



SV 22 19

**Entscheid vom 5. Dezember 2022
Sozialversicherungsabteilung**

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Verwaltungsrichterin Dr. med. Carole Bodenmüller,
Verwaltungsrichter Stephan Zimmerli,
Gerichtsschreiber Reto Rickenbacher.

Verfahrensbeteiligte

A.____,

Beschwerdeführer,

gegen

Arbeitslosenkasse Ob- und Nidwalden,
Bahnhofstrasse 2, Postfach 53, 6052 Hergiswil NW,

Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Rückforderung

Beschwerde gegen die Einspracheentscheide der Arbeitslosenkasse OW/NW 22 015 und 22 016 vom 30. Mai 2022.

Sachverhalt:**A.**

A.____ (Beschwerdeführer) meldete sich am 16. Januar 2020 unter Verweis auf eine Schulterproblematik zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an (ALK-act. 91). Nach Abklärung der medizinischen und erwerblichen Verhältnisse ergab sich, dass der Beschwerdeführer in seiner angestammten Tätigkeit als Schreiner Modellbau noch maximal 50% und in einer angepassten Tätigkeit vollumfänglich arbeitsfähig ist. In der Folge ermittelte die IV-Stelle einen rentenausschliessenden Invaliditätsgrad von 18% und wies das Leistungsbegehren mit Verfügung vom 15. November 2021 ab (ALK-act. 51). Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht Nidwalden mit Entscheid SV 21 29 vom 4. April 2022 ab.

B.

Nachdem am 26. Februar 2021 seitens des Arbeitgebers eine Änderungskündigung per Ende Mai 2021 erfolgt war (das Arbeitsverhältnis wurde ab 1. Juni 2021 in einem 50%-Pensum fortgeführt), meldete sich der Versicherte im März 2021 zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Juni 2021 an (ALK-act. 93). In der Folge richtete die Arbeitslosenkasse OW/NW (ALK) dem Versicherten im Umfang ihrer Vorleistungspflicht Taggeldleistungen auf der Basis eines Vollzeitpensums und eines versicherten Verdienstes von Fr. 6'189.– sowie unter Anrechnung des Zwischenverdienstes aus.

C.

Mit Verfügung vom 22. April 2022 passte die ALK den versicherten Verdienst auf Grundlage der IV-Verfügung vom 15. November 2021 per 1. Dezember 2021 auf Fr. 5'075.– (gerundet) an. Sodann forderte sie mit Verfügung vom 28. April 2022 die in den Kontrollmonaten Dezember 2021 bis März 2022 zu viel ausbezahlten Leistungen im Betrag von Fr. 2'918.45 zurück (ALK-act. 50 und 27). Die dagegen erhobenen Einsprachen wies die ALK je mit Entscheid vom 30. Mai 2022 (Nrn. 22 015 und 22 016) ab (ALK-act. 15 f.).

D.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 12. Juni 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht Nidwalden und verlangte sinngemäss, es sei auf die Herabsetzung des versicherten Verdienstes und auf die Rückzahlung der bereits ausbezahlten Leistungen zu verzichten.

E.

Mit Beschwerdeantwort vom 4. Juli 2022 beantragte die ALK die kostenfällige Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der Einspracheentscheide 22 015 und 22 016 vom 30. Mai 2022.

F.

Die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden hat die vorliegende Beschwerdesache anlässlich ihrer Sitzung vom 5. Dezember 2022 in Abwesenheit der Parteien beraten und beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:**1.**

Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde bilden die Einspracheentscheide 22 015 und 22 016 der ALK vom 30. Mai 2022. Gegen Einspracheentscheide eines Sozialversicherungsträgers kann Beschwerde beim kantonalen Versicherungsgericht erhoben werden (Art. 56 und 57 ATSG [SR 830.1]) sowie § 10 EV AVIG [Arbeitslosenversicherungsverordnung; NG 744.1]). Örtlich zuständig ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem der Versicherte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG i.V.m. § 10 EV AVIG). Sachlich zuständig ist die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts, die in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 39 GerG und Art. 33 Ziff. 2 GerG [NG 261.1]). Der Beschwerdeführer hat seinen Wohnsitz in Z. __ NW (ALK-act. 93), womit das Verwaltungsgerichts des Kantons Nidwalden örtlich und sachlich zuständig ist. Er ist durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist. Die vorliegende Laienbeschwerde ist zwar

bloss rudimentär begründet und ohne formale Anträge, jedoch ergibt sich ohne Weiteres, dass der Beschwerdeführer mit der Herabsetzung der Vorleistung der Arbeitslosenkasse nicht einverstanden ist und die Rückzahlung der Vorleistungspflicht verhindern will. Auf die im Übrigen fristgerechte Beschwerde ist folglich einzutreten.

