[AZA]
C 301/98 Vr

I. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Spira, Bundesrichterin Widmer, Bundesrichter Meyer und Ferrari; Gerichtsschreiber Maillard

Urteil vom 21. Januar 2000

in Sachen

Staatssekretariat für Wirtschaft, Abteilung Arbeitsmarkt, Bundesgasse 8, Bern, Beschwerdeführer,

gegen

H._____, 1950, Beschwerdegegnerin,

und

Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

A.- Am 8. August 1996 gewährte die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern der 1950 geborenen H._____, die seit 1. Juni 1996 arbeitslos war, einen Vorschuss von Fr. 1000.- an die zu erwartende Arbeitslosenentschädigung. Nachdem feststand, dass sie bis zur Aufnahme einer Stelle im November 1996 insgesamt Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 80.- hatte, forderte die Arbeitslosenkasse am 27. Juni 1997 verfügungsweise von H._____ den Restbetrag des Vorschusses von Fr. 920.- zurück. Die Versicherte focht diese Verfügung nicht an, ersuchte jedoch um Erlass der Rückerstattung, was die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 25. Februar 1998 mangels guten Glaubens ablehnte.

B.- In Gutheissung der hiegegen erhobenen Beschwerde bejahte das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 27. Juli 1998 zunächst den guten Glauben von H._____, sah von der Prüfung der zweiten Erlassvoraussetzung der grossen Härte ab und bewilligte ihr Gesuch um Erlass der Rückforderung von Fr. 920.-.

C.- Gegen diesen Entscheid führt das Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit (seit 1. Juli 1999 Staatssekretariat für Wirtschaft [seco]) Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Begehren, der kantonale Entscheid sei aufzuheben und die Sache sei zur Abklärung, ob die Rückerstattung für H._____ eine grosse Härte bedeuten würde, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sei festzustellen, dass die für einen Erlass kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen

des guten Glaubens und der grossen Härte im Bereich der Arbeitslosenversicherung weiterhin erfüllt sein müssten.
Das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Bern (KIGA) widersetzt sich diesem Begehren und beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
H._____ lässt sich nicht vernehmen.

D.- Da die Zulässigkeit der Anwendung von Art. 79 Abs. 1quater AHVV im Bereich der Arbeitslosenversicherung strittig ist und die Gesetzmässigkeit besagter Bestimmung in Frage steht, hat die Instruktionsrichterin das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) zur Vernehmlassung eingeladen. Dieses hat am 24. Dezember 1998 Stellung genommen und Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt.
Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Nach Art. 95 AVIG hat die Kasse Leistungen der Versicherung, auf die der Empfänger keinen Anspruch hatte, zurückzufordern (Abs. 1 Satz 1). War der Leistungsempfänger beim Bezug gutgläubig und würde die Rückerstattung eine grosse Härte bedeuten, so wird sie auf Gesuch hin ganz oder teilweise erlassen (Abs. 2 Satz 1).

b) Bereits unter der Herrschaft des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung vom 22. Juni 1951 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass im Gebiet der Arbeitslosenversicherung die Regeln über den Erlass unrechtmässig bezogener Renten und Hilflosenentschädigungen, welche durch die Praxis in der AHV entwickelt worden sind, sinngemäss angewandt werden müssen (ARV 1978 Nr. 20 S. 73 Erw. 1). Daran hat sich mit Inkrafttreten des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 auf den 1. Januar 1984 nichts geändert, ist doch die zu Art. 47 Abs. 1 AHVG ergangene Rechtsprechung auch im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Erlassverfahren nach Art. 95 AVIG anwendbar (BGE 116 V 292 f. Erw. 2b).
Vor dem 1. Januar 1997 enthielten weder die AHV-Gesetzgebung noch die anderen Sozialversicherungsgesetze Ausführungsbestimmungen zum unbestimmtem Gesetzesbegriff "grosse Härte". Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat daher diesen Begriff in Weiterführung der im Wesentlichen auf das Urteil N. vom 16. März 1972 (ZAK 1973 S. 198) zurückgehenden und nach grundsätzlicher Überprüfung in BGE 107 V 79 nur mehr hinsichtlich des prozentualen Zuschlags modifizierten Rechtsprechung für alle Sozialversicherungszweige gleich bestimmt und erkannt, dass eine grosse Härte im Sinne von Art. 47 Abs. 1 AHVG vorliegt, wenn zwei Drittel des anrechenbaren Einkommens (und der allenfalls hinzuzurechnende Vermögensteil) die nach Art. 42 Abs. 1 AHVG (in der bis 31. Dezember 1996 in Kraft gewesenen Fassung) anwendbare und um 50 % erhöhte Einkommensgrenze nicht erreichen (BGE 122 V 225 Erw. 5a mit Hinweisen).
Mit der auf 31. Dezember 1996 im Rahmen der 10. AHV-

