habe. Darauf sei er zu behaften (E. II/D/3 S. 7 des angefochtenen Entscheids). Zu ergänzen ist (Art. 118 Abs. 2 BGG), dass es an der zitierten Stelle wörtlich heisst: "Voraussichtliche Gewinnbeteiligung Fahrschule K. _____ AG Fr. 760.–" (S. 11 Ziff. 6 des Eheschutzgesetzes, act. 21 im Verfahren Z 07 666).

3.2 Willkür erblickt der Beschwerdeführer darin, dass das Obergericht den Gewinn einer Einzelfirma "telquel" mit dem Gewinn einer Aktiengesellschaft verglichen bzw. gleichgesetzt habe. Das Obergericht habe sach- und aktenwidrig verkannt, dass bei der Einzelfirma der Gewinn des Geschäfts dem Lohn des Unternehmers entspreche, wogegen der Lohn des angestellten Geschäftsführers bei der Aktiengesellschaft bereits vorab in "Abzug" gebracht werde (S. 5 Ziff. 10 der Beschwerdeschrift). Die Willkürüge ist unbegründet.

Vorab in güterrechtlicher Hinsicht hat das Bundesgericht betont, dass das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit einerseits das Entgelt aus der Berufstätigkeit und andererseits den Geschäftsgewinn umfasst (Urteil 5C.85/2003 vom 30. Juni 2003 E. 3.1, in: Fampra.ch 2003 S. 888, eine Einzelfirma betreffend, mit Hinweis auf HAUSHEER/ REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, 1992, N. 36 zu Art. 197 ZGB). Der Lohn des Unternehmers kann deshalb willkürfrei vom Geschäftsgewinn der Einzelfirma unterschieden werden. Er wäre als Privatbezug in der Erfolgsrechnung unter "Aufwand" und in der Bilanz unter "Passiven" zu verbuchen (vgl. KÄFER, Berner Kommentar, 1981, N. 77 und N. 210 ff. zu Art. 958 OR). Der Beschwerdeführer belegt mit seiner Berechnung nichts Abweichendes. Wird das Bruttoeinkommen von jährlich rund Fr. 42'000.– (Fr. 3'500.– x 12 Mt.) zum Aufwand der Einzelfirma hinzugerechnet, müsste ein Ertrag von Fr. 69'000.– erzielt worden sein, damit sich ein Gewinn von durchschnittlich Fr. 27'000.– ergibt. Im ersten Eheschutzverfahren wurde denn auch ein jährliches "Einkommen aus der Fahrschule" - umfassend Privatbezüge als Lohn und Geschäftsgewinn - von Fr. 58'375.– angenommen. Die Differenz von rund Fr. 10'000.– lässt sich mit gewissen Abschreibungen erklären, die die kantonalen Gerichte auch für die kurze Dauer der Unterhaltspflicht während des Getrenntlebens zugelassen haben (vgl. act. 137 ff. und act. 245 ff. im Verfahren Z 06 1008). Die überschlagsmässige Berechnung zeigt somit, dass es neben dem Entgelt aus der Berufstätigkeit beim selbstständigerwerbenden Beschwerdeführer einen Geschäftsgewinn gegeben hat, der ihm als Einzelunternehmer auch zum Einkommen anzurechnen war.

Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers hat das Obergericht im Ergebnis auch berücksichtigt, dass der Geschäftsgewinn der Einzelfirma nicht mit dem Gewinn der Aktiengesellschaft gleichgesetzt werden kann, da aktienrechtliche Sondervorschriften für die Rechnungslegung zu beachten sind, insbesondere mit Bezug auf Abschreibungen und Rückstellungen (vgl. Art. 664 ff. OR). Es hat das Verlustjahr 2007 im Sinne der Recht-

sprechung (E. 2 hiervor) ausser Acht gelassen und auf den durchschnittlichen Gewinn der Einzelfirma in den Jahren 2003 bis 2006 von rund Fr. 27'000.– abgestellt, diesen Betrag aber nicht als Gewinn der im Jahre 2007 gegründeten Aktiengesellschaft betrachtet, sondern dem Beschwerdeführer lediglich den budgetierten Gewinn der Aktiengesellschaft von rund Fr. 9'000.– angerechnet. Inwiefern diese Berechnungsweise - mit Rücksicht auf die aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften - als willkürlich erscheinen müsste, legt der Beschwerdeführer nicht dar (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG).

