

SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2022/34 vom 17. Oktober 2023

Sg Versicherungsgericht, 2023-10-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2022_34

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2022/34 du 17 octobre 2023

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2022/34 del 17 ottobre 2023

Regeste

Art. 70 ATSG, Art. 15 AVIG, Art. 15 und 40b AVIV; Bestimmung des versicherten Verdienstes einer behinderten Person nach Erlass der IV-Verfügung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. Oktober 2023, AVI 2022/34). Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde nicht eingetreten 8C_784/2023.

Volltext

Entscheid vom 17. Oktober 2023 Besetzung Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterin Michaela Machleidt Lehmann und Versicherungsrichter Michael Rutz; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren Geschäftsnr. AVI 2022/34 Parteien A.____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Lorenz Gmünder, Schwager Mätzler Schneider, Poststrasse 23, Postfach 1936, 9001 St. Gallen, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, Gegenstand Arbeitslosenentschädigung (versicherter Verdienst) Sachverhalt A.____ meldete sich per 1. Juni 2015 (vgl. act. G3.1/271 f. im Verfahren AVI 2022/16) zum Bezug von Leistungen bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse an, nachdem ihr Arbeitsverhältnis mit der B.____ AG per 31. Mai 2015 geendet hatte (vgl. act. G3.1/268 und G3.1/264 im Verfahren AVI 2022/16). Die Arbeitslosenkasse eröffnete eine Rahmenfrist zum Leistungsbezug vom 1. Juni 2015 bis 31. Mai 2017, setzte den versicherten Verdienst auf Fr. 7'500.-- fest und richtete Arbeitslosenentschädigung aus (vgl. beispielhaft Leistungsabrechnungen, act. G3.1/238 f. im Verfahren AVI 2022/16). Am 11. September 2015 verletzte die Versicherte sich beim Joggen am Fuss (vgl. act. G3.1/187 und G3.1/174 f. im Verfahren AVI 2022/16) und wurde in der Folge von den behandelnden Ärzten ab 3. Dezember 2015 zu 100 %, ab 18. Juli 2016 zu 50 % arbeitsunfähig geschrieben (vgl. beispielhaft act. G3.1/178, G3.1/135, G3.1/132, G3.1/127 im Verfahren AVI 2022/16). Am 10. August 2016 meldete die Versicherte sich wegen der Fussverletzung bei der Invalidenversicherung an (act. G3.1/106 ff. im Verfahren AVI 2022/16; act. G4.1/212 ff.). In der Folge war sie weiterhin in wechselndem Ausmass arbeitsunfähig geschrieben (vgl. beispielhaft act. G3.1/86, G3.1/72, G3.1/64 f. und G3.1/35 im Verfahren AVI 2022/16). Per 31. Mai 2017 meldete das RAV die Versicherte von der Arbeitsvermittlung ab (act. G3.1/23 im Verfahren AVI 2022/16). Per 1. Juni 2017 nahm die Versicherte eine Erwerbstätigkeit bei der C.____ AG auf (act. G3.1/22 und act. G3.1/19 im Verfahren AVI 2022/16; siehe auch act. G3.2/729 im Verfahren AVI 2022/16 sowie act. G4.1/924 ff.). Am 26. Juli 2019 meldete die Versicherte sich erneut beim RAV zur Arbeitsvermittlung an (act. G3.2/734 im Verfahren AVI 2022/16), nachdem ihr die Anstellung bei der C.____ am 4. Juli 2019 wegen langer gesundheitlich bedingter Abwesenheiten per 31. Januar 2020 ordentlich gekündigt worden war (vgl. act. G3.2/729 und G3.2/663 f. im Verfahren AVI 2022/16). Die