2.

2.1

Die ALK erwog zusammengefasst, der Beschwerdeführer habe sich ab 1. Juni 2021 im Umfang eines Vollpensums dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestellt. In der Folge seien ihm im Rahmen der Vorleistungspflicht gegenüber der IV in diesem Umfang und unter Berücksichtigung des Zwischenverdienstes Taggelder ausbezahlt worden. Aufgrund der von der Invalidenversicherung festgestellten gesundheitsbedingten Beeinträchtigung betrage die Resterwerbsfähigkeit rund 82%, sodass der versicherte Verdienst entsprechend habe angepasst werden müssen. Das aus dem 50%-Anstellungsverhältnis erzielte Einkommen werde nach wie vor als Zwischenverdienst angerechnet (ALK-act. 15).

2.2

Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, er sei aufgrund einer falschen Schulteroperation nur noch 50 % arbeitstätig. Die Vollzeitanstellung sei im Einverständnis mit der IV teilgekündigt worden. Die IV-Stelle Nidwalden habe mit Entscheid eine Invalidität von 18% festgelegt. Diese Berechnung sei nicht nachvollziehbar und stehe im Widerspruch zu sämtlichen Berichten und Gutachten. Der versicherte Verdienst sei basierend auf 100 % um 18 % gekürzt worden, obwohl er nur 50 % arbeite. Gegen diesen Entscheid habe er Einsprache erhoben, die noch hängig sei. Der Zweck der Vorleistungspflicht bestehe darin, Lücken im Erwerbsersatz in der Zeit zu vermeiden, in der eine Leistung einer anderen Versicherung abgeklärt wird. Der Anspruch auf Vorleistung bestehe längstens aber bis zum rechtskräftigen IV-Entscheid, wobei die von der Arbeitslosenkasse erbrachte Vorleistung mit der Nachzahlung der IV-Stelle verrechnet werden könne. Werde hingegen im Rahmen des IV-Verfahrens der von der IV-Stelle mit dem Vorbescheid bekanntgegebene Invaliditätsgrund grundsätzlich in Frage gestellt, dürfe die Arbeitslosenkasse ihre Leistungen so lange nicht kürzen, wie der Schwebezustand anhalte. Daher bestehe bis zum rechtskräftigen Entscheid keine Berechtigung für eine Herabsetzung des versicherten Verdienstes.

2.3

Streitig und zu prüfen ist, die basierend auf der Verfügung der IV-Stelle Nidwalden vom 15. November 2021 erfolgte Korrektur des versicherten Verdienstes sowie die Rückforderung der zu viel erbrachten Vorleistung.

3.

3.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit f AVIG in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 AVIG hat eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie vermittlungsfähig ist, mithin in der Lage und berechtigt, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen. Der Begriff der Vermittlungsfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung schliesst graduelle Abstufungen aus. Entweder ist die versicherte Person vermittlungsfähig, insbesondere bereit, eine zumutbare Arbeit im Umfang von mindestens 20% eines Normalarbeitspensums anzunehmen oder nicht (BGE 136 V 95 E. 5.1; 120 V 385 E. 4c/aa).

Nach Art. 15 Abs. 2 Satz 1 AVIG gilt der körperlich oder geistig Behinderte als vermittlungsfähig, wenn ihm bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung seiner Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte (BGE 136 V 195 E. 3.1). Die Kompetenz zur Regelung der Koordination mit der Invalidenversicherung ist dem Bundesrat übertragen worden (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 AVIG). Dieser hat in Art. 15 Abs. 3 AVIV festgelegt, dass ein Behinderter, der unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage nicht offensichtlich vermittlungsunfähig ist, und der sich bei der Invalidenversicherung (oder einer anderen Versicherung nach Art. 15 Abs. 2 AVIV) angemeldet hat, bis zum Entscheid der anderen Versicherung als vermittlungsfähig gilt. In diesem Sinn sieht Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG vor, dass die Arbeitslosenversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung, die Krankenversicherung, die Unfallversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist, vorleistungspflichtig ist.

Die Arbeitslosenversicherung hat demnach arbeitslose, bei einer anderen Sozialversicherung angemeldete Personen zu entschädigen, falls ihre Vermittlungsunfähigkeit nicht offensichtlich ist. Dabei besteht namentlich auch dann Anspruch auf eine ungekürzte Arbeitslosenentschädigung, wenn die ganz arbeitslose Person aus gesundheitlichen Gründen lediglich noch teilszeitlich arbeiten könnte, solange sie im Umfang der ihr ärztlicherseits attestierten Arbeitsfähigkeit eine Beschäftigung sucht und bereit ist, eine neue Anstellung mit entsprechendem Pensum anzutreten (BGE 142 V 380 E. 3.2; 136 V 95 E. 7.1).

3.2

Die Vermutungsregel der grundsätzlich gegebenen Vermittlungsfähigkeit von Behinderten (Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG und Art. 15 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 15 Abs. 3 AVIV) gilt lediglich für die Zeit, in welcher der Anspruch auf Leistungen einer anderen Versicherung abgeklärt wird und somit noch nicht feststeht. Damit sollen Lücken im Erwerbsersatz vermieden werden. Die Vorleistungspflicht ist daher auf die Dauer des Schwebezustandes begrenzt. Sie endet, sobald das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit feststeht (BGE 142 V 380 E. 3.2; 136 V 195 E. 7.4; Urteil BGer 8C_651/2009 vom 24. März 2010 E. 5.1).

3.3

Nebst der Frage der Vermittlungsfähigkeit stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Leistungshöhe der Arbeitslosenversicherung und damit nach dem versicherten Verdienst. Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde; eingeschlossen sind die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen darstellen (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Bei Versicherten, die unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit erleiden, ist gemäss Art. 40b AVIV der Verdienst massgebend, welcher der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht. Sinn und Zweck von Art. 40b AVIV besteht darin, über die Korrektur des versicherten Verdienstes die Koordination zur IV zu bewerkstelligen, um damit eine Überentschädigung durch die Kumulation einer IV-Rente mit Taggeldern der Arbeitslosenversicherung zu verhindern (BGE 140 V 89 E. 3). Art. 40b AVIV beschlägt allerdings nicht allein die Leistungskoordination zwischen Arbeitslosen- und Invalidenversicherung betrifft, sondern – in allgemeinerer Weise – die Abgrenzung der Zuständigkeit der Arbeitslosenversicherung gegenüber anderen Versicherungsträgern nach Massgabe der Erwerbsfähigkeit (BGE 133 V 524). Nach Sinn und Zweck von Art. 40b AVIV soll die Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung auf einen Umfang beschränkt werden, welcher sich nach der verbleibenden Erwerbsfähigkeit der versicherten Person während der Dauer der Arbeitslosigkeit auszurichten hat. Da die Arbeitslosenversicherung nur für den Lohnausfall einzustehen hat, welcher sich aus der Arbeitslosigkeit ergibt, kann für die Berechnung der Arbeitslosenentschädigung keine Rolle spielen, ob ein anderer Versicherungsträger Invalidenleistungen erbringt. Durch das Abstellen auf die verbleibende Erwerbsfähigkeit soll verhindert werden, dass die Arbeitslosenentschädigung auf einem Verdienst ermittelt wird, den der Versicherte nicht mehr erzielen könnte (BGE 140 V 89 E. 5.1

mit Hinweis). Hinsichtlich der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit, ist der durch die Invalidenversicherung ermittelte Invaliditätsgrad massgeblich (Urteil BGer 8C_746/2014 E. 3.3 mit Hinweis).

3.4

Die IV-Stelle Nidwalden hat mit Verfügung vom 15. November 2021 den Leistungsanspruch des Beschwerdeführers bei einem rentenausschliessenden Invaliditätsgrad von 18% abgewiesen (ALK-act. 51), mithin das Ausmass der Erwerbsfähigkeit auf 82% festgelegt. In der Folge musste die ALK den versicherten Verdienst im Sinne von Art. 40b AVIV anpassen, d.h. der bisherige versicherte Verdienst von Fr. 6'189.– (100%ige Vermittlungsfähigkeit) wurde der verbleibenden Resterwerbsfähigkeit entsprechend korrekt auf Fr. 5'075.– (82%ige Vermittlungsfähigkeit) angepasst.

Bei dieser Bemessung des versicherten Verdienstes entsteht bei teilinvaliden, nicht rentenberechtigten Versicherten zwar ein ungedeckter Ausfall. Indessen ist zu berücksichtigen, dass einen solchen Ausfall auch erleidet, wer – bei nicht rentenbegründeter Invalidität – einem Erwerb nachgeht und einen Invalidenlohn erzielt (BGE 140 V 89 E. 5.1, 133 V 524 E. 5.3 mit Hinweisen).

3.5

Die Anpassung des versicherten Verdienstes nach Art. 40b AVIV entspricht demnach den gesetzlichen Vorschriften und der bundesrechtlichen Rechtsprechung und ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

4.

4.1

Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Korrektur bereits gestützt auf die (dazumal noch nicht rechtskräftige) Verfügung der IV-Stelle Nidwalden vom 15. November 2022 erfolgen durfte.

4.2

Sobald das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit durch Vorbescheid oder Verfügung der anderen Sozialversicherung feststeht, endet die Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung und der versicherte Verdienst wird rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einschränkung der Erwerbsunfähigkeit angepasst (Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 40b AVIV; vgl. BGE 136 V 95 E. 7.1;

132 V 357). Laut Bundesgericht bildet die (noch nicht rechtskräftige) Verfügung der IV eine hinreichende Grundlage für die Anpassung des versicherten Verdienstes an den damit erkannten Grad der Erwerbsunfähigkeit. Vorbehalten seien jene Konstellationen, in denen bereits vor Verfügungserlass der IV mit deren Vorbescheid der Grad der Erwerbsunfähigkeit absehbar feststehe, was jene Fälle betreffe, wo keine Einwände gegen den Vorbescheid der IV erfolgen, oder wenn eine ganze IV-Rente bei verbleibender Restarbeitsfähigkeit in Aussicht gestellt wird (BGE 142 V 380 E. 5.5).

4.3

Mit Vorbescheid vom 28. September 2021 stellte die IV-Stelle Nidwalden die Abweisung des Rentenbegehrens in Aussicht (ALK-act. 52). Nach durchgeführtem Vorbescheidverfahren hielt die IV-Stelle mit Verfügung vom 15. November 2021 an ihrem Vorbescheid fest und wies das Leistungsbegehren ab (ALK-act. 51). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 20. November 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. Sachverhalt, lit. A). Am 22. November 2021 teilte die ALK ihm mit, dass der versicherte Verdienst per 1. Dezember 2021 auf Grundlage der IV-Verfügung angepasst werde (ALK-act. 50). Am 28. April 2022 verfügte die ALK eine Rückforderung (ALK-act. 27) im Betrage der in den Monaten Dezember 2021 bis März 2022 zu viel ausbezahlten Leistungen, mithin Fr. 2'918.45.

Wie vorstehend dargelegt, genügt eine (noch nicht rechtskräftige) Verfügung der IV als Grundlage für eine Anpassung des versicherten Verdienstes (BGE 142 V 380 E. 5.5). Mit Verfügung vom 15. November 2021 wurde ein Invaliditätsgrad von 18% berechnet (ALK-act. 51). Damit war das exakte Ausmass der Erwerbsunfähigkeit im Rahmen des Invalidenversicherungsverfahrens geklärt und der Schwebezustand wurde beendet. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

5.

5.1

Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogenen Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Art. 94 Abs. 1 AVIG hält fest, dass Rückforderungen und fällige Leistungen sowohl untereinander als auch mit Rückforderungen sowie fälligen Renten und Taggeldern der Invalidenversicherung verrechnet werden können.

5.2

Die ALK hat die mit Verfügung vom 22. November 2021 angezeigte Anpassung des versicherten Verdienstes in den Monaten Dezember 2021 bis März 2022 fälschlicherweise nicht sofort umgesetzt. Die in diesem Zeitraum erfolgten Taggeldleistungen wurden auf Grundlage eines versicherten Verdienstes von Fr. 6'189.– (100%ige Vermittlungsfähigkeit) statt Fr. 5'075.– (82%ige Vermittlungsfähigkeit) berechnet. Die Differenz stellt eine unrechtmässig bezogene und damit rückforderbare Leistung dar. Nachdem mangels rentenbegründendem IV-Grad keine Nachzahlung der IV-Stelle erfolgen wird ist, anders als vom Beschwerdeführer ins Feld geführt, keine Verrechnung möglich.

Gutgläubigkeit und grosse Härte wird seitens des Beschwerdeführers nicht geltend gemacht und Entsprechendes ist aus den Akten nicht ersichtlich. Die Rückforderung der in den Monaten Dezember 2021 bis März 2022 zu viel ausbezahlten Taggeldleistungen im Betrage von Fr. 2'918.45 ist folglich korrekt.

6.

Insgesamt erweisen sich die Vorbringen des Beschwerdeführers als unbegründet. Daher ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

7.

Das Verfahren ist kostenlos (vgl. Art. 61 lit. fbis ATSG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 61 lit. g ATSG e contrario).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. [Zustellung].

Stans, 5. Dezember 2022

VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN
Sozialversicherungsabteilung
Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann
Der Gerichtsschreiber

MLaw Reto Rickenbacher

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Art. 82 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gilt Art. 44 ff. BGG.