3.3 Für den Fall, dass ihm ein Geschäftsgewinn für das Jahr 2007 von rund Fr. 9'000.– angerechnet werden dürfe, wendet der Beschwerdeführer ein, er sei nicht Alleinaktionär und habe den Gewinn mit anderen Aktionären zu teilen. Dass die erste Instanz wie auch das Obergericht das eingereichte Aktienbuch nicht berücksichtigt hätten, bedeute eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und eine willkürliche Anrechnung einer angeblichen Dividende von Fr. 760.– monatlich (S. 5 f. Ziff. 11 der Beschwerdeschrift).

Dass der Beschwerdeführer als Minderheitsaktionär einerseits nicht allein über die Verwendung eines allfälligen Gewinnes entscheiden könnte und überdies höchstens einen Anteil von nicht ganz 49 % des ausgeschütteten Gewinnes erhalten würde, ist ein im Beschwerdeverfahren neues Vorbringen. Es ist unzulässig, weil der Beschwerdeführer Grund und Gelegenheit gehabt hätte, diesen Einwand bereits vor Obergericht zu erheben (vgl. Art. 117 i.V.m. Art. 99 Abs. 1 BGG), den Einwand aber nicht erhoben und vielmehr andere Gründe angeführt hat, die gegen die Anrechnung eines Geschäftsgewinnes sprächen (S. 9 f. Ziff. 7 der Appellation, act. 279 ff. im Verfahren Z 07 666). Die kantonalen Instanzen hatten auch keinen Anlass, die vom Beschwerdeführer heute aufgeworfene Frage zu prüfen, hat doch der Beschwerdeführer bereits im Eheschutzgesuch den budgetierten Gewinn der Aktiengesellschaft von Fr. 9'130.– im Jahr 2007 zu seinem eigenen Einkommen hinzugerechnet (act. 019 ff. im Verfahren Z 07 666). An ein derartiges Zugeständnis durfte sich das Gericht willkürfrei als gebunden ansehen (Urteil 5P.102/2003 vom 6. Juni 2003 E. 4, zusammengefasst in: Fampra.ch 2003 S. 882).

Abweichendes ergibt sich unter Willkür Gesichtspunkten auch nicht daraus, dass der Beschwerdeführer im Verlaufe des Verfahrens seine Aktienmehrheit von ursprünglich 170 der insgesamt 180 Namenaktien veräussert haben will (S. 2 f. der Eingabe vom 31. März 2008, act. 187 ff. im Verfahren Z 07 666). Dass er dadurch seine beherrschende Stellung verloren hätte, durfte willkürfrei verneint werden. Eine deutliche Aktienmehrheit mit 140 Namenaktien ist in den Händen des Beschwerdeführers (88) und seiner neuen Lebenspartnerin (52) geblieben, so dass auf Grund dieser partnerschaftlichen Beziehung von einer beherrschenden Stellung des Beschwerdeführers in der Firma und folglich dessen alleiniger Entscheidbefugnis bezüglich der Verwendung des Geschäftsgewinnes ausgegangen werden durfte (Urteil 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2, zusammengefasst in: Fampra.ch 2003 S. 909; vgl. KÄFER, a.a.O., N. 486 zu Art. 960 OR; Urteil 5A 587/2007 vom 28. Februar 2008 E. 2.2, in: Pra 97/2008 Nr. 108 S. 694 f.). Es kann deshalb unter dem Blickwinkel der Willkür nicht beanstandet werden, dass das Obergericht dem Beschwerdeführer - gemäss dessen eigener Darstellung - den ganzen Geschäftsgewinn der Aktiengesellschaft - ungeachtet der angeblichen Umverteilung des Aktienbesitzes - angerechnet hat.

4.

Der Beschwerdeführer ist Inhaber der G. _____ GmbH. Deren Geschäftstätigkeit soll sich in den letzten Jahren auf den Verkauf der noch vorhandenen Lagerbestände und auf die Beschaffung von Lastwagenreifen für den Bruder des Beschwerdeführers, einen Transportunternehmer, beschränkt haben. Der Buchhaltungsabschluss für das Jahr 2007 weist einen Reingewinn von Fr. 1'691.20 aus bei einem Fahrzeug- und Transportaufwand von Fr. 10'212.70. Der Gerichtspräsident hat den Aufwand gleichsam als versteckten Gewinn betrachtet und dem Beschwerdeführer deshalb den Reingewinn und den verbuchten "Aufwand", insgesamt Fr. 11'903.90 im Jahr oder Fr. 992.– monatlich, als Einkommen angerechnet. Zum gleichen Ergebnis ist das Obergericht gelangt, indem es den durchschnittlichen Gewinn der Jahre 2004, 2005 und 2007 für massgebend erklärt hat und deshalb auch für das Jahr 2006 von einem bescheidenen Reingewinn wie im Jahr 2007 ausgegangen ist (E. II/B S. 4 f. des angefochtenen Entscheids). Eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und Willkür erblickt der Beschwerdeführer darin, dass das Obergericht den im Jahr 2006 erlittenen Verlust von Fr. 32'560.05 nicht berücksichtigt und einen Gewinn von Fr. 1'600.– angenommen habe (S. 6 ff. Ziff. III/B der Beschwerdeschrift).