Revision erfolgten Streichung der einkommensabhängigen ausserordentlichen AHV-Renten aus dem Gesetz sind die Einkommensgrenzen nach Art. 42 AHVG als Bezugspunkte für die Verdeutlichung des unbestimmten Rechtsbegriffes der grossen Härte weggefallen. Der Bundesrat hat mit Wirkung ab 1. Januar 1997 den Begriff der grossen Härte auf Verordnungsstufe geregelt. Da mit der Aufhebung der ausserordentlichen Renten mit Einkommensgrenzen die bisher für die Prüfung der grossen Härte massgebende Einkommensgrenze als Vergleichsgrösse wegfiel, führte er dafür den ergänzungsleistungsrechtlichen Grenzbetrag (bundesrechtlicher Höchstansatz) und das nach den Bestimmungen über die Ergänzungsleistungen ermittelte Jahreseinkommen ein (AHI 1996 S. 43 f.). Nach Art. 79 Abs. 1bis AHVV (in der am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen und vorliegend anwendbaren Fassung) liegt eine grosse Härte im Sinne von Art. 47 Abs. 1 AHVG vor, wenn die vom Bundesgesetz vom 19. März 1965 über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) anerkannten Ausgaben die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen. Laut Abs. 1ter dieses Artikels gelten jeweils die bundesrechtlichen Höchstansätze. Nach Art. 79 Abs. 1quater AHVV ist bei Vorliegen der Gutgläubigkeit die Rückerstattung unabhängig davon, ob eine grosse Härte vorliegt, zu erlassen, wenn die Rückerstattungsschuld den Betrag der halben jährlichen Minimalrente (im Zeitpunkt der Verfügung vom 25. Februar 1998 Fr. 5970.-) nicht übersteigt.

2.- Die Rückforderungsverfügung der Arbeitslosenkasse vom 27. Juni 1997 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Streitig ist einzig, ob der Beschwerdegegnerin die Rückerstattung zu erlassen ist. Nachdem ihr der gute Glaube beim Bezug des Vorschusses von Fr. 1000.- unbestrittenermassen zugebilligt werden kann, bleibt einzig die zweite Erlassvoraussetzung der grossen Härte zu prüfen. Dabei stellt sich die Frage, ob die vom Bundesrat erlassene neue Regelung, insbesondere Art. 79 Abs. 1quater AHVV, auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung anwendbar und bejahendenfalls, ob sie gesetz- und verfassungskonform sei.

a) Das kantonale Gericht hat ohne weiteres Art. 79 Abs. 1quater AHVV angewendet und - da der zurückgeforderte Betrag die Grenze nach Art. 79 Abs. 1quater AHVV nicht überstieg - von einer Prüfung der grossen Härte abgesehen und somit die Rückforderung erlassen.
Das seco führt im Wesentlichen aus, ob Art. 79 Abs. 1quater AHVV für den Bereich der Alters- und Hinterlassenenversicherung rechtsgültig erlassen worden sei, liege nicht an ihm zu prüfen. Hingegen lasse sich diese Bestimmung im Bereich der Arbeitslosenversicherung, in Zurückdrängung von Art. 95 Abs. 2 AVIG, nicht anwenden. Sowohl das KIGA als auch das BSV erachten die Bestimmung von Art. 79 Abs. 1quater AHVV als gesetzeskonform.

Letzteres Amt beruft sich auf verwaltungsökonomische Überlegungen, die zum Erlass der neuen Bestimmung geführt haben.

b) Auszugehen ist davon, dass trotz Wegfall der ausserordentlichen Renten mit Einkommensgrenzen der Begriff "grosse Härte", der bisher durch die Rechtsprechung einheitlich definiert worden war, im Sinne der weiterzuführenden harmonisierten Rechtsprechung für alle Sozialversicherungsbereiche der gleiche bleiben soll (AHI 1996 S. 44). Dies wird dadurch erreicht, dass Art. 79 AHVV auch in den Sozialversicherungszweigen, in welchen keine Norm direkt auf Art. 47 AHVG verweist (beispielsweise Art. 52 UVG, Art. 95 AVIG), analog anzuwenden ist.

3.- a) Zu prüfen ist somit, ob der hier analog anzuwendende Art. 79 Abs. 1quater AHVV gesetzmässig ist.

b) Nach der Rechtsprechung kann das Eidgenössische Versicherungsgericht Verordnungen des Bundesrates grundsätzlich, von hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen, auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Bei (unselbstständigen) Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sie sich in den Grenzen der dem Bundesrat im Gesetz eingeräumten Befugnisse halten. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittenen Verordnungsvorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus andern Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind. Es kann jedoch sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen und es hat auch nicht die Zweckmässigkeit zu untersuchen.
Nach ständiger Rechtsprechung unter der Herrschaft der bis Ende 1999 in Kraft gestandenen Bundesverfassung (aBV) verstiess eine vom Bundesrat verordnete Regelung allerdings dann gegen deren Art. 4, wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen liess, wenn sie sinn- oder zwecklos war oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen traf, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden liess. Gleiches galt, wenn die Verordnung es unterliess, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen (BGE 125 V 30 Erw. 6a, 124 II 245 Erw. 3, 583 Erw. 2a, 124 V 15 Erw. 2a, 194 Erw. 5a, je mit Hinweisen).
Auf den 1. Januar 2000 ist die neue Bundesverfassung vom 18. April 1999 in Kraft getreten (Art. 1 des Bundesbeschlusses vom 28. September 1999 über das Inkraftreten der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999; AS 1999 S. 2555). Das bei bundesrätlichen Verordnungen zu beachtende allgemeine Rechtsgleichheitsgebot leitet sich nunmehr aus Art. 8 Abs. 1 BV ab, wonach alle Menschen vor dem Ge-

setz gleich sind. Mit Blick auf die Rechtsnatur der Überprüfung unselbstständigen Verordnungsrechts als Form der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle rechtfertigt es sich, die neue Bundesverfassung im Rahmen anhängiger Verfahren selbst dann anzuwenden, wenn - wie im vorliegenden Fall - der angefochtene Entscheid vor dem 1. Januar 2000 ergangen ist. Da indessen das Rechtsgleichheitsgebot des Art. 8 Abs. 1 BV gegenüber der bisherigen Regelung, mit Ausnahme der Angleichung des Textes an die Verfassungswirklichkeit (alle Menschen statt bisher nur Schweizer), keine materielle Änderung erfahren hat (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, Separatdruck, S. 142) und die diesbezügliche Nachführung in den Räten denn auch unbestritten war (Amtl. Bull. BV 1998 [Separatdruck], N 152 ff. und S 33 ff.), gilt die bisherige Rechtsprechung zur vorfrageweisen Prüfung unselbstständigen Verordnungsrechts auch unter der neuen Bundesverfassung.

c) Der Bundesrat ist gestützt auf die Delegationsnorm von Art. 47 Abs. 3 AHVG nur befugt, das Rückerstattungs- und Erlassverfahren zu ordnen. Ob es sich bei den Absätzen 1 bis und 1ter von Art. 79 AHVV um solche Bestimmungen des Verfahrens handelt, kann offen bleiben. Jedenfalls klar nicht mehr verfahrensrechtlicher Natur ist Abs. 1quater von Art. 79 AHVV. Weil bis zu einem Grenzbetrag nicht geprüft werden muss, ob eine grosse Härte vorliegt, wird das formell-gesetzliche Erfordernis der kumulativen Voraussetzung des guten Glaubens und der grossen Härte gemäss Art. 47 Abs. 1 AHVG verletzt, sodass sich Art. 79 Abs. 1quater AHVV als gesetzwidrig erweist. Eine gegenüber Art. 47 Abs. 3 AHVG weitergehende Kompetenz räumt dem Bundesrat auch die allgemeine Delegationsnorm des Art. 154 Abs. 2 AHVG, wonach er mit dem Vollzug beauftragt ist und hiezu die erforderlichen Verordnungen erlässt, nicht ein.

d) Der verordnete Schematismus, bis zu einem bestimmten Grenzbetrag von der Prüfung der grossen Härte abzusehen, führt auch zu einem Verstoss gegen Art. 8 Abs. 1 BV. Nach allgemeiner Lebenserfahrung fällt die Begleichung einer Schuld umso schwerer, je höher der Betrag ist. Eine Rückzahlungspflicht unterhalb der Limite des Art. 79 Abs. 1quater AHVV dürfte einen Versicherten daher weit seltener in eine finanzielle Notlage bringen, als die Begleichung eines über diesem Grenzwert liegenden Ausstandes, was insbesondere auch in der Möglichkeit des Teilerlasses (vgl. dazu BGE 116 V 12) zum Ausdruck kommt. Die Bestimmung entbindet die Verwaltung somit von der Prüfung einer Erlassvoraussetzung sinnwidrigerweise gerade in Fällen, in denen das Vorliegen der grossen Härte zumindest fraglich (und daher prüfenswert) erscheint. Es ist zudem schlechterdings nicht einsehbar, weshalb einem Versicherten - ohne Rücksicht auf seine allenfalls guten finanziellen

Verhältnisse - die unterhalb des verordneten Grenzbetrages liegende Rückerstattung zu erlassen wäre, während ein Pflichtiger, eine bereits nur einen Franken darüber liegende Schuld vollumfänglich zurückzuzahlen hätte, sobald seine finanziellen Verhältnisse die Annahme einer grossen Härte auch nur knapp ausschliessen. Ein - wie hoch auch immer angesetzter - absoluter Grenzbetrag, bis zu dem eine Prüfung der grossen Härte entfällt, trifft damit eine Unterscheidung, für die sich kein vernünftiger Grund finden lässt. Es haben denn auch einzig verwaltungsökonomische Überlegungen zum Erlass der fraglichen Vorschrift geführt, wie das BSV in seiner Stellungnahme selbst einräumt (siehe auch AHI 1996 S. 44). Dazu ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass der Verwaltung bereits bei der Prüfung der Rückerstattungspflicht an sich ein verwaltungsökonomische Überlegungen ausreichend berücksichtigendes Korrektiv zur Seite steht, ist doch eine nach den Regeln der Wiedererwägung vorzunehmende Rückerstattung (vgl. dazu ARV 1996/97 Nr. 43 S. 237 Erw. 3b; siehe auch BGE 122 V 368 Erw. 3) nur anzuordnen, wenn die Berichtigung der ursprünglichen Verfügung unter anderem von erheblicher Bedeutung ist (vgl. BGE 122 V 21 Erw. 3a, 173 Erw. 4a, 271 Erw. 2, 368 Erw. 3, 121 V 4 Erw. 6, je mit Hinweisen). So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht im nicht veröffentlichten Urteil W. vom 2. Februar 1989, C 57/88, die Erheblichkeit einer Rückforderung von fünf Taggeldern der Arbeitslosenversicherung unabhängig vom konkret in Frage stehenden Betrag verneint.

e) Steht die Verfassungs- und Gesetzwidrigkeit des Art. 79 Abs. 1quater AHVV nach dem Gesagten fest, ist der diese Bestimmung anwendende vorinstanzliche Entscheid bundesrechtswidrig und demzufolge insoweit aufzuheben, als er von der Prüfung der grossen Härte absieht.

4.- Da im vorliegenden Verfahren nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen streitig war, fällt es nicht unter die Kostenfreiheit gemäss Art. 134 OG. Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Gerichtskosten der Beswchwerdegegnerin auferlegt (Art. 135 in Verbindung mit Art. 156 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 27. Juli 1998 insoweit aufgehoben, als er die Notwendigkeit der Prüfung der grossen Härte verneint, und es wird die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern zurückgewiesen, damit sie diese Prüfung vornehme und danach über den Erlass neu verfüge.

II.Die Gerichtskosten von Fr. 200.- werden der Beschwer-

degegnerin auferlegt.

III.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Abteilung Arbeitsmarkt, Bern, dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Abteilung Arbeitslosenkasse, Bern, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 21. Januar 2000

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: