[AZA 7]
C 3/01 Vr

II. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Meyer und Ferrari;
Gerichtsschreiberin Polla

Urteil vom 9. Oktober 2001

in Sachen
K._____, 1961, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Dr. Beat Bräm, Bahnhofstrasse 11, 3232 Ins,

gegen
Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Abteilung Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern, Beschwerdegegner,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

Der 1961 geborene K._____ arbeitet als Dolmetscher/ Übersetzer unter anderem für die Staatsanwaltschaft X._____ und das Amt für Polizeiverwaltung Y._____. Am 10. August 1999 meldete er sich zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung an. Mit Verfügung vom 7. Dezember 1999 verneinte die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern, Zweigstelle Biel, eine Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung mangels anrechenbarem Arbeitsausfall.
Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 29. November 2000 ab.

K._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, es sei ihm in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und der Verwaltungsverfügung vom 7. Dezember 1999 Arbeitslosenentschädigung ab 10. August 1999 zuzusprechen; eventuell sei die Sache zu deren Festsetzung an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen.
Während die Arbeitslosenkasse auf eine Vernehmlassung verzichtet, lässt sich das Staatssekretariat für Wirtschaft nicht vernehmen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem voraus, dass der Versicherte ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG), wobei als ganz arbeitslos gilt, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 AVIG), während teilweise Arbeitslosigkeit u.a. dann vorliegt, wenn der Versicherte eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG). Weiter ist vorausgesetzt, dass die versicherte Person einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Arbeitsausfall ist gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert.

b) aa) Nach der Rechtsprechung ist der Ausfall an normaler Arbeitszeit in der Regel aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemein üblichen Arbeitszeit zu ermitteln. Besteht hingegen eine besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit des Versicherten. Wird die Arbeit vereinbarungsgemäss jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers aufgenommen, gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, sodass der Arbeitnehmer während der Zeit, da er nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen

anrechenbaren Verdienstausfall erleidet (BGE 107 V 61 Erw. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a, 1995 Nr. 9 S. 48 Erw. 2a mit Hinweis).

bb) Von diesem Grundsatz kann jedoch abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war. In diesem Fall ist die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten. Der Beobachtungszeitraum kann dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken; er muss umso länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 107 V 61 f. Erw. 1; ARV 1998 Nr. 20 S. 101 Erw. 2a mit Hinweisen; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, S. 45 Rz 105 und S. 49 Rz 116 und 117). So hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht im nicht publizierten Urteil W.
vom 17. Januar 1978 (C 50/77) eine bedarfsorientierte Aushilfstätigkeit zu beurteilen, welche über vier Jahre ausgeübt wurde. Die Schwankungen der abgerufenen Einsätze machten, nach Arbeitstagen/-stunden pro Jahr in beidseitiger Abweichung vom Jahresdurchschnitt gerechnet, höchstens 10 % aus. Im Gegensatz dazu konnte in BGE 107 V 59, in welchem sich der Beobachtungszeitraum auf sechs Monate erstreckte und die Abweichungen von der durchschnittlichen Einsatzdauer von monatlich rund 50 Stunden gegen oben über 80 % und gegen unten 36 % betrugen, keine Normalarbeitszeit abgeleitet werden. Gleich verhielt es sich in dem in ARV 1995 Nr. 9 S. 45 publizierten Urteil, in welchem die Schwankungen ähnlich wie in dem in BGE 107 V 59 beurteilten Fall ausfielen.

2.- Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer ab 10. August 1999 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

a) Die Vorinstanz erkannte aufgrund der Beschäftigungen bei der Staatsanwaltschaft X._____ und beim Amt für Polizeiverwaltung Y._____, der Beschwerdeführer stehe noch in auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnissen auf Abruf und sei daher auch verpflichtet, sich zur Arbeitsleistung bereit zu halten. So lange er diese Beschäftigungen auf Abruf beibehalte, sei ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu verneinen.

b) aa) Aus den Akten geht hervor und ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit Juni 1996 bei der Staatsanwaltschaft X._____ und seit März 1998 beim Amt für Polizeiverwaltung Y._____ arbeitet. Weiter besteht mit dem Bundesamt Z._____ seit September 1994 eine Rahmenvereinbarung für eine Tätigkeit als Dolmetscher und Übersetzer.
Seit November 1999 arbeitet der Beschwerdeführer zusätzlich als Buffet-Mitarbeiter im Restaurant O._____.
Nach AHV-rechtlichem Beitragsstatut ist der Beschwerdeführer als Unselbstständigerwerbender zu qualifizieren (vgl. Urteil A. vom 13. Juli 2001, H 5/00), wobei dieser angibt, dass ihm bei allen Dolmetschertätigkeiten die sozialversicherungsrechtlichen Beiträge abgezogen werden. An der Qualifikation als Arbeitnehmer ändert auch nichts, dass in der Rahmenvereinbarung des Bundesamtes Z._____ vom 22. September 1994 von einer freiberuflichen Dolmetscher- und Übersetzertätigkeit ausgegangen wird (Ziff. 1.1).
Ebenso wenig steht dem entgegen, dass die einzelnen Einsätze in gegenseitiger Absprache erfolgen und kein Anspruch auf ein konstantes Arbeitsvolumen besteht (Ziff. 1.2.), wobei die Staatsanwaltschaft X._____ und das Amt für Polizeiverwaltung Y._____ selber von einer Arbeit auf Abruf sprechen.

bb) Zwar trifft die Ansicht des Beschwerdeführers zu, wonach die Tatsache allein, dass jemand auf Abruf tätig ist, nicht zur generellen Ablehnung der Anspruchsberechtigung führt (vgl. Erw. 1b/bb hievor). Aus der Aktenlage ergibt sich jedoch, dass hier die praxisgemässen Voraussetzungen für das Abstellen auf die effektive (durchschnittliche) Arbeitszeit als Referenzgrösse für die Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalles nicht gegeben sind. Das im Zeitraum vom 1. Januar 1997 bis 31. August 1999 bei der Staatsanwaltschaft X._____ erzielte Einkommen weicht nach unten zum Teil um 25 % (Monat April 1999) bis 100 % (kein Einkommen in den Monaten, März, Mai bis Juli 1999) vom Monatsmittel von Fr. 648. 50 ab. Nicht anders verhält es sich bezüglich der Tätigkeit beim Amt für Polizeiverwaltung Y._____. In der Zeit vom 1. März 1998 bis September 1999 weichen die Monate März bis September 1999 ohne Einkommen zu 100 % nach

unten vom errechneten Monatsmittel von Fr. 624. 50 ab, wobei sich für das Jahr 1998 ein Monatsmittel von Fr. 916. 25 errechnet und in den Monaten Januar bis September 1999 ein Durchschnittseinkommen von Fr. 96.70 erzielt wurde. Damit wird deutlich, dass die Einsätze auch über einen längeren Zeitraum nicht konstant waren und sich somit keine individuelle, normale Arbeitszeit ermitteln lässt.

cc) Daran vermögen die Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nichts zu ändern. Insbesondere ist der Einwand unbehelflich, der Beschwerdeführer sei vermittlungsfähig, da die Vermittlungsfähigkeit lediglich eine der in Art. 8 Abs. 1 lit. a bis g AVIG aufgeführten Anspruchsvoraussetzungen darstellt und für sich allein weder einen Anspruch begründet, noch etwas über die Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalles - als weitere Voraussetzung - aussagt.

Weiter steht fest, dass die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers im Rahmen von einheitlichen vertraglichen Bindungen erfolgt und gerade nicht mit jedem Einsatz wieder neu begründet wird. Dabei erlaubt diese Beschäftigungsform den Arbeitgebern, den Beschwerdeführer je nach Arbeitsanfall zu beanspruchen, wobei dabei keine Rolle spielt, ob die Arbeitsverhältnisse als (uneigentliche) Teilzeitarbeit oder Arbeit auf Abruf zu qualifizieren sind (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Aufl. Zürich 1992, N 18 zu Art. 319 OR; Leuzinger-Naef Susanne, Flexibilisierte Arbeitsverhältnisse im Sozialversicherungsrecht, in: Soziale Sicherheit [CHSS]1998 S. 127). Wesentlich ist jedoch, dass sich die Arbeitsleistung ohne Zusicherung eines durchschnittlichen oder minimalen Beschäftigungsgrades nach der anfallenden Arbeit richtet, sodass die in Erw. 1b/aa zitierte Rechtsprechung Anwendung findet.
Auch kann dem Beschwerdeführer insoweit nicht gefolgt werden, als er aus einer in den Jahren 1994/1995 bejahten Anspruchsberechtigung etwas zu seinen Gunsten für den hier zu beurteilenden Zeitraum ableiten will. Dies gilt umso mehr, als es anhand der vorliegenden Akten fraglich erscheint, ob die damaligen Einsätze als Zwischenverdienst anzusehen waren (ARV 1996/97 Nr. 38 S. 209; SVR 1996 AlV Nr. 74 S. 227), womit zweifelhaft ist, ob der Beschwerdeführer beim damals gegebenen Sachverhalt überhaupt anspruchsberechtigt war.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass eine Anspruchsberechtigung zu Recht wegen fehlendem anrechenbaren Arbeitsausfall verneint wurde und der kantonale Entscheid somit Stand hält.
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II.Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe

und Arbeit, Abteilung Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst,
Bern, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft
zugestellt.
Luzern, 9. Oktober 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer:
; Die Gerichtsschreiberin: