



Die Untersuchungsmaxime ist kein Hindernis für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes

Kommentar zum Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 19. März 2015

Zug, 14. April 2015
von MLaw Sarah Seiler

Das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege verleiht mittellosen Personen einen Anspruch auf Befreiung von der Pflicht zur Bezahlung der Gerichtskosten und zur Leistung von Kauttionen und Barvorschüssen. Mittels Gesuch kann jeder unter bestimmten Voraussetzungen die unentgeltliche Rechtspflege verlangen, damit er sich einen Prozess leisten kann. Vorausgesetzt wird Folgendes:

- Der Gesuchsteller muss bedürftig sein, d.h. ihm müssen die finanziellen Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie für die Prozesskosten aufzukommen.
- Der Prozess darf nicht aussichtslos sein.

Ausserdem kann unter denselben Voraussetzungen dem Gesuchsteller ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person eines in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragenen Rechtsanwaltes zur Seite gestellt werden, sofern er wegen der Komplexität der sich stellenden Fragen oder aus Gründen der Waffengleichheit im Prozess eines solchen bedarf.

Oft wird ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung mit der Begründung abgewiesen, dass die Untersuchungsmaxime herrsche und die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hätte. Folglich sei ein Anwalt nicht notwendig. Diese Argumentation der öffentlichen Verwaltung führt zum Ergebnis, dass eine bedürftige Person im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und insbesondere in sozialversicherungsrechtlichen Fällen keinen Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand hat – ausser die Rechtsfrage ist extrem komplex.

Lukas Fässler
Rechtsanwalt^{1,2}, Informatikexperte
faessler@fsdz.ch

Andreas Marti
Rechtsanwalt^{1,2}, LL.M
marti@fsdz.ch

Markus Dormann
Rechtsanwalt^{1,2} und Notar
dormann@fsdz.ch

Artherstrasse 23a
CH-6300 Zug

Tel.: +41 41 727 60 80
Fax: +41 41 727 60 85

www.fsdz.ch

UID: CHE-349.787.199



vCard

**Assoziierte selbständige
Rechtsanwältinnen:**

Eva Patroncini
Rechtsanwältin^{1,3}
Fachanwältin SAV für Arbeitsrecht
Imkerstrasse 7
CH-8610 Uster
Tel.: +41 44 380 85 85
Fax: +41 44 380 85 84
patroncini@fsdz.ch

Doris Reichel
Rechtsanwältin^{4,5} und Avvocato
Artherstrasse 23a
CH-6300 Zug
Tel.: +41 41 727 60 84
Fax: +41 41 727 60 85
dreichel@avvocato-reichel.com

Studio legale Reichel
Via Roncaglia 14
I-20146 Mailand
Tel.: +39 02 498 68 81
Fax: +39 02 498 42 98
dreichel@avvocato-reichel.com

¹ Mitglied des Schweizerischen Anwaltsverbandes

² Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zug

³ Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zürich

⁴ Mitglied der Anwaltskammer Frankfurt/Main und Mailand

⁵ Eingetragen in der öffentlichen Liste des Kantons Zug gemäss Art. 28 BGFA

Wir haben diese stossende Argumentation in einem Verfahren bezüglich Rückforderungen von Arbeitslosengeldern erfolgreich angefochten. Im nachfolgend angehängten Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 19.03.2015 hat das Gericht nun entschieden, **„dass die Untersuchungsmaxime im Sozialversicherungsrecht der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Verwaltungsverfahren in keiner Weise entgegensteht“** (S. 10, Ziff. 3.1.).

Im Übrigen wurde im Urteil auch festgehalten, dass „keine Schadenminderungspflicht besteht, die es jeder gesuchstellenden Person aufträgt, vor Inanspruchnahme der unentgeltlichen Rechtsverteidigung zunächst sämtliche möglichen unentgeltlichen Rechtsberatungen auszuschöpfen, zumal fraglich ist, ob entsprechende rechtskundige Beratungen, geschweige denn rechtskundige Vertretungen, die den Beizug einer anwaltlichen Vertretung entbehrllich machen würden, überhaupt voraussetzungslos und jeder Person kostenlos zur Verfügung stehen. Schon gar nicht geht es an, der gesuchstellenden Person bezüglich einer hypothetischen Beratungsmöglichkeit die Beweislast aufzuerlegen.“ Folglich muss ein Gesuchsteller nicht alle in Frage kommenden Vereine und andere Institutionen angehen, in der Hoffnung, von diesen Unterstützung für den Prozess zu erhalten. Er kann sich direkt an einen Anwalt wenden.

Für weitere Ausführungen sei auf das nachfolgende Urteil verwiesen. In unserem Fall haben wir bezüglich Notwendigkeit eines Anwaltes obsiegt. Die Vorinstanz hat allerdings nun noch abzuklären, ob die Bedürftigkeit des Gesuchstellers vorliegt, da sie dieses bisher unterlassen hat (daher Rückweisung des Urteils an die Vorinstanz).



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. _____, Vorsitz

lic. iur. _____

Gerichtsschreiberin: _____

URTEIL vom 19. März 2015

in Sachen

Beschwerdeführer

vertreten durch RA Lukas Fässler, FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG,
Artherstrasse 23a, 6300 Zug

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Rechtsdienst, Industriestrasse 24,
Postfach 857, 6300 Zug,
Beschwerdegegnerin

betreffend

Arbeitslosenversicherung

(Unentgeltlicher Rechtsbeistand im Vorverfahren)

A. Mit Verfügung vom 2. April 2014 setzte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug den versicherten Verdienst vor _____ geboren am _____ auf Fr. 4'498.-- fest. Zugleich verfügte sie, dass die in der Zeit vom 8. Februar bis 31. Dezember 2013 zu viel ausbezahlte Arbeitslosenentschädigung abzüglich AHV/IV/EO/NBU/BVG im Betrag von Fr. 18'379.95 netto von ihm zurückzuerstatten sei. Für die Rückzahlung werde eine Frist bis zum 3. Mai 2014 eingeräumt. Dagegen erhob _____ vertreten durch RA lic. iur. Lukas Fässler, am 12. Mai 2014 Einsprache, worin er die Aufhebung der Verfügung und eine Arbeitslosenentschädigung auf der Basis eines versicherten Verdienstes von monatlich Fr. 7'042.-- brutto verlangte. Gleichentags stellte _____ bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug ein Gesuch um unentgeltlichen Rechtsbeistand in der Person von RA lic. iur. Lukas Fässler, Zug, rückwirkend ab dem 28. April 2014 für das Einspracheverfahren. Es sei darüber vorab zu entscheiden. Mit Entscheid vom 26. September 2014 wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung für das Einspracheverfahren E 117 14 ab mit der Begründung, die dafür kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen, insbesondere diejenige der Notwendigkeit der Rechtsvertretung, seien nicht gegeben. So liege keine ausserordentliche komplexe Rechtsfrage vor, welche es dem Gesuchsteller nicht erlaubt hätte, die Einsprache ohne Hilfe einer Rechtsvertretung geltend zu machen. Auch wenn sich aus dieser Neufestsetzung ein Rückforderungsbetrag in nicht unbeträchtlicher Höhe (Fr. 18'379.95) ergebe, ändere dies nichts dran, dass an die Einsprache als solche in formeller Hinsicht lediglich geringe Anforderungen zu stellen seien. Es genüge, wenn ersichtlich sei, dass die versicherte Person mit der Verfügung nicht einverstanden sei und nachvollzogen werden könne, was sie stattdessen beantrage (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 52 N 10 ff.).

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 29. Oktober 2014 liess _____ vertreten durch RA lic. iur. Lukas Fässler, Zug, beantragen, der Entscheid vom 26. September 2014 sei aufzuheben und es sei ihm für das Verwaltungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung durch den unterzeichneten Rechtsanwalt zu gewähren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz. Zur Begründung liess er im Wesentlichen ausführen, es reiche nicht aus, die Notwendigkeit eines Vertreters mit der Begründung der Untersuchungsmaxime zu verneinen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_336/2011 vom 8. August 2011, Erw. 5.2.5). Ausserdem vermöge die Untersuchungsmaxime Fehlleistungen der Behörden nicht zu verhindern, wie es in casu gerade der Fall sei. Die Beschwerdegegnerin habe es im angefochtenen Entscheid versäumt, die Umstände des Einzelfalles zu prüfen. Sie gebe lediglich pauschalisierte und offenbar aus einem anderen Entscheid kopierte Allgemeinbegründungen wieder. Eine detaillierte Ausei-

nersetzung mit dem Einzelfall habe nicht stattgefunden, was aber auch im Verfahren um Erteilung der unentgeltlichen Verbeiständung rechtsstaatlich geboten sei. Wäre der vorliegende Fall von der Vorinstanz gesetzeskonform und genauer abgeklärt worden, wäre auch aufgefallen, dass er, der Beschwerdeführer, nicht nur rechtsunkundig sei, sondern v.a. auch aufgrund seines Migrationshintergrundes persönliche Kommunikationsmängel in der mündlichen und schriftlichen Ausdrucksweise aufweise, die es ihm nicht ermöglichten, seine Argumente gegen die angefochtene Verfügung klar und präzise vorzutragen. Er sei in mehreren Fällen bei der Vorinstanz in Bezug auf die angefochtene Verfügung vom 2. April 2014 "gegen eine Wand gelaufen", als er versucht habe, selbständig zu seinem Recht zu kommen. Bereits vor Erlass der Verfügung vom 2. April 2014 habe er am 27. Januar 2014 ein Schreiben der Beschwerdegegnerin erhalten, in welchem er aufgefordert worden sei, gewisse Unterlagen einzureichen, da ein Abklärungsbedarf bezüglich der Höhe des bisherigen Lohnes bzw. der Arbeitslosenentschädigung bestehe. Dieser Aufforderung sei er nachgekommen und habe auch mündlich die Sachlage erklärt. Daraufhin seien mehrere Telefonate zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin erfolgt, bei denen es ihm nicht gelungen sei, die Situation in Bezug auf seine massgeblichen Lohnbezüge klar zu formulieren. Insbesondere habe er auch keine befriedigenden Antworten zum weiteren Vorgehen bekommen. Seine mündlich vorgetragenen Argumente bezüglich massgeblicher Lohnhöhe seien nicht zur Kenntnis genommen worden, was schliesslich in der Verfügung vom 2. April 2014 bezüglich Rückforderung von angeblich zu viel ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung gegipfelt habe. Die Leiterin des Rechtsdienstes der Beschwerdegegnerin habe nach der von ihr selbst erlassenen Rückforderungsverfügung vom 2. April 2014 auf seine Bitte hin, die Verfügung laientauglich zu erklären, ihm lediglich und ohne weitere Informationen eine Vorlage für ein Erlassgesuch zukommen lassen. Für ihn als Rechtsunkundigen sei der Eindruck entstanden, er könne nur per Erlassgesuch etwas gegen die Rückforderung unternehmen. Die Unterzeichnung dieses Erlassgesuchs hätte eine Anerkennung der Rückforderung bedeutet, was ihm natürlich nicht erklärt worden sei. Er habe keinen Erlass, sondern die Aufhebung der Rückforderungsverfügung gewollt. Dass er sich mit seinen sprachlichen Kenntnissen vielleicht nicht ganz klar ausgedrückt habe, rechtfertige noch lange nicht das Vorgehen der zuständigen Verwaltungsangestellten, ihn mit Gesuch um Erlass in eine Rückforderungsanerkennung hineinzumanövrieren. Das Vertrauen in die von der Vorinstanz angerufene Untersuchungsmaxime sei unter den gegebenen Umständen wohl zu Recht zerstört. Ohne Beizug eines Rechtsanwaltes hätte er sein Einspracherecht aufgrund von Rechtsunwissenheit und Falschinformation durch die Beschwerdegegnerin verloren. Bis zum Beizug des unterzeichnenden Anwalts habe er den Fehler in der Berechnung der Beschwerdegegnerin auch nicht eindeutig erfassen und

schon gar nicht schriftlich aufzeigen können. Schon dieser Sachverhalt zeige, dass ein Rechtsbeistand notwendig gewesen sei, da von einem Laien nicht erwartet werden könne, dass er sämtliche rechtlichen Möglichkeiten kenne – insbesondere bei einer Aufforderung zu einem gegenteiligen Verhalten durch eine Behörde. Der unterzeichnende Rechtsanwalt habe sodann die Einsprache gegen die Verfügung vom 2. April 2014 am 12. Mai 2014 noch vor Fristablauf am 19. Mai 2014 eingereicht. Einige Tage später habe er eine auf den 12. Mai 2014 datierte Mahnung für den Rückforderungsbetrag erhalten, mit der Begründung, es sei innert 30-tägiger Frist keine Einsprache eingereicht worden. Erst auf Schreiben des Rechtsvertreters vom 15. Mai 2014 hin habe die Beschwerdegegnerin erkannt, dass sie es vergessen habe, den Fristenstillstand während den Gerichtsferien miteinzurechnen. Er hätte somit auch hier ohne anwaltliche Vertretung sein Recht auf eine Einsprache bzw. das rechtliche Gehör verloren. Die Beschwerdegegnerin könne folglich die Notwendigkeit eines Rechtsbeistandes nicht ernsthaft bestreiten. Im Gegenteil habe sie wiederholt durch ihr eigenes Verhalten dazu beigetragen, dass ihm zur Sicherstellung seiner gesetzlichen Ansprüche eine anwaltliche Verbeiständung an die Seite gegeben werde. In der Vergangenheit habe er schon aufgrund zweifelhafter Auskünfte der Beschwerdegegnerin Rechtsansprüche bzw. Geld verloren. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass das vorliegende Verfahren durchaus komplex ausgestaltet sei. Er hätte seine Rechte nicht ohne anwaltliche Vertretung wahrnehmen können bzw. hätte diese mindestens zweimal unwiderruflich verloren, wenn er den falschen Ratschlägen der zuständigen Behörde gefolgt wäre und vom beigezogenen Anwalt nicht auf die falschen Beurteilungen der Vorinstanz hingewiesen worden wäre. Der angefochtene Entscheid vom 26. September 2014 sei ungenügend begründet, deshalb willkürlich und er verletze die verfassungsmässig und gesetzlich verankerten Rechte auf anwaltliche Verbeiständung gerade auch im Verfahren um Festsetzung des versicherten Verdienstes und der von der Vorinstanz geltend gemachten Rückforderung in einer für ihn eklatanten Höhe von Fr. 18'379.95. Aus den Unterlagen des UP-Gesuchs, welches sich in den Vorakten befinde, sei zudem ersichtlich, dass er bedürftig sei, was die Beschwerdegegnerin bislang nicht geprüft habe, da sie fälschlicherweise davon ausgegangen sei, es liege keine Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung vor.

C. Mit Vernehmlassung vom 5. Januar 2015 beantragte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf die Ausführungen im Entscheid vom 26. September 2014 und führte im Wesentlichen aus, sie halte daran fest, dass das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung für das Einspracheverfahren E 117 14 abzulehnen sei. Insbesondere werde das in der Beschwerde geltend ge-

machte Vorgehen, dass der Beschwerdeführer vorliegend aufgrund wiederholter falscher Beratungen und Vorgaben seitens der Arbeitslosenkasse keine Chance gesehen habe, sein Recht selber durchzusetzen und sich daraus die Notwendigkeit der Rechtsvertretung im Einspracheverfahren ergeben habe, grundsätzlich in Abrede gestellt. Der Beschwerdeführer sei zum einen in die Abklärungen vor Erlass der Rückforderungsverfügung vom 2. April 2014 eingebunden gewesen (ALK-act. 40): Es seien ihm sowohl auf seine Vorsprache in einer persönlichen Unterredung (ALK-act. 42) wie auch auf telefonische Nachfragen hin, deren Inhalt allerdings nicht protokolliert worden seien, die Umstände betreffend die Festsetzung des versicherten Verdienstes bzw. das Zurückkommen auf die ursprüngliche Berechnung erklärt worden. Weiter sei er im Rahmen der getätigten Abklärungen seiner Mitwirkungspflicht in genügender Weise nachgekommen; indem er zusätzliche, seinen Standpunkt belegende Dokumente eingereicht habe (so bspw. die Steuererklärung 2012, vgl. ALK-act. 43). Dass in diesem Zusammenhang allfällige persönliche Kommunikationsmängel in der mündlichen und schriftlichen Ausdrucksweise aufgetreten wären, welche auf den Migrationshintergrund des Beschwerdeführers hätten zurückgeführt werden können, seien jedenfalls nicht zu erkennen gewesen. Zum anderen sei mit der Einreichung der Einsprache vom 12. Mai 2014 (ALK-act. 53) aber auch erstellt, dass der zur Verfügung gestellte Entwurf für ein Erlassgesuch, welcher dem Beschwerdeführer an sich mit guter Intention und immer als Ergänzung und nicht als Alternative zur Verfügung gestellt worden sei, vorliegend kein Irrtum ausgelöst habe, für den die Arbeitslosenkasse einzustehen hätte. So sei vorliegend von der Einsprache, über welche der Beschwerdeführer - neben dem Hinweis auf das Erlassgesuch - mit der Rechtsmittelbelehrung zur Verfügung vom 2. April 2014 erneut rechtsgenügend informiert worden sei (ALK-act. 51), Gebrauch gemacht worden.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1.

1.1 Gemäss Art. 56 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden, wobei in der Regel das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in dem die versicherte Person zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat

(Art. 58 Abs. 1 ATSG). Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Kassenverfügungen betreffend Arbeitslosenentschädigung ist in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht an dem Ort zuständig, wo der Versicherte die Kontrollpflicht erfüllt (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 [VRG, BGS 162.1]). Der in Baar wohnhafte Beschwerdeführer erfüllt seine Kontrollpflicht im Kanton Zug. Demnach ist das Verwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig.

1.2 Der von der ALK Zug erlassene Einspracheentscheid vom Freitag, 26. September 2014, ging dem Beschwerdeführer angeblich am Montag, 29. September 2014 zu. Die Beschwerde datiert vom 29. Oktober 2014 und wurde gleichentags der Post übergeben, womit diese fristgerecht eingereicht wurde.

1.3 Nach der Rechtsprechung ist die versicherte Person dann in eigenem Namen beschwerdelegitimiert, wenn die Frage streitig ist, ob für ein bestimmtes Verfahren bzw. einen bestimmten Verfahrensabschnitt überhaupt Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung besteht. Geht es jedoch nur um die Höhe der Entschädigung, ist einzig der Rechtsvertreter selbst zur Anfechtung befugt, während dem Versicherten eine entsprechende Legitimation fehlt (RKUV 1999 KV Nr. 96 S. 519 Erw. 9b, K 99/98; ARV 1997 Nr. 27 S. 151, C 232/93; Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juni 2008, 8C_575/2007, Erw. 5). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde des soweit legitimierten Beschwerdeführers ist demnach einzutreten.

2. Vorliegend geht es einzig um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren.

2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV; SR 101) hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Falls es zur Wahrung ihrer Rechte

notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Beim Anspruch gemäss Art. 29 Abs. 3 BV handelt es sich um einen "eigentlichen Pfeiler des Rechtsstaates" (BGE 132 I 214 Erw. 8.2).

2.2 Gemäss Art. 37 Abs. 4 ATSG wird der Gesuch stellenden Person im Sozialversicherungsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt, wo die Verhältnisse es erfordern. Der Anspruch auf unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung im Verwaltungsverfahren besteht jedoch nicht voraussetzungslos. Verlangt ist in jedem Fall die finanzielle Bedürftigkeit, die fehlende Aussichtslosigkeit sowie die Erforderlichkeit der Vertretung (vgl. BGE 125 V 32 Erw. 4.b). Die Konkretisierung der einzelnen Voraussetzungen erfolgt in Analogie zu den entsprechenden Kriterien im Gerichtsverfahren, wobei im Verwaltungsverfahren an die Voraussetzung der Erforderlichkeit einer anwaltlichen Vertretung höhere Anforderungen gestellt werden (vgl. Urteil des EVG vom 21. September 1999, Erw. 2a). Diese sind jeweils eingehend zu prüfen, wogegen bei den beiden übrigen Voraussetzungen – jener der finanziellen Bedürftigkeit und der fehlenden Aussichtslosigkeit – keine strengere Prüfung angebracht ist als diejenige, wie sie auch im Gerichtsverfahren zur Anwendung gelangt. Indem Art. 37 Abs. 4 ATSG im Gegensatz zu Art. 61 lit. f ATSG nicht von der Rechtfertigung, sondern vom Erfordernis der anwaltlichen Vertretung spricht, übernahm der Gesetzgeber die frühere Rechtsprechung und sah eine strenge Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Verbeiständung vor. Auch die neuere Rechtsprechung bestätigt, dass im Verwaltungsverfahren an die sachliche Gebotenheit der Verbeiständung ein grundsätzlich strenger Massstab anzulegen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_161/2011 vom 3. Mai 2011 Erw. 2, BGE 132 V 200 Erw. 5.1.3).

2.3 Bei der Voraussetzung der Notwendigkeit einer anwaltlichen Verbeiständung ist auf die Schwierigkeit des konkreten Falles und auf die jeweilige Verfahrensphase abzustellen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2009, Art. 37, Rz. 23). Eine anwaltliche Verbeiständung drängt sich nur in jenen Ausnahmefällen auf, in denen ein Rechtsanwalt beigezogen wird, weil schwierige rechtliche oder tatsächliche Fragen dies als notwendig erscheinen lassen und eine Verbeiständung durch Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen nicht in Betracht fällt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_161/2011 vom 3. Mai 2011 Erw. 2, BGE 132 V 200, Erw. 4.1). Unter anderem wird in der Lehre zu Art. 37 Abs. 4 ATSG die Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung bejaht, wenn beispielsweise im Rahmen einer Begutachtung durch eine sachverständige Person zum Gutachten Stellung zu beziehen und die Erforderlichkeit von Ergänzungsfragen zu prüfen ist. Ferner wird die Notwendigkeit bejaht, wenn ein beson-

ders starker Eingriff in die Rechtsstellung der Partei droht oder wenn komplexe sachverhaltliche oder rechtliche Fragen auftraten (vgl. KIESER, a.a.O., Art. 37 N 23). Des Weiteren hat das Bundesgericht festgehalten, dass nebst den Umständen des Einzelfalls auch die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sowie die Besonderheiten des jeweiligen Verfahrens zu berücksichtigen sind. Zudem kommen auch in der Person der Betroffenen liegende Gründe in Betracht, wie etwa seine Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden (vgl. BGE 125 V 32, Erw. 4.b). Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der Officialmaxime oder dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts besorgt zu sein. Abgesehen davon, dass die Officialmaxime allfällige Fehlleistungen der Behörde nicht zu verhindern vermag, ist zu bedenken, dass sie nicht unbegrenzt ist. Sie entbindet die Beteiligten nicht davon, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken (BGE 130 I 183 f. Erw. 3.2 und 3.3 mit Hinweisen). Die Officialmaxime rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine anwaltliche Verbeiständung sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen (AHI 2000 S. 164 Erw. 2b; Urteil des EVG vom 7. September 2004 in Sachen H. [I 75/04] Erw. 2.2 und 29. September 2005 [I 369/05] Erw. 2.2).

3.