In rechtlicher Hinsicht kann es nicht als willkürlich bezeichnet werden, ein Verlustjahr (2006) ausser Betracht zu lassen, wenn in allen anderen massgebenden Jahren (2004, 2005 und 2007) ein Reingewinn verbucht worden ist. Denn auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse ("Ausreisser") können unter Umständen ausser Betracht bleiben (E. 2 hiavor). Inwiefern diese Umstände hier nicht gegeben sein sollen, legt der Beschwerdeführer nicht dar (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Gemäss seiner eigenen Darstellung steht den Gewinnen von je Fr. 19'200.– in den Jahren 2004 und 2005 bzw. von Fr. 1'600.– im Jahr 2007 ein Verlust von Fr. 32'560.05 im Jahr 2006 gegenüber (S. 7 Ziff. 15 der Beschwerdeschrift). Es erscheint insoweit nicht als willkürlich, im Vergleich mit den anderen Jahren den Abschluss für das Jahr 2006 als besonders schlecht zu werten und für die Ermittlung des massgebenden Einkommens nicht zu berücksichtigen. Durfte der Abschluss 2006 insoweit als nicht rechtserheblich betrachtet werden, ist auch der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt, wenn dazu keine Beweise abgenommen wurden. Der Beweisanspruch besteht nur für rechtserhebliche Sachvorbringen (BGE 131 I 153 E. 3 S. 157; 133 III 189 E.

5.2.2 S. 195). Ebenso wenig trifft der Vorwurf zu, das Obergericht sei ohne jegliche Begründung von einem für den Beschwerdeführer ungünstigen Sachverhalt ausgegangen, indem es den Verlust des Jahres 2006 nicht berücksichtigt habe. Im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis (E. 2 hiavor) hat das Obergericht vielmehr unmissverständlich festgehalten, bei schwankendem Einkommen sei darauf zu achten, dass nicht auf kurzzeitige Einkommensspitzen resp. -einbrüche abgestellt werde (E. II/B/3 Abs. 1 S. 5 des angefochtenen Entscheids). Es hat damit den Begründungsanforderungen vollauf genügt (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88).

Der Beschwerdeführer erhebt und begründet keine Verfassungsfragen gegen die obergerichtliche Berechnungsweise, so dass darauf nicht einzugehen ist (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Es bleibt deshalb beim Ergebnis, dass dem Einkommen des Beschwerdeführers der Betrag von monatlich Fr. 992.– aus der Geschäftstätigkeit der G._____ GmbH anzurechnen ist.

5.

Das Obergericht hat die in der Buchhaltung der Fahrschule K._____ AG ausgewiesenen Pauschalspesen mangels näherer Belege nicht zum Abzug zugelassen und dem Einkommen des Beschwerdeführers angerechnet (E. II/C S. 6 des angefochtenen Entscheids). Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, es hätte als gerichtsnotorisch gelten müssen, dass im Rahmen seiner Tätigkeit als Fahrlehrer zwangsläufig Spesen anfallen (z.B. Besprechung über den Stand der Ausbildung bei einem Kaffee, Feiern des Prüfungserfolgs oder Überbrückung von Zwischenstunden in einem Restaurant). Vor diesem Hintergrund sei es unhaltbar, dass das Obergericht nicht einmal einen Teil der bescheiden angesetzten Fr. 3'600.– jährlich als effektive Spesen anerkannt habe, sondern dem Beschwerdeführer den vollen Betrag als Einkommen aufgerechnet habe (S. 8 f. Ziff. III/C der Beschwerdeschrift).

In rechtlicher Hinsicht kann die obergerichtliche Beurteilung nicht beanstandet werden. Bezogen auf Spesenentschädigungen gilt der Grundsatz, dass diese nur dann nicht zum Einkommen gehören, wenn damit Auslagen ersetzt werden, die dem betreffenden Ehegatten bei seiner Berufsausübung tatsächlich entstehen. Ist das nicht der Fall, muss der Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden (vgl. Urteile 5C.282/2002 vom 27. März 2003 E. 2.2, in: Fampra.ch 2003 S. 680, und 5P.498/2006 vom 18. Juni 2007 E. 2.2.2, mit Hinweis auf BRÄM, a.a.O., N. 72 zu Art. 163 ZGB, und HAUSHEER/SPYCHER/KOCHER/BRUNNER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N. 01.31 S. 41).

In tatsächlicher Hinsicht steht unangefochten fest, dass der Beschwerdeführer keine tatsächlichen Auslagen zum Beweis verstellt oder urkundenmässig belegt hat. Blosser Pauschalspesen aber müssen unter Willkürgesichtspunkten nicht berücksichtigt werden. Soweit der Beschwerdeführer wegen des gerichtsnotorischen Anfalls von Auslagen wenigstens einen Teil der Spesenentschädigung berücksichtigt wissen will, gilt es zu bedenken, dass sich die ganze Familie einschränken muss, wenn das Einkommen nicht mehr den Familienbedarf zu decken vermag. Auf Grund der wirtschaftlichen Lage ist der Beschwerdeführer offenbar ausserstande, der Beschwerdegegnerin und seinen drei unmündigen Kindern auch nur annähernd bedarfsdeckende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (vgl. E. 6 hiernach). Es darf ihm deshalb auch zugemutet werden, seine Besprechungen mit Fahrschülern im Auto statt im Restaurant durchzuführen, Festlichkeiten nach Prüfungserfolgen fernzubleiben,

soweit er dazu nicht eingeladen wird, und Leerzeiten im Fahrzeug abzuwarten. Indem es die geltend gemachten Pauschalspesen im vollen Betrag zum Einkommen hinzugerechnet hat, ist das Obergericht nicht in Willkür verfallen.

6.

Aus den dargelegten Gründen bleibt die Beschwerde erfolglos, soweit der Beschwerdeführer die Ermittlung seines Einkommens als verfassungswidrig, namentlich als willkürlich rügt (Art. 9 BV; vgl. zum Begriff: BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148; 134 II 124 E. 4.1 S. 133). Ausgehend von einem Einkommen von Fr. 6'098.– (zuzüglich Kinderzulagen) und einem unangefochtenen Bedarf von Fr. 2'466.– vermag der Beschwerdeführer aus der Differenz von Fr. 3'630.– Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'130.– (je Fr. 710.–) an die drei Kinder (zuzüglich Kinderzulagen) sowie von Fr. 1500.– an die Beschwerdegegnerin zu bezahlen. Es verbleibt gleichwohl ein Fehlbetrag von rund Fr. 1'670.– oder nach Abzug der Kinderzulagen Fr. 1'160.– monatlich, den die Beschwerdegegnerin und die drei Kinder zu tragen haben (vgl. act. 255 ff. im Verfahren Z 07 666). Das Existenzminimum des Beschwerdeführers bleibt damit unangetastet, wie das die Rechtsprechung fordert (BGE 123 III 1 E. 3 und 5 S. 3 ff.). Die gegenteilige Darstellung des Beschwerdeführers beruht auf nach dem Gesagten unzutreffenden Einkommenszahlen und ist deshalb unbegründet (S. 9 f. Ziff. III/D/20-22 der Beschwerdeschrift).

7.

Gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im kantonalen Verfahren wendet der Beschwerdeführer lediglich ein, das Obergericht sei wegen der ungerechtfertigten Aufrechnungen von einem zu hohen Einkommen ausgegangen und habe deshalb zu Unrecht bejaht, dass er über die erforderlichen Mittel für die Prozessführung verfüge (S. 10 Ziff. III/D/23 der Beschwerdeschrift). Die Darstellung ist sowohl unzutreffend (E. 2-6 hiervor) als auch ungeeignet, eine Verfassungsverletzung formell ausreichend zu begründen. Denn das Obergericht hat auf den Effektivitätsgrundsatz abgestellt und Unterhaltsbeiträge, die der Beschwerdeführer zugestandenermassen nur teilweise bis Fr. 3'000.– bezahlt, im zivilprozessualen Zwangsbedarf nicht berücksichtigt, weshalb es an der sog. Prozessarmut gefehlt hat (E. II/G/1 S. 8 des angefochtenen Entscheids; vgl. BGE 121 III 20 E. 3a S. 22, zit. Urteil 5C.282/2002 E. 2.2, in: Fampra.ch 2003 S. 680). Mit dieser Begründung setzt sich der Beschwerdeführer nicht ansatzweise auseinander (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf sein Begehren, ihm für das kantonale Verfahren das Recht der unentgeltlichen Prozessführung zu gewähren, kann deshalb nicht eingetreten werden.

8.

Die Beschwerde muss abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird damit kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die vorstehenden Erwägungen, wonach die Rügen des Beschwerdeführers vorab unbegründet, über weite Strecken aber auch unzulässig sind, verdeutlichen, dass die gestellten Rechtsbegehren von Beginn an keinen Erfolg haben konnten. Dem Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege darf deshalb nicht entsprochen werden (vgl. Art. 64 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfassungsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. Januar 2009

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber:

Hohl von Roten