

F.E.L.S Rechtsanwälte Bayreuth GbR  
Postfach 11 02 41 · D-95421 Bayreuth

Herrn  
Simon Wenz  
Tulpenweg 1  
35085 Ebsdorfergrund-Heskem

Bearbeiter: RA Dr. Liebau  
E-Mail: ra.dr.liebau@fe-ls.de

Durchwahl: (0921) 7566- 270  
Direkt-Fax: (0921) 7566- 120

Bayreuth , den 08.07.2014  
Unser Zeichen: 01512J13/J/ti

## **Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 170 II StPO**

Sehr geehrter Herr Wenz,

die Staatsanwaltschaft Marburg hat nunmehr das Ermittlungsverfahren gegen Sie wegen des Verdachts der Hinterziehung von Arbeitsentgelt nach § 170 II StPO eingestellt. Die Einstellung nach § 170 II StPO im Ermittlungsverfahren entspricht einem Freispruch in einem gerichtlichen Verfahren. Die Einstellung erfolgt, weil kein Tatverdacht besteht.

Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft Marburg geht zurück auf den Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main am 07.03.2014. Besonders eindrucksvoll sind die folgenden Ausführungen des Oberlandesgerichts, die der Entscheidung einleitend vorweg gestellt werden:

RA Dr. iur. Mathias Fleischmann  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht  
RA Kurt Eschlwöch  
RA Horst Steier  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Medizinrecht  
RA Dr. iur. Uwe Scheder  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht  
RA Dr. iur. Thomas Mronz  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Erbrecht  
WP/StB Dipl.-Kfm. Alfred Lauterbach  
WP/StB Dipl.-Kfm. Manfred Baier  
RA Karl-Friedrich Hacker  
RA Dr. iur. Dieter Mronz  
RA Tom F. Petrick  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht  
RAin Dr. iur. Monika Görtz-Leible  
Fachanwältin für Familienrecht  
RA Michael Schädlich  
Fachanwalt für Familienrecht  
Fachanwalt für Miet- u.  
Wohnungseigentumsrecht  
RA Oliver Schuster  
RA Ulrich Eichbaum  
RA Marcus Kurmann  
RAin Dr. iur. Simone Bayer  
RA Jens Rödel  
RA Roman Nolte  
Dr. iur. Tobias Liebau  
StBin Martina Fuchs  
RA Christian Becker

### **Bayreuth**

Löhestraße 11/ Rathenastraße 30  
95444 Bayreuth  
Telefon: 0921/7566-0  
Telefax: 0921/7566-100

### **Weiden\***

Max-Reger-Straße 16  
92637 Weiden (City-Center)  
Telefon: 0961/48239-0  
Telefax: 0961/48239-20

### **Nürnberg\***

Marthastr. 16  
90482 Nürnberg  
Telefon: 0911/37657-0  
Telefax: 0911/37657-199

\* Zweigniederlassung der Kanzlei Bayreuth

### **Bankverbindungen:**

#### Sparkasse Bayreuth:

IBAN-Code:  
DE19 7735 0110 0009 0090 93  
SWIFT-BIC: BYLADEM1SBT

#### Commerzbank Bayreuth:

IBAN-Code:  
DE36 7734 0076 0139 0392 00  
SWIFT-BIC: COBADEFF 773

UST-IdNr. DE 132 355 016

[www.fe-ls.de](http://www.fe-ls.de)

Selbst wenn die Annahmen der Staatsanwaltschaft zutreffen sollten, die Herr Wenz, unter Angabe von Beweismitteln im Einzelnen als unrichtig angreift, würde dies nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen keine Arbeitgeberstellung der Hausengel GmbH im Verhältnis zu den osteuropäischen Pflegekräften begründen.

Damit ist jedem weiteren Ermittlungsverfahren gegen Sie wegen Hinterziehung von Arbeitsentgelt, weil die von Ihnen vermittelten Betreuungskräfte bei der Hausengel GmbH angestellt sein sollen – so ja ursprünglich die Staatsanwaltschaft – jeder Boden entzogen.