3.1 Soweit der Beschwerdeführer die Gebotenheit der anwaltlichen Vertretung mit seiner Rechtsunkundigkeit und seinem persönlichen Mangel in der mündlichen und schriftlichen Ausdrucksweise aufgrund seines Migrationshintergrundes begründet, ist ihm zunächst entgegen zu halten, dass aus den Akten der Arbeitslosenkasse indes ersichtlich ist, dass er bei der RAV-Anmeldung vom 8. Februar 2013 angab, dass Deutsch neben Albanisch seine Muttersprache sei und er sich sowohl mündlich wie auch schriftlich sehr gut ausdrücken könne (vgl. ALK-act. 1). Letzteres hat er denn auch beim Ausfüllen eines Fragebogens der Arbeitslosenkasse sowie in einer eigens aufgesetzten Bestätigung bewiesen (vgl. ALK-act. 9 und 15). Auch aus seiner angeblichen Rechtsunkundigkeit vermag er nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, muss doch grundsätzlich jeder Bürger als rechtsunkundig bezeichnet werden, der nicht Jura studiert oder zumindest während seiner Berufsausbildung das Fach Rechtskunde besucht hat.

Auf den ersten Blick könnte man tatsächlich davon ausgehen, dass es sich im vorliegenden Fall nicht wirklich um eine schwierige Materie handelt, war doch in der Hauptsache lediglich die Höhe des versicherten Verdienstes strittig. Aus diesem Grund verneinte die Be-

schwerdegegnerin denn auch das Vorliegen der sachlichen Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung und wies sinngemäss darauf hin, dass der Beschwerdeführer doch in der Lage gewesen wäre, selbständig eine Einsprache einzureichen, würden an diese in formeller Hinsicht lediglich geringe Anforderungen gestellt. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass bereits gemäss Rechtsmittelbelehrung auf der Verfügung vom 2. April 2014 die Einsprache sowohl ein Rechtsbegehren als auch eine Begründung enthalten muss. Im Weiteren finden sich auf der angefochtenen Verfügung die einschlägigen Gesetzesbestimmungen, welche die Berechnung bzw. den Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst sowie die Rückforderung unrechtmässig bezogener Leistungen regeln. Es ging somit in der angefochtenen Verfügung um eine doch sehr technische Materie und letztlich nicht nur um die Berechnung des versicherten Verdienstes, sondern auch um den Bemessungszeitraum, welcher alles andere als klar war in der Situation des Beschwerdeführers, da es im Vorfeld aufgrund des Konkurses des Arbeitgebers und der ab August 2013 nicht mehr bezahlten Löhne des Arbeitgebers noch um mögliche Insolvenzenschädigungsansprüche ging. Eine gewisse Komplexität rechtlicher und tatsächlicher Fragen lässt sich damit nicht verneinen, was doch letztlich mit der vom Rechtsvertreter gegen die Verfügung verfassten Einsprache vom 12. Mai 2014 bestätigt wird (vgl. ALK-act. 53). Die individuelle Begründung in der Einsprache ist sodann relativ knapp und - nicht nur für Laien - wenig verständlich ausgefallen. Während die Berechnung der Rückforderung mittels Abrechnungsblätter nachvollziehbar ist, geht aus der Verfügung indes nicht hervor, auf welcher Grundlage und für welchen Bemessungszeitraum der versicherte Verdienst berechnet wurde. Gerade das Erfordernis einer Einsprachebegründung setzt aber voraus, dass sich der Einsprecher mit der Argumentation der Verwaltung mindestens rudimentär auseinandersetzen kann. Vorliegend ist davon auszugehen, dass dies dem Beschwerdeführer nicht möglich war, auch wenn er von der Arbeitslosenkasse am 27. Januar 2014 bzw. 28. Januar 2014 bezüglich der fehlenden Unterlagen ins Bild gesetzt wurde, ging es doch bei diesem Gespräch gleichzeitig um die Abklärung bezüglich Insolvenzenschädigung (vgl. ALK-act. 40 und 42). Im Weiteren ging es dann in der Verfügung als Folge dieser Neuberechnung des versicherten Verdienstes um die Rückforderung der zu viel ausbezahlten Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 18'379.95, mithin um einen relativ starken Eingriff in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers. Dass der Beschwerdeführer mit ziemlich guten Aussichten ein Erlassgesuch stellen könne, so wie dies in einem internen Papier der Arbeitslosenkasse festgestellt wurde (vgl. ALK-act. 42 S. 1 in fine), wurde indes in der Verfügung nicht erwähnt. Aus Ziffer 2 in der Verfügung vom 2. April 2014 geht sodann für einen Laien nicht klar hervor, dass er wenn er keine Einsprache gegen die Rückforderung von zu viel ausbezahlten Leistungen erheben will, wenigstens ein Erlassgesuch