behandelnden Ärzte attestierten ihr weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit von 75 % (vgl. beispielhaft act. G3.2/726 im Verfahren AVI 2022/16 und act. G4.1/942). Am 27. August 2019 sprach die C.____ der Versicherten mit der Begründung, sie habe einen gefälschten Arbeitsvertrag mit einem Pensum von 25 % statt der vereinbarten 50 % bei der Schlichtungsstelle für Arbeitsverhältnisse eingereicht, eine fristlose Kündigung aus (act. G3.2/666 im Verfahren AVI 2022/16). Mit Vergleich vom 7. November 2019 anlässlich der Schlichtungsverhandlung bestätigten die Parteien, dass das Arbeitsverhältnis zufolge der ordentlichen Kündigung per Ende Januar 2020 enden werde (vgl. act. G3.2/624 im Verfahren AVI 2022/16). Die Arbeitslosenkasse eröffnete eine Rahmenfrist zum Leistungsbezug vom 3. Februar 2020 bis 2. Februar 2022 und richtete ausgehend von einem versicherten Verdienst von Fr. 4'875.-- Arbeitslosenentschädigung aus (vgl. act. G3.2/559 im Verfahren AVI 2022/16). Mit Verfügung vom 26. Mai 2020 legte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst neu auf Fr. 4'500.-- fest (act. G3.2/508 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Dagegen erhob die Versicherte am 24. Juni 2020 Einsprache (act. G3.2/484 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Mit Einspracheentscheid vom 11. November 2020 legte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst auf Fr. 4'893.-- fest (act. G3.2/441 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Mit Vorbescheid vom 18. August 2021 stellte die IV-Stelle der Versicherten mit Wirkung ab 1. Februar 2017 die Zusprache einer ganzen Rente in Aussicht (act. G3.2/334 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Mit Verfügung vom 16. September 2021 lehnte die Arbeitslosenkasse den Anspruch der Versicherten auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. September 2021 ab. Zur Begründung führte sie aus, da der Versicherten auf der Basis einer Erwerbsunfähigkeit (richtig: eines IV-Grades) von 94 % eine ganze Rente zugesprochen worden sei und somit eine Vermittlungsunfähigkeit vorliege, entfalle die Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung ab dem 1. September 2021 (act. G3.2/326 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Dagegen erhob die Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Lorenz Gmünder, am 18. Oktober 2021 Einsprache (act. G3.2/233 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Mit Vorbescheid vom 19. Oktober 2021 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, aufgrund ihres Einwands vom 23. September 2021 gegen den Vorbescheid vom 18. August 2021 und dem beigelegten Arbeitsvertrag habe sie das Valideneinkommen abgeändert. Diesem zufolge würde sie bei einem 25%-Pensum einen Monatslohn von Fr. 4'500.-- erhalten, was bei einem 100%-Pensum einem monatlichen Einkommen von Fr. 18'000.-- entspreche. Aus dem Einkommensvergleich resultiere somit ein IV-Grad von 97 % (vgl. act. G4.1/1034 ff.). Mit Verfügung vom 12. Januar 2022 bestätigte die IV-Stelle diesen Vorbescheid und sprach der Versicherten ab 1. Februar 2017 eine ganze Rente zu (act. G4.1/1051 ff.). Mit Entscheid vom 12. November 2021 hiess die Arbeitslosenkasse die Einsprache der Versicherten vom 18. Oktober 2021 teilweise gut und hob die Verfügung vom 16. September 2021 auf. Da die Versicherte zumindest 20 % arbeitsfähig sei, bestehe eine Vermittlungsfähigkeit. Allerdings müsse der versicherte Verdienst der verbleibenden Erwerbsfähigkeit angepasst werden. Darüber und über die Rückforderung und Verrechnung mit Leistungen der Invalidenversicherung werde separat entschieden (act. G3.2/219 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Mit Verfügung vom 4. Januar 2022 forderte die Arbeitslosenkasse von der Versicherten Taggeld-Vorleistungen in Höhe von Fr. 50'326.10 zurück und verrechnete diesen Betrag mit den ihr zustehenden IV-Leistungen (act. G3.2/187 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Die hiergegen erhobene Einsprache vom 2. Februar 2022 (act. G3.2/116 f. im Verfahren AVI 2022/16) wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 3. März 2022 ab (act. G3.2/106 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Die gegen diesen Einspracheentscheid erhobene Beschwerde vom 4. April 2022 ist Gegenstand

des Verfahrens AVI 2022/16. Mit Verfügung vom 7. April 2022 setzte die Arbeitslosenkasse den versicherten Verdienst ab 1. Februar 2017 auf Fr. 600.-- fest. Zur Begründung führte sie aus, die IV-Stelle habe festgestellt, dass die Invalidität seit September 2016 und ein Anspruch auf Rente seit Februar 2017 bestehe. Schon während der letzten Anstellung sei die Versicherte wiederholt während längerer Zeit arbeitsunfähig gewesen. Gemäss der Erkenntnis der IV-Stelle sei die Erwerbsfähigkeit der Versicherten damals bereits auf ein Invalideneinkommen von Fr. 7'200.-- pro Jahr beschränkt gewesen. Da der versicherte Verdienst der verbleibenden Erwerbsfähigkeit anzupassen sei, betrage er somit ab Februar 2017 Fr. 600.-- (Fr. 7'200.--/12; act. G3.2/92 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Dagegen erhob die Versicherte am 23. Mai 2022 Einsprache. Sie brachte insbesondere vor, zwar seien die Anforderungen an eine leidensangepasste Tätigkeit so umfassend, dass die Verwertbarkeit der theoretischen Restarbeitsfähigkeit von 60 % nicht möglich sei. Hingegen sei es möglich, 20 % davon zu verwerten. Dies habe ihre langjährige Hausarztpraxis mehrfach bestätigt. Sie habe in den Jahren 2017 bis 2019 selbst den Tatbeweis dafür erbracht, trotz gesundheitlicher Probleme die Resterwerbsfähigkeit verwerten zu können, indem sie eine Stelle im 25%-Pensum innegehabt habe. Da sie seit Februar 2020 und inskünftig ein 20%-Pensum erfüllen könne, sei der versicherte Verdienst auf Fr. 3'914.40 festzulegen (25 % = Fr. 4'893.--; 20 % = Fr. 3'914.40; act. G4.1/1147 ff.). Zur weiteren Abklärung im Rahmen des Einspracheverfahrens ersuchte die Arbeitslosenkasse die IV-Stelle um Akteneinsicht (act. G4.1/1094). Gestützt auf die Akten der Invalidenversicherung fragte sie am 8. Juli 2022 bei der Staatsanwaltschaft nach, ob gegen die Versicherte ein Strafverfahren betreffend Fälschung eines Arbeitsvertrages (Arbeitspensum 25 % statt 50 %) hängig sei (act. G4.1/204 f.), was diese bejahte (act. G4.1/203). Aufgrund der neu beigezogenen Beweismittel gab die Arbeitslosenkasse der Versicherten am 30. Juni bzw. 12. Juli 2022 Gelegenheit zur Stellungnahme (act. G4.1/211 und G4.1/197). Am 13. Juli 2022 teilte der Rechtsvertreter der Versicherten der Arbeitslosenkasse telefonisch mit, ein Strafverfahren sei hängig. Die Versicherte bestreite, ein Dokument gefälscht zu haben (act. G4.1/195). Mit Entscheid vom 18. Juli 2022 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache der Versicherten gegen die Verfügung vom 7. April 2022 ab. Die Versicherte könne den zu Beginn der zweiten Rahmenfrist festgesetzten versicherten Verdienst aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Invalidität nicht mehr erzielen. Deshalb sei eine Korrektur des versicherten Verdienstes durchzuführen. Umstritten sei die Berechnungsmethode. In der zweiten Rahmenfrist sei der versicherte Verdienst aufgrund der Angaben zum Einkommen bei der C.____ zwischen August 2018 und August 2019 berechnet worden. Zwischen der Arbeitgeberin und der Versicherten sei umstritten, zu welchem Pensum die Versicherte dort angestellt gewesen sei (25 oder 50 %). Bei den Akten der Arbeitslosenkasse würden sich zwei Arbeitsverträge mit unterschiedlichen Angaben zum Beschäftigungsgrad befinden. Die Lohnabrechnungen seien auf der Basis eines 50%-Pensums erstellt worden. Gemäss dem Auszug aus dem Individuellen Konto habe die Versicherte in den Jahren 2007 bis 2014 bei der B.____ AG jeweils Fr. 60'000.-- jährlich verdient. Im Jahr 2015 (vor der ersten Rahmenfrist) habe der Lohn der Versicherten bei der B.____ bei einem 100%-Pensum monatlich Fr. 7'500.-- betragen. Selbst bei einem Freispruch oder der Einstellung des Strafverfahrens sei kein Beweis für die Vereinbarung eines 25%-Pensums zu erwarten. Insgesamt sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass zwischen der Versicherten und der C.____ ein 25%-Pensum und nicht ein 50%-Pensum vereinbart gewesen sei. Die gesundheitlichen Probleme der Versicherten, welche zu ihrer Invalidität geführt hätten, hätten im September

2015 begonnen. Die IV-Stelle habe festgestellt, dass die Versicherte seit September 2016 und damit bereits vor dem Arbeitsverhältnis bei der C.____ zu 97 % in der Erwerbsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei. Die Versicherte räume ein, das Arbeitspensum sei gesundheitsbedingt bereits reduziert gewesen. Während diesem Arbeitsverhältnis seien diverse Arbeitsunfähigkeiten attestiert worden. Nach Angaben der Arbeitgeberin sei die Versicherte während mehr als 600 Tagen zwischen 75 und 100 % arbeitsunfähig gewesen. Der vereinbarte Lohn habe nicht der Arbeitsleistung entsprochen und sei massiv zu hoch gewesen. Dieses Einkommen bilde daher keine taugliche Basis als Ausgangspunkt für die Anpassung des versicherten Verdienstes. Mit der Prämisse, dass das Arbeitspensum bei der C.____ 25 % betragen habe, habe die IV-Stelle das Valideneinkommen nach Intervention der Versicherten auf Fr. 234'000.-- pro Jahr festgesetzt. Aufgrund ihrer Biographie und der im Individuellen Konto dokumentierten Einkommensentwicklung erscheine es aber unwahrscheinlich, dass die Versicherte im Rentenberechnungszeitpunkt ohne Gesundheitsschaden ein solches Valideneinkommen erzielt hätte. Das Einkommen bei der C.____ sei keine taugliche Grösse zur Bestimmung des Valideneinkommens. Aufgrund der festgestellten Resterwerbsfähigkeit von 60 % im geschützten Rahmen habe die IV-Stelle ein Invalideneinkommen von Fr. 7'200.-- ermittelt. Die Ermittlung dieses Invalideneinkommens habe die Versicherte nicht bestritten. Da eine signifikante und rentenbegründende Erwerbsunfähigkeit festgestellt worden sei, sei die Arbeitslosenkasse gehalten, den versicherten Verdienst der verbleibenden Erwerbsfähigkeit anzupassen. Da der ursprüngliche versicherte Verdienst und der von der Invalidenversicherung festgestellte Invaliditätsgrad vorliegend keine tauglichen Referenzgrössen seien, könne die Anpassung in diesem Fall nicht mit der in der Weisung vorgesehenen Methode erfolgen. Mangels anderer verlässlicher Zahlen sei der versicherte Verdienst ausnahmsweise entsprechend dem von der IV-Stelle festgestellten Invalideneinkommen festgesetzt worden. Damit habe dem Sinn der Vorschrift entsprochen werden können. Zur Vermeidung einer Überentschädigung sei der Erwerbsersatz der Arbeitslosenversicherung auf das Niveau korrigiert worden, das die versicherte Person mit dem Gesundheitsschaden verdienen könnte. Gemäss der Ermittlung der IV-Stelle entspreche dies Fr. 7'200.-- pro Jahr oder Fr. 600.-- pro Monat (act. G4.1/189 ff.). Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde vom 14. September 2022. Die Beschwerdeführerin beantragt, der Einspracheentscheid vom 18. Juli 2022 sei aufzuheben. Ihr sei rückwirkend von Februar bis Mai 2017 ein Taggeld auf Basis eines versicherten monatlichen Verdienstes von Fr. 4'875.-- zu leisten. Rückwirkend ab Februar 2020 und inskünftig sei ihr ein Taggeld auf Basis eines versicherten monatlichen Verdienstes von Fr. 3'914.-- zu leisten. Eventualiter sei ihr rückwirkend von Februar bis Mai 2017 ein Taggeld auf Basis eines versicherten monatlichen Verdienstes von Fr. 2'438.--, ab Februar 2020 und inskünftig ein Taggeld auf Basis eines versicherten monatlichen Verdienstes von Fr. 1'957.-- zu leisten. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführerin sei die unentgeltliche Rechtspflege für das versicherungsgerichtliche Verfahren zu gewähren. Zur Begründung macht sie geltend, ihre Invalidität sei vor Antritt der Stelle bei der C.____ eingetreten. Die IV-Stelle habe korrekt festgehalten, dass die Anforderungen an eine adaptierte Tätigkeit so umfassend seien, dass die Verwertbarkeit ihrer Restarbeitsfähigkeit von 60 % nicht möglich sei. Hingegen sei es möglich, 20 % dieser theoretisch verbliebenen 60%-Arbeitsfähigkeit zu verwerten. Dies habe der langjährige Hausarzt der Beschwerdeführerin mehrfach bestätigt. Die Beschwerdeführerin habe in den Jahren 2017 bis 2019 selber den Tatbeweis dafür erbracht, trotz gesundheitlicher Probleme die

Resterwerbsfähigkeit verwerten zu können. Sie habe in diesen Jahren eine Stelle im 25%-Pensum innegehabt, trotz bestehenden invalidisierenden Beschwerden und anerkanntem vollem IV-Rentenanspruch. Sie sei an der B.____ AG beteiligt gewesen und habe nebst dem Lohn Vergünstigungen, Lizenzgebühren und Dividenden erhalten. Auch mit der C.____ sei nach einem Jahr der Zusammenarbeit eine Beteiligung angedacht gewesen. In der Folge sei es dann aber nicht dazu gekommen. Aus diesem Grund sei der Lohn zu Beginn hoch angesetzt worden, weil die Beschwerdeführerin mit dem D.____ einen neuen Geschäftsbereich komplett neu aufgebaut habe und eine Beteiligung noch nicht schriftlich vereinbart gewesen sei. Die Lohnabrechnungen der C.____ seien von einem externen Treuhänder erstellt worden. Teilweise seien sie fälschlicherweise auf der Basis von 50 %, teilweise auf der Basis von 25 % ausgestellt worden. Die Behauptung, die Beschwerdeführerin sei während 600 Tagen zwischen 75 und 100 % arbeitsunfähig gewesen, treffe nicht zu. Sie sei grundsätzlich zu 25 % arbeitsfähig gewesen. Allerdings habe sie nach dem Unfall 13 Operationen über sich ergehen lassen müssen. Es sei klar, dass sie während und nach den Operationszeiten nicht arbeiten könne. Der Lohn habe der Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin entsprochen. Ansonsten hätte das Arbeitsverhältnis nicht über zweieinhalb Jahre gedauert. Der angenommene, rein rechnerisch bestimmte Invaliditätsgrad von 97 % habe sich für den Zeitraum des Arbeitsverhältnisses bei der C.____ als falsch erwiesen. Aussagekräftiger seien die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse der behandelnden Ärzte und der effektiv erbrachte Tatbeweis. Sie sei im fraglichen Zeitraum zu 25 % vermittlungsfähig gewesen. Das Einkommen und damit der versicherte Verdienst belaufe sich somit auf Fr. 4'875.-- (Fr. 4'500.-- x 13 / 12). Sollte davon ausgegangen werden, dass der Lohn von Fr. 4'500.-- für ein Pensum von 50 % statt 25 % geleistet worden sei, was bestritten werde, so beliefe sich der versicherte Verdienst auf Fr. 2'438.-- (Fr. 2'250.-- x 13 / 12). Ab Februar 2020 betrage die Arbeitsfähigkeit gemäss Einschätzung des Hausarztes noch 20 %. Folglich sei der versicherte Verdienst auf Fr. 3'914.--, eventualiter auf Fr. 1'957.-- festzulegen (act. G1). Mit Beschwerdeantwort vom 11. Oktober 2022 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf den angefochtenen Einspracheentscheid und die eingereichten Akten die Abweisung der Beschwerde (act. G4). Mit Entscheid vom 4. November 2022 weist das Versicherungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung der Beschwerdeführerin ab (act. G5). Am 11. November 2022 ersucht der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin um Zusprache einer Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (act. G7). Erwägungen In den Verfahren AVI 2022/16 und AVI 2022/34 stehen sich dieselben Parteien gegenüber und ihnen liegt derselbe Sachverhalt sowie dieselbe Rechtslage zugrunde. Die Beschwerdegegnerin hat im Verfahren AVI 2022/16 die bis zur Beschwerdeeinreichung in diesem Verfahren vorhandenen Vorakten eingereicht. Im Verfahren AVI 2022/34 hat sie nur noch diejenigen Akten eingereicht, welche nach der Beschwerdeerhebung im Verfahren AVI 2022/16 entstanden bzw. hinzugezogen worden sind. Da die Akten aus beiden Verfahren den Parteien und dem Gericht bekannt sind, werden – ohne dass die Verfahren deshalb vereinigt würden – die Akten des jeweils anderen Verfahrens beigezogen, soweit dies erforderlich ist. Die körperlich oder geistig behinderte versicherte Person gilt als vermittlungsfähig, wenn ihr bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage, unter Berücksichtigung ihrer Behinderung, auf dem Arbeitsmarkt eine zumutbare Arbeit vermittelt werden könnte (Art. 15 Abs. 2 Satz 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Damit eine versicherte Person vermittlungsfähig ist, muss sie bereit und in der