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hat sich im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft Marburg streng an das Sozialrecht und die sozialgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere des Bundessozialgerichts, gehalten. Die Staatsanwaltschaft wollte hier einen eigenen Weg gehen, der letztlich die Begründung eines neuen Sozialrechts bedeutet hätte, in dem die Möglichkeiten, selbständig tätig zu werden, erheblich eingeschränkt gewesen wären.

Das Oberlandesgericht betont in seinem Beschluss, dass die Tätigkeit einer Pflegekraft sowohl als abhängige Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden kann.

Für die Selbständigkeit der Pflegekräfte, spricht die Art und Weise des Vertragsschlusses, die Gestaltung der Entgeltzahlungen, die Tatsache, dass die Hausengel GmbH faktisch im in Rede stehenden Zeitraum kein die Zeit, die Dauer, den Ort und die Art der Ausführungen der pflegerischen Tätigkeit umfassendes Weisungsrecht gegenüber den Pflegekräften ausübte, wie auch das unternehmerische Risiko der Pflegekräfte.

Die Annahme der Staatsanwaltschaft, dass die Pflegekräfte keinen Einfluss auf die Vertragsmodalitäten gehabt hätten, bezeichnet das Oberlandesgericht richtigerweise als unzutreffend.

Unschädlich ist auch die Vermittlung der Hausengel GmbH im Falle von Rückfragen der Betreuten zu einzelnen vertraglichen Regelungen, da dies in zahlreichen Fällen bereits aufgrund der Sprachbarriere geboten und auch gerade Teil der Leistung der Hausengel GmbH gegenüber den Pflegekräften ist, was von diesen mit der Pauschale bzw. Franchisegebühr abgegolten wird.

Der Hausengel GmbH steht auch kein arbeitgebertypisches Weisungsrecht gegenüber den Pflegekräften zu. Insbesondere wird nach den Zeugenangaben die Dauer des jeweiligen

Pflegeeinsatzes von den Pflegekräften selbst bestimmt.

Wie die Betreuung im Einzelnen ausgestaltet ist, insbesondere auch die Gestaltung der täglichen Arbeitszeiten/Pausen, richtet sich vor allem nach den individuellen Erfordernissen, die sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht die zu erbringenden Leistungen bestimmen und obliegt unter den oben genannten Prämissen maßgeblich der Entscheidung der Pflegekraft bzw. der Individualvereinbarung zwischen Pflegekraft und Pflegeperson bzw. deren Angehörigen.

Die geforderten Fähigkeit der Pflegekraft zur Reaktion auf die sich ggf. ständig verändernde aktuelle Betreuungs- und/oder Pflegesituation – gerade im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung – setzt eine Flexibilität im Handeln voraus und belässt prinzipiell einen großen Entscheidungsbereich. Solche erheblichen Handlungsspielräume sind jedoch für eine arbeitnehmertypische Leistungspflicht uncharakteristisch.

Außerhalb der übernommenen Aufträge bestand auch keine ständige Dienstbereitschaft der Pflegekräfte.

Auch der Umstand, dass ein Franchisegeber maßgeblich im Interesse seines guten Namens schadensbegrenzend tätig wird, macht ihn nicht zum Arbeitgeber.

Der Umstand, dass jemand zu einem „Pool“ von Einsatzkräften gehört, die zur Erfüllung anderer Personen obliegender Verpflichtungen gegenüber Dritten bereitstehen, besagt über deren Eingliederung in den „Betrieb“ der insoweit verpflichtet, nichts.

Da die Betreuungskräfte letztlich auch ein eigenes unternehmerisches Risiko tragen, war nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die Auffassung der Staatsanwaltschaft, die Betreuungskräfte seien bei der Hausengel GmbH angestellt, nicht mehr aufrechtzuerhalten.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Tobias Liebau  
Rechtsanwalt