stellen kann. Dass der Beschwerdeführer bei der Behörde um Erklärung nachfragen musste, zeigt doch gerade, dass die Verfügung für ihn nicht verständlich war. Dass die zuständige Verwaltungsangestellte den Beschwerdeführer mit der Zustellung des Formulars für ein Erlassgesuch in eine Rückforderungsanerkennung habe hineinmanövrieren wollen, ist indes nicht glaubhaft.

Angesichts der Komplexität und der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Berechnungen ist es verständlich und gerechtfertigt, dass sich der Beschwerdeführer, welcher unbestrittenmassen ein juristischer Laie ist, sich an einen Rechtsanwalt wandte, um insbesondere eine Rückzahlung zu vermeiden, **zumal mit dem Beschwerdeführer festzustellen ist, dass die Untersuchungsmaxime im Sozialversicherungsrecht der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren in keiner Weise entgegensteht.**

3.2 Bezüglich der Frage, ob der Beschwerdeführer sich zur Wahrung seiner Interessen nicht zuerst an einen Verbandsvertreter, Fürsorger oder andere Fach- und Vertrauensleute sozialer Institutionen hätte wenden müssen, ist auf einen neueren Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 6. September 2013 (bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 9C_692/2013) hinzuweisen. Dieses hat ausführlich dargelegt, dass **keine Schadenminderungspflicht besteht, die es jeder gesuchstellenden Person aufträgt, vor Inanspruchnahme der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung zunächst sämtliche möglichen unentgeltlichen Rechtsberatungen auszuschöpfen**, zumal fraglich ist, ob entsprechende rechtskundige Beratungen, geschweige denn rechtskundige Vertretungen, die den Beizug einer anwaltlichen Vertretung entbehrlich machen würden, überhaupt voraussetzungslos und jeder Person kostenlos zur Verfügung stehen. Schon gar nicht geht es an, der gesuchstellenden Person bezüglich einer hypothetischen Beratungsmöglichkeit die Beweislast aufzuerlegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 2012, 9C_878/2012, Erw. 3.6.2).

3.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung vorliegend und im Lichte der dargelegten Judikatur ausnahmsweise zu bejahen ist.

4. Dazu, ob die übrigen Voraussetzungen der unentgeltlichen Verbeiständung ebenfalls gegeben waren, im Besonderen die Bedürftigkeit, hat die Beschwerdegegnerin bis anhin nicht Stellung genommen, weshalb darüber nicht entschieden werden kann. Eine Edition der Belege zum Formular betreffend Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (BF-

Beilage 12) (diese sollen sich angeblich bei der Beschwerdegegnerin befinden) erübrigt sich somit. Aufgrund der obigen Ausführungen kann immerhin bereits gesagt werden, dass die Einsprache gegen die Verfügung vom 2. April 2014 sicherlich nicht aussichtslos ist.

5. Die Beschwerde ist in diesem Sinne gutzuheissen und die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie die übrigen Voraussetzungen einer unentgeltlichen Verbeiständung prüfe.

6. Das Verfahren ist nach Art. 61 lit. a ATSG kostenlos. Dem Beschwerdeführer ist zulasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist aufgrund des Schwierigkeitsgrades, nach dem aktenmässig ausgewiesenen Aufwand und nach dem Grad des Obsiegens ermessensweise zu bestimmen und wird auf Fr. 1'200.– geschätzt (Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als der angefochtene Entscheid vom 26. September 2014 aufgehoben und die Sache an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug zurückgewiesen wird, damit diese, nach erfolgter Prüfung der übrigen Voraussetzungen, über den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung neu befinde.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Dem Beschwerdeführer wird zulasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung im Betrage von Fr. 1'200.– (inklusive Auslagen und MwSt.) zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (im Doppel), an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, an das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Bern.

Zug, 19. März 2015



Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

versandt am - 1. April 2015