Lage sein, eine zumutbare Arbeit im Umfang von mindestens 20 % eines Normalarbeitspensums (auf dem ersten Arbeitsmarkt) anzunehmen (Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2021, 8C_486/2021, E. 3.2, mit Hinweisen). Bei der Abklärung der Vermittlungsfähigkeit von behinderten Personen wirken die kantonalen Amtsstellen und die Kassen namentlich mit den zuständigen Organen der Invalidenversicherung zusammen. Ist eine behinderte Person, unter der Annahme einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage, nicht offensichtlich vermittlungsunfähig und hat sie sich namentlich bei der Invalidenversicherung angemeldet, so gilt sie bis zum Entscheid der Invalidenversicherung als vermittlungsfähig. Die Beurteilung ihrer Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit durch die Invalidenversicherung wird dadurch nicht berührt (vgl. Art. 15 Abs. 2 Satz 1 AVIG und Art. 15 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). In diesem Sinn sieht Art. 70 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vor, dass die Arbeitslosenversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung, die Krankenversicherung, die Unfallversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist, vorleistungspflichtig ist (siehe auch BGE 142 V 380 E. 3.1). Eine bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldete ganz arbeitslose aber aus gesundheitlichen Gründen nur teilzeitlich arbeitsfähige Person, die bereit ist, im Umfang der ärztlich attestierten Arbeitsfähigkeit eine Stelle anzunehmen, hat aufgrund der Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung Anspruch auf eine volle Arbeitslosenentschädigung, solange die Frage der IV-Rentenberechtigung noch nicht geklärt ist (Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., 2019, S. 113; Art. 15 Abs. 2 AVIG in Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 AVIV). Die Vermutungsregel der grundsätzlich gegebenen Vermittlungsfähigkeit von Behinderten 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 (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2021, 8C_352/2021, E. 2.2.2; BGE 136 V 95 E. 6.2 und E. 7.1). Die Vorleistungspflicht der Arbeitslosenversicherung gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. b ATSG und Art. 15 Abs. 3 AVIV ist auf die Dauer des Schwebezustands begrenzt. Sobald das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit feststeht, endet sie. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet grundsätzlich die Verfügung der Invalidenversicherung hinreichende Grundlage für die Anpassung des versicherten Verdienstes an den damit erkannten Grad der Erwerbsunfähigkeit. Ausnahmsweise kann der versicherte Verdienst schon nach dem Vorbescheid der IV-Stelle angepasst werden, wenn die Arbeitslosenkasse und die versicherte Person sich bereits über ein Mindestmass des Invaliditätsgrades einig sind und diese keine Einwände gegen den IV-Vorbescheid erhebt. Der versicherte Verdienst (siehe dazu die nachfolgenden Erwägungen) wird alsdann im Sinne von Art. 40b AVIV rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einschränkung der Erwerbsfähigkeit angepasst und die Arbeitslosenentschädigung gemäss Art. 25 ATSG in Verbindung mit Art. 95 Abs. 1 sowie Abs. 1 bis AVIG im entsprechenden Rahmen zurückgefordert (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2021, 8C_352/2021, E. 2.2.3, BGE 142 V 380 E. 5.5 und E. 5.2.1, BGE 136 V 95 E. 7.1 und BGE 136 V 195 E. 4, je mit Hinweisen; vgl. auch Staatssekretariat für Wirtschaft Seco, AVIG-Praxis ALE/C29). Als versicherter Verdienst gilt der im Sinne der AHV-Gesetzgebung massgebende Lohn, der während eines Bemessungszeitraumes aus einem oder mehreren Arbeitsverhältnissen normalerweise erzielt wurde (Art. 23 Abs. 1 erster Halbsatz AVIG).

Der versicherte Verdienst bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Er bemisst sich nach dem Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug, wenn dieser Durchschnittslohn höher ist (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2 AVIV). Bei Versicherten, die unmittelbar vor oder während der Arbeitslosigkeit eine gesundheitsbedingte Beeinträchtigung ihrer Erwerbsfähigkeit erleiden, ist der Verdienst massgebend, welcher der verbleibenden Erwerbsfähigkeit entspricht (Art. 40b AVIV). Der Versicherungsschutz der Arbeitslosenversicherung beschränkt sich auf die Deckung der verbleibenden Erwerbsfähigkeit. Der Sinn und Zweck von Art. 40b AVIV besteht darin, die Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung auf einen Umfang zu beschränken, welcher sich nach der verbleibenden Erwerbsfähigkeit der versicherten Person während der Dauer der Arbeitslosigkeit richtet. Eine Korrektur gemäss Art. 40b AVIV ist daher durchzuführen, wenn der versicherte Verdienst auf einem Lohn basiert, den die versicherte Person im Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit aufgrund einer zwischenzeitlich eingetretenen Invalidität nicht mehr erzielen könnte (AVIG-Praxis ALE/C26 ff.). Ausgangspunkt für die Anpassung des versicherten Verdiensts von Behinderten durch die Arbeitslosenversicherung nach erfolgtem Vorbescheid bzw. Verfügung der Invalidenversicherung bildet der vor der gesundheitsbedingten Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit während eines bestimmten Zeitraums tatsächlich erzielte Lohn. Dieser Wert ist mit dem Faktor zu multiplizieren, der sich aus der Differenz zwischen 100 % und dem Invaliditätsgrad ergibt. Grundsätzlich nicht einschlägig ist das (hypothetisch erzielbare) Invalideneinkommen (BGE 132 V 357; vgl. auch AVIG-Praxis ALE/C26 ff.). Invalidenversicherung und Arbeitslosenversicherung sind nicht komplementäre Versicherungszweige in dem Sinne, dass die vom Erwerbsleben ausgeschlossene versicherte Person sich in jedem Fall entweder auf Invalidität oder auf Arbeitslosigkeit berufen kann. Der Bezug einer ganzen Invalidenrente schliesst die Vermittlungsfähigkeit nicht grundsätzlich aus. Möglich ist ebenso, dass die Invalidenversicherung beim gleichen Gesundheitsschaden eine vollständige Arbeitsfähigkeit annimmt, während die Arbeitslosenversicherung die Vermittlungsfähigkeit verneint. Dass beide Versicherungen vom gleichen Begriff des hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkts (siehe hierzu sogleich nachstehend) ausgehen, ändert daran nichts. Daher kann der Fall eintreten, dass kein Anspruch oder aber Ansprüche gegenüber beiden Zweigen der Sozialversicherung bestehen (vgl. Kupfer Bucher, a.a.O., S. 110 ff. mit Hinweisen). Der ausgeglichene Arbeitsmarkt umfasst auch sogenannte Nischenarbeitsplätze, also Arbeitsangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen von Seiten des Arbeitgebers rechnen können. Von einer Arbeitsgelegenheit kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt, oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher von vornherein ausgeschlossen erscheint (siehe zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 24. April 2012, 8C_869/2011, E. 4.3.5 mit Hinweisen). Die Beschwerdegegnerin hatte den versicherten Verdienst für die erste Rahmenfrist auf Fr. 7'500.--, und für die zweite Rahmenfrist mit Entscheid vom 11. November 2020 auf Fr. 4'893.-- festgesetzt (vgl. act. G3.1/238 f. und G3.2/441 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Für eine Neubestimmung des versicherten Verdienstes bedarf es daher eines Rückkommenstitels im Sinne von Art. 53 ATSG. Vorliegend ist ein solcher mit der Verfügung der IV-Stelle vom 12. Januar 2022 über den Anspruch der Beschwerdeführerin

auf eine ganze Invalidenrente (vgl. zum Vorbescheid act. G4.1/1034 ff. und zur Verfügung (act. G4.1/1051 ff.) gegeben. Denn nach der Rechtsprechung stellt die rückwirkende Zusprechung einer Invalidenrente eine neue erhebliche Tatsache dar, deren Unkenntnis die Arbeitslosenkasse nicht zu vertreten hat, weshalb ein Zurückkommen auf die ausgerichteten Leistungen auf dem Wege der prozessualen Revision im Allgemeinen als zulässig erachtet wird (Urteil des Bundesgerichts vom 30. September 2014, 8C_824/2013, E. 3.3). Stellt die Invalidenversicherung wie vorliegend fest, dass eine versicherte Person während der Zeit der Arbeitslosigkeit (teilweise) erwerbsunfähig war, ist die anfängliche Annahme der Vermittlungsfähigkeit für ein 100%-Pensum zweifellos unrichtig (vgl. ARV 2002 N 27 S. 181 f. E. 3b) und mit Blick auf die Rückforderung zu viel bezahlter Arbeitslosenentschädigung eine Korrektur des versicherten Verdienstes von erheblicher Bedeutung. Dass die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst mit Blick auf die IV-Verfügung überprüfen und neu festsetzen durfte, ist denn auch nicht streitig. Streitig ist hingegen die Höhe des neu festzusetzenden versicherten Verdienstes. Gemäss Rechtsprechung und AVIG-Praxis ALE wird der versicherte Verdienst üblicherweise so bestimmt, dass der Lohn vor Invalidität mit dem Validitätsgrad multipliziert wird (vgl. E. 2.5 vorstehend). Dies hat die Beschwerdegegnerin ursprünglich auch gemacht und so einen neuen Verdienst von lediglich Fr. 225.-- für die erste und Fr. 294.-- für die zweite Rahmenfrist errechnet (vgl. act. G3.2/187 ff. im Verfahren AVI 2022/16). Die Parteien sind sich jedoch – mit jeweils unterschiedlicher Begründung – zu Recht einig, dass die übliche Berechnung im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden kann, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt. Vorab ist anzumerken, dass die Organe der Arbeitslosenversicherung nicht an die Beurteilung durch die Invalidenversicherung gebunden sind (Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 2009, 8C_276/2009, E. 4). Die IV-Stelle ging in ihrem Vorbescheid vom 19. Oktober 2021, welchen sie mit Verfügung vom 12. Januar 2022 bestätigte (act. G4.1/1034 ff. und G4.1/1051 ff.), davon aus, die Beschwerdeführerin habe bei der C.____ Fr. 4'500.-- pro Monat für ein 25%-Pensum sowie einen 13. Monatslohn verdient und würde daher bezogen auf ein 100%-Pensum ein Valideneinkommen von jährlich Fr. 234'000.-- (Fr. 18'000.-- x 13) erzielen. Gemäss der Feststellung der IV-Stelle war die Beschwerdeführerin jedoch bereits seit dem 11. September 2015 in ihrer Erwerbsfähigkeit eingeschränkt und hatte ab Februar 2017 (sechs Monate nach Einreichung der IV-Anmeldung) Anspruch auf eine ganze Rente. Die Beschwerdeführerin war also schon zu Beginn (Juni 2017) und während der gesamten Dauer ihrer Anstellung bei der C.____ invalid. Dementsprechend kann das in diesem Arbeitsverhältnis erzielte Einkommen kein Valideneinkommen sein. Gleichzeitig kann der Lohn bei der C.____ aber auch nicht als Invalideneinkommen herangezogen werden. Die Beschwerdeführerin hoffte zu Beginn dieses Arbeitsverhältnisses, ihr Gesundheitszustand würde sich wieder bessern, sodass sie ihr Arbeitspensum nach und nach auf 100 % würde aufstocken können. Auch ihre Arbeitgeberin glaubte, die Beschwerdeführerin sei auf dem Weg der Besserung. Dementsprechend wurde der Arbeitsvertrag nicht unter Berücksichtigung der eingeschränkten Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin abgeschlossen. Unklar ist, ob die Beschwerdeführerin zu 25 % oder zu 50 % bei der C.____ angestellt war, zumal zwei Versionen des Arbeitsvertrags im Recht liegen und die Arbeitgeberin und die Beschwerdeführerin diesbezüglich divergierende Angaben machen (vgl. zum Ganzen beispielhaft act. G3.2/713 im Verfahren AVI 2022/16, act. G4.1/924 ff., act. G4.1/993 f. und G4.1/846). Die Beschwerdegegnerin hat sich in ihrem Entscheid vom 18. Juli 2022 mit dem Arbeitspensum der Beschwerdeführerin bei der C.____

auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass sich anhand der vorliegenden Akten weder das eine noch das andere Pensum nachweisen lässt (vgl. act. G4.1/189 ff.). Darauf kann verwiesen werden. Hinzuzufügen ist, dass für eine neu anzustellende Geschäftsleitung, welche einen neuen Standort aufbauen soll, ein 25%-Pensum ungewöhnlich tief und ein Lohn von Fr. 4'500.-- dafür ausgesprochen hoch erscheint. Insbesondere liegt ein solcher Lohn für dieses Pensum weit über dem Zentralwert gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturerhebungen (LSE; gemäss der Tabelle T18 der LSE 2020 liegt der auf 100 % hochgerechnete Bruttolohn für Frauen in Kaderfunktion bei einem Teilzeitpensum von 25 bis 49 % bei Fr. 8'469.-- und bei einem Teilzeitpensum von 50 bis 74 % bei Fr. 8'805.--). Gründe für diesen mit Blick auf das behauptete 25%-Pensum überhöhten Lohn lassen sich den Akten nicht entnehmen. Namentlich stellen die Ausführungen der Beschwerdeführerin, eine Steigerung des Arbeitspensums und eine Beteiligung am Unternehmen seien geplant gewesen, keine Gründe dar, der Beschwerdeführerin von Beginn weg einen Lohn in der angegebenen Höhe zu bezahlen, zumal weder im Arbeitsvertrag noch in anderen Dokumenten solche Pläne erwähnt wurden. Auch mit Blick auf die vorangehende berufliche Karriere der Beschwerdeführerin fällt der hohe Lohn bei kleinem Pensum aus dem Rahmen (vgl. IK-Auszug, act. G4.1/913 ff.). Mit der Beschwerdegegnerin ist deshalb festzuhalten, dass nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt ist, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der C.____ ein 25%-Pensum vereinbart gewesen ist. Unabhängig vom vereinbarten Arbeitspensum ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin auch nach eigenen Angaben während des Arbeitsverhältnisses gesundheitsbedingt nicht mehr als 25 % arbeitsfähig war und während mehr als der Hälfte der Dauer aufgrund von Schmerzen, Operationen, Komplikationen und stationären Behandlungen gar nicht in der Lage war, zu arbeiten (vgl. act. G3.2/724 im Verfahren AVI 2022/16, Brief der Beschwerdeführerin an die C.____ vom 15. Juli 2019, in welchem sie einräumt, dass sie zwischen dem 1. Juni 2017 und dem 30. Juni 2019 an 404 Tagen ihr 25%-Pensum nicht habe erfüllen können; vgl. weiter act. G4.1/935 ff., insbesondere act. G4.1/943, Arztzeugnisse über die Arbeitsunfähigkeit). Unter diesen Umständen ist die Feststellung der Beschwerdegegnerin, dass das Einkommen bei der C.____ massgeblich durch Lohnfortzahlung bei Krankheit (Arbeitsunfähigkeit) beeinflusst war, nicht zu beanstanden (act. G4.1/192). Die Arbeitgeberin hat denn gegenüber der IV-Stelle auch angegeben, der Lohn der Beschwerdeführerin habe nicht ihrer Leistung entsprochen (act. G4.1/927). Das Einkommen der Beschwerdeführerin bei der C.____ kann nach dem Gesagten weder als valables hypothetisches Valideneinkommen noch als konkretes Invalideneinkommen herangezogen werden, denn es entspricht nicht dem, was die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Invalidität auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch hätte verdienen können (vgl. E. 2.4 und E. 2.7 vorstehend). Dass sie tatsächlich einen Arbeitsvertrag mit einem Monatslohn von Fr. 4'500.-- abgeschlossen hat und die entsprechende Anstellung rund zweieinhalb Jahre lang bestand, vermag daran nichts zu ändern. Denn für die Festsetzung des versicherten Verdienstes nach Zusprache einer IV-Rente ist nicht massgebend, welches Einkommen die Beschwerdeführerin zwischen zwei Phasen der Arbeitslosigkeit erzielte, sondern die Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung ist auf den Umfang zu beschränken, welcher der Erwerbsfähigkeit der versicherten Person während der Dauer der Arbeitslosigkeit entspricht (vgl. E. 2.4 vorstehend). Weichen die Erwerbsfähigkeit bzw. Leistungsfähigkeit und das erzielte Einkommen, wie vorstehend dargelegt, markant voneinander ab, kann auf

den tatsächlichen Verdienst nicht abgestellt werden, weil die Beschwerdeführerin nicht hoffen kann, auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt (zu diesem Begriff siehe E. 2.7 vorstehend) eine vergleichbare Stelle zu finden. Nachdem, wie dargetan, der versicherte Verdienst vorliegend nicht wie üblich anhand des Invaliditätsgrads bestimmt werden kann, hat die Beschwerdegegnerin das von der IV-Stelle auf Fr. 7'200.-- veranschlagte hypothetisch erzielbare Invalideneinkommen herangezogen und daraus einen versicherten Verdienst von Fr. 600.-- errechnet (act. G4.1/189 ff.). Ein solches Vorgehen wird in der Regel nicht zugelassen (vgl. E. 2.5 vorstehend). Vorliegend fehlt es aber an einem für die arbeitslosenrechtliche Berechnung des versicherten Verdienstes verwendbaren Invaliditäts- bzw. Validitätsgrad aus der IV-Verfügung. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb zu Recht die Frage gestellt, welchen Verdienst die Beschwerdeführerin während ihrer Arbeitslosigkeit hypothetisch hätte erzielen können. Gemäss Gutachten der medexperts AG vom 3. März 2021 sind folgende Anforderungen an eine den Leiden der Beschwerdeführerin angepasste Tätigkeit zu stellen: eine vorwiegend sitzende Tätigkeit mit der Möglichkeit, das rechte Bein hochzulagern und die Körperposition selbstbestimmt, also nach eigenem Ermessen, zu wechseln. Die Pausen sollten selbstbestimmt gewählt werden können (Möglichkeit individuell angepasst nach ca. 45 Minuten eine Pause von 15 Minuten einzulegen, möglichst flexible Arbeitszeit, Selbsteinteilung von Aufgaben). Unter Zeitdruck kann nicht gearbeitet werden. Abzuraten ist von Schichtdienst und Nachtdienst. Bewegen und Tragen von Lasten ist nicht möglich. Die Überwindung von Höhendifferenzen, auch Treppen, ist nicht zumutbar. Gehen ist nur über extrem kurze Distanzen möglich, der Arbeitsplatz sollte möglichst behindertengerecht erreichbar sein. Tätigkeiten mit höheren Anforderungen an die nervliche Belastbarkeit (hohe eigene Verantwortung, besondere Gefährdung, verdichtete bzw. parallele Arbeitsprozesse, hohe kommunikative Anforderungen, besondere Flexibilität und Aufmerksamkeit) sind nicht möglich. Arbeiten im Team sollten möglichst begrenzt stattfinden, Vorträge und Instruktionen für andere sollten nicht abverlangt werden (act. G4.1/841). Die IV-Stelle gelangte nach Rücksprache mit einer ihrer Beraterinnen Berufliche Integration (act. G4.1/910) zum Schluss, die Restarbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin sei aufgrund der umfangreichen Adaptionenkriterien im ersten Arbeitsmarkt nicht mehr verwertbar. Im geschützten Rahmen könne sie im 60%-Pensum ein Invalideneinkommen von Fr. 7'200.-- erzielen (act. G4.1/999). Angesichts der zahlreichen Adaptionenkriterien ist fraglich, ob die Vermittlungsfähigkeit (vgl. zur Vermittlungsfähigkeit E. 2.1 und E. 2.6 f. vorstehend) der Beschwerdeführerin für den hier interessierenden Zeitraum überhaupt noch gegeben war. Die der Beschwerdeführerin zumutbare Tätigkeit ist in so eingeschränkter Form möglich, dass ein sehr weitgehendes Entgegenkommen eines wohlwollenden Arbeitgebers erforderlich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle zumindest unwahrscheinlich erscheint. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin und ihr Hausarzt anders als die medexperts-Gutachter nicht von einer 60%igen Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit ausgingen, sondern jeweils weitgehend eine 25%ige, später eine 20%ige Arbeitsfähigkeit annahmen. Zwar beschränkten die Beschwerdeführerin und ihr Hausarzt diese Arbeitsfähigkeit nicht auf einen geschützten Rahmen. Sie wendeten jedoch auch nichts gegen das nachvollziehbar begründete Adaptionprofil gemäss medexperts-Gutachten ein. Demnach hätte die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin auch vollständig verneint werden können. Indem die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihres Ermessensspielraums zu Gunsten der Beschwerdeführerin die Vermittlungsfähigkeit bejahte (vgl. act. G3.2/219 ff. im Verfahren

AVI 2022/16), wählte sie das mildere Mittel. Als Folge davon musste sie jedoch den Schwierigkeiten einer Vermittlung (aussergewöhnliches Entgegenkommen eines wohlwollenden Arbeitgebers / zu erwartende Konsequenzen beim Lohn) im Rahmen des versicherten Verdienstes Rechnung tragen. Das von der IV-Stelle angenommene Einkommen für eine Tätigkeit im geschützten Rahmen erscheint angemessen, was von der Beschwerdeführerin denn auch nicht bestritten wird. Dass die Beschwerdegegnerin von einer Kürzung dieses Einkommens von 60 % auf 25 % bzw. 20 % abgesehen hat, obschon die Beschwerdeführerin sich nur in diesem Rahmen als arbeitsfähig betrachtet, ist insofern vertretbar, als die Beschwerdeführerin dabei nicht von einem geschützten Rahmen ausgegangen ist, mit anderen Worten nicht ausgeschlossen ist, dass sie sich in einer adaptierten Tätigkeit gemäss dem Anforderungsprofil des medexperts-Gutachtens eine höhere Arbeitsfähigkeit zutrauen könnte. Nach dem Gesagten hat die Beschwerdegegnerin den versicherten Verdienst zu Recht auf Fr. 600.-- festgesetzt. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. f bis des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP Die Beschwerde wird abgewiesen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.