

# Beschluss Az. 1 Ws 179/13\*

OLG Frankfurt am Main

7. März 2014

## Tenor

- 1 Auf die weitere Beschwerde des Beschuldigten werden der Haftbefehl des Amtsgerichts Marburg vom ...12.2012 in der Form des Beschlusses vom ... 05.2013 sowie der Außervollzugsbeschluss des Amtsgerichts Marburg vom ... 12.2012 i. d. F. des Änderungsbeschlusses vom 24.05.2013 aufgehoben.
- 2 Die Sicherheitsleistung in Höhe von 250.000 wird freigegeben.

## Gründe

- 3 I.
- 4 Der Beschuldigte ist seit Juni 2007 alleiniger Geschäftsführer der A (A GmbH) mit Sitz in O1. Zweck der Gesellschaft ist ausweislich des Handelsregisters die Erbringung von Büroserviceleistungen, die Vermittlung von Dienstleistungsverträgen selbstständig tätiger Personen und Unternehmen insbesondere im Bereich der Hauswirtschaft, die Beratung von Selbstständigen im organisatorischen Bereich und die Beteiligung an Gesellschaften, deren Gegenstand im Wesentlichen die häusliche Pflege kranker und/oder pflegebedürftiger Menschen ist.
- 5 Tatsächlich vermittelt die A GmbH osteuropäische Pflegekräfte und Haushaltshilfen an Pflegebedürftige bzw. deren Familien in ganz Deutschland.
- 6 Mit den Pflegekräften schließt die A GmbH einen „Franchisevertrag“ ab, auf dessen Inhalt (SB Vernehmungsprotokolle Bd. I, Bl. 150) vollinhaltlich Bezug genommen wird.
- 7 Die Pflegekräfte schließen ihrerseits mit den Pflegebedürftigen oder deren Angehörigen (im Vertrag als „Auftraggeber“ bezeichnet) einen durch die A GmbH

---

\*<http://openjur.de/u/705347.html> (= openJur 2014, 14950)

gefertigten „Betreuungsdienstleistungsvertrag“ (SB Vernehmungsprotokolle Bd. I Bl. 143) ab, in dem die zu erbringenden Leistungen auf der Grundlage einer zuvor anhand der Angaben der Angehörigen von der A GmbH erstellten Bedarfsanalyse benannt werden.

- 8 Dieser Vertrag enthält unter anderem die folgenden Bestimmungen:
- 9 (Von einem Abdruck wird abgesehen - die Red.)
- 10 Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten Z1 vor, als Geschäftsführer der A GmbH entgegen der in den jeweiligen „Franchiseverträgen“ verwendeten Bezeichnungen gegenüber den Pflegekräften faktisch die Funktion eines Arbeitgebers eingenommen zu haben. Im Zeitraum von Januar 2007 bis Juli 2012 habe er so insgesamt ca. 5.900 osteuropäische Pflegekräfte als Arbeitnehmer beschäftigt, ohne für diese Beiträge zur Sozialversicherung an die X als zuständige Einzugsstelle abzuführen. Unter Zugrundelegung der Umsatzzahlen der A GmbH im fraglichen Zeitraum (67 Monate) ergäben sich nichtabgeführte bzw. vorenthaltene Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile von insgesamt
- 11 7.215.529,26.
- 12 Das Amtsgericht Marburg hat gegen den Beschuldigten am ... 12.2012 Haftbefehl wegen des Verdachts des Veruntreuens/Vorenthaltens von Arbeitsentgelt gemäß §266a Abs. 1, 2, 4 StGB erlassen. Mit Beschluss vom ... 12.2012 hat es den Haftbefehl gegen Auflagen außer Vollzug gesetzt. Mit Beschluss vom ... 05.2013 hat das Amtsgericht den Haftbefehl neu gefasst, indem dem Beschuldigten nunmehr nach Monaten konkretisierte 67 Taten im oben genannten Zeitraum vorgeworfen werden. Diesen Haftbefehl hat das Amtsgericht Marburg im Termin vom 24.05.2013 dem Beschuldigten verkündet und unter überwiegender Beibehaltung der vorherigen Auflagen weiterhin außer Vollzug gesetzt.
- 13 Die gegen den Haftbefehl vom ...12.2012 in der Fassung des Beschlusses vom ... 05.2013 gerichtete Beschwerde des Beschuldigten hat die 12. Strafkammer des Landgerichts Marburg als Wirtschaftsstrafkammer mit Beschluss vom 19.08.2013 verworfen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beschuldigten, auf deren Begründung (Bd. VII, Bl. 1658 d. A.) Bezug genommen wird.
- 14 II.
- 15 Die weitere Beschwerde ist zulässig und begründet.
- 16 Gegen den Beschuldigten besteht hinsichtlich der ihm in dem Haftbefehl des Amtsgerichts Marburg vom ...12.2012 in der Fassung des Beschlusses vom ... 05.2013 zur Last gelegten 67 Straftaten des Veruntreuens/Vorenthaltens von Arbeitsentgelt

- 17 (§266a StGB) unter Zugrundelegung der in dem erweiterten und konkretisierten Haftbefehl benannten Beweismittel sowie des bisherigen Inhalts der Ermittlungsakten jedenfalls kein dringender Tatverdacht.
- 18 Der Beschuldigte Z1 ist als im vorgeworfenen Tatzeitraum alleiniger Geschäftsführer der A GmbH zwar gem. §14 Abs. 1 Nr. 1 StGB tauglicher Täter der ihm vorgeworfenen Delikte, nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen erscheint eine Arbeitgeberstellung der A GmbH im Verhältnis zu den von ihr in private Haushalte vermittelten osteuropäischen Pflegekräften jedoch nicht gegeben.
- 19 Die Bestimmung der Arbeitgeberstellung richtet sich nach den Kriterien des Sozialversicherungsrechts (vgl. §7 Abs. 1 SGB IV), das seinerseits an das Arbeitsrecht anknüpft (Fischer, StGB, 61. Aufl., §266a Rn. 4; BGH NStZ- RR 2013, 278). Arbeitgeber ist der nach den §§611 ff. BGB persönlich Dienstberechtigte, also derjenige, dem der Arbeitnehmer Dienste leistet und zu dem er im Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht, die sich vornehmlich in seiner Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers äußert. Kennzeichen der Arbeitnehmerstellung sind namentlich Weisungsgebundenheit und Einbindung in den Betriebsablauf, Bezahlung nach festen Entgeltsätzen und Fehlen eines eigenen unternehmerischen Risikos. Für die Bestimmung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt und im Rahmen der Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnissen und selbstständigen Tätigkeiten kommt es auf die tatsächlichen Verhältnisse, nicht auf die vertragliche Bezeichnung an (Fischer a.a.O., Rn. 4a m.w.Nw.), maßgeblich ist eine wertende Gesamtbetrachtung der Arbeitsleistung abhängig davon, welche Merkmale überwiegen (vgl. BSG, Urteil vom 28.09.2011 – B 12 R 17/09 R).
- 20 Selbst die im Haftbefehl aufgeführten Tatsachen, die der Beschuldigte mit seiner weiteren Beschwerde unter Angabe von Beweismitteln im Einzelnen als unrichtig angreift, als zutreffend unterstellt, würde dies nach den bisherigen Ermittlungsergebnissen keine Arbeitgeberstellung der A GmbH im Verhältnis zu den osteuropäischen Pflegekräften begründen.
- 21 Grundsätzlich kann die Tätigkeit einer Pflegekraft sowohl als abhängige Beschäftigung als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses ausgeübt werden.
- 22 Unmaßgeblich für die vorzunehmende Gesamtbetrachtung ist zunächst die zwischen der A GmbH und den Pflegekräften gewählte Bezeichnung „Franchisevertrag“, da es, wie oben ausgeführt, unabhängig von der vertraglichen Bezeichnung auf die faktischen Gegebenheiten ankommt (vgl. BGHZ 152, 213; BAG NJW 1997, 2973; jeweils zum Franchisevertrag). Aus diesem Grund ist gleichfalls unmaßgeblich, dass gemäß §1 Nr. 8 des „Franchisevertrages“ „kein Angestellten- oder sonstiges Dienst- oder Arbeitsverhältnis“ begründet wird.
- 23 Auch lassen sowohl eine tatsächliche Befristung der Arbeitseinsätze als auch ein „Einsatz rund um die Uhr“, wie im vorliegenden Fall regelmäßig vereinbart, keine

Schlüsse in die eine oder andere Richtung zu. Zwar waren und sind kurzzeitige Beschäftigungen bei demselben Arbeitgeber nach §14 TzBfG, zuletzt geändert durch Art. 23 des Gesetzes vom 20.12.2011 (BG Bl. I S. 2854) mit Wirkung ab 01.04.2012 nur begrenzt zulässig, aber immerhin nicht generell ausgeschlossen, was einen entsprechenden Einsatz nur in selbstständiger Tätigkeit zuließe. Auch unter dem Blickwinkel des Arbeitszeitrechts bestanden und bestehen keine engen Vorgaben hinsichtlich der maximalen täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, da das ArbZG insofern keine Geltung für Arbeitnehmer entfaltet, „die in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und sie eigenverantwortlich [...] pflegen oder betreuen“ (§18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG), was im vorliegenden Fall nach der konkreten Ausgestaltung der in Rede stehenden Pflegeverhältnisse (freie Wohnung der Pflegekräfte im Haushalt der Pflegeperson) gegeben ist.

- 24 Ferner ist es für die vorzunehmende Gesamtbetrachtung auch unmaßgeblich, dass die Pflegekräfte durch die A GmbH in einer speziellen Bildungsmaßnahme geschult wurden, was etwa im Franchisesystem als üblich angesehen werden kann. Für eine Eingliederung der Pflegekräfte in den Betrieb der A GmbH spricht auch nicht, dass die A GmbH den Pflegekräften gemäß §12 des „Franchisevertrages“ zur Absicherung die Aufnahme in einen Gruppenversicherungsvertrag, in einer Berufshaftpflichtversicherung und Krankenversicherung angeboten hat. Angebote zur Teilnahme an einer Gruppenversicherung werden allgemein auch Selbstständigen (etwa Rechtsanwälten) gemacht, ohne dass eine Beteiligung hieran Indizwirkung für eine Eingliederung in den „Betrieb“ des Anbieters entfalten würde (BSG aaO. zur Gruppenhaftpflichtversicherung).
- 25 Demgegenüber sprechen die Art und Weise des Vertragsschlusses, die Gestaltung der Entgeltzahlungen, die Tatsache, dass die A 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 für eine Selbstständigenstellung derselben. Im Einzelnen:
- 26 Für eine Selbstständigenstellung der Pflegekräfte spricht zunächst, dass diese – wie sämtliche im Haftbefehl aufgeführten Zeugen übereinstimmend angaben – nicht mit der A GmbH, sondern stets unmittelbar mit den zu pflegenden Personen bzw. deren Angehörigen einen „Betreuungsdienstleistungsvertrag“ schlossen, in denen ihre sämtlichen Rechte und Pflichten in Bezug auf das Pflegedienstleistungsverhältnis geregelt waren (vgl. o.). Zwar waren die so abgeschlossenen Verträge auf der Grundlage einer im Vorfeld erhobenen Bedarfsanalyse durch die A GmbH aufgesetzt worden, es ist jedoch entgegen der Annahme der Staatsanwaltschaft nicht zutreffend, dass die Pflegekräfte keinen Einfluss auf die Vertragsmodalitäten gehabt hätten. Die hierzu vernommenen Zeuginnen haben ausgesagt, dass sie bereits im Kontaktaufnahmetelefonat mit der A GmbH aus ihren jeweiligen Heimatländern heraus ihre Vorstellungen in Bezug auf Dauer des Beschäftigungsverhältnisses (z. V. Vernehmungen ...) , Unter-

brechungen (etwa über die Weihnachtsfeiertage), Verdienst, Umfang der angebotenen Pflegedienstleistungen und ggf. auch besondere Merkmale der zu pflegenden Personen übermittelten. Ließ sich, ggf. auch nach entsprechend höheren Entgeltforderungen der Pflegekräfte, die durch A GmbH an die interessierten Familien übermittelt wurden (z. B. Vernehmungen . . .), insoweit Übereinstimmung mit einer Pflegeanfrage bei der A GmbH herstellen, stand es im Belieben der jeweiligen Pflegekraft, den Auftrag anzunehmen. Erst danach wurden sie in die Familien vermittelt und reisten an. Dass auf einer solchen bereits im Vorfeld abgeklärten Grundlage ein Vertrag „vorgefertigt wurde“, ist vor diesem Hintergrund unschädlich, da dieser, wie die Zeuginnen ganz überwiegend aus sagten, dann inhaltlich den im Vorfeld festgelegten Bedingungen entsprach oder in Ausnahmefällen, in denen dies aufgrund eines Versehens oder eines tatsächlich höheren Pflegebedarfs nicht der Fall war, entsprechend angepasst wurde (z. B. Vernehmungen . . .). Unschädlich ist auch die Vermittlung der A 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 A GmbH gegenüber den Pflegekräften ist, was von diesen mit der „Pauschale“ bzw. „Franchisegebühr“ abgegolten wird.

- 27 Des weiteren spricht die Gestaltung der Entgeltzahlungen für eine Selbstständigkeit der Pflegekräfte. Ausweislich §4 Nr. 1 des „Betreuungsdienstleistungsvertrages“, aber auch in Übereinstimmung mit den Angaben hierzu vernommener Zeugen werden die Rechnungen für die erbrachten Leistungen im Namen der Pflegekraft gestellt und abzüglich der von den Betreuten an die A GmbH direkt zu zahlenden „Apauschale“, die der im „Franchisevertrag“ zwischen A GmbH und der Pflegekraft vereinbarten „Franchisegebühr“ entspricht, auch unmittelbar vom Betreuten auf von der Pflegekraft zu bestimmende Art und Weise (wahlweise bar oder auf ein deutsches oder ausländisches Konto) an sie selbst ausbezahlt.
- 28 Die Tatsache, dass die Rechnungen zwar im Namen der Pflegekraft, aber faktisch durch die A GmbH unter deren Büroadresse erstellt werden, sieht der Senat demgegenüber als nicht maßgeblich an. Zum einen ist die Erstellung der Abrechnungen, wie etwa auch die Übernahme der Gewerbe- und Wohnsitzan- und -abmeldungen der Pflegekräfte eine Serviceleistung der A GmbH, die mit der monatlichen „Franchisegebühr“ abgegolten wird. Zum anderen haben die Pflegekräfte laut §11 Nr. 2 des „Franchisevertrages“ eine ebenfalls mit der Franchisegebühr abgeholte Büroadresse in den Räumlichkeiten der A GmbH angemietet.
- 29 Der A GmbH steht auch kein arbeitgebertypisches die Zeit, die Dauer, den Ort und die Art der Ausführung umfassendes Weisungsrecht gegenüber den Pflegekräften zu:
- 30 Insbesondere wird nach Zeugenangaben (vgl. o.) die Dauer des jeweiligen Pflegeeinsatzes von den Pflegekräften selbst bestimmt, auch wenn seitens der A GmbH im Hinblick auf die Interessen der Betreuten und notwendige Einarbeitungszeit-

en faktisch erst ab einem Minimum von zwei Monaten vermittelt wird. Unter Berücksichtigung der im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung von Lehrtätigkeiten entwickelten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. BSG, Urteil vom 12.2.2004 - B 12 KR 26/02 R – Juris, Rn. 29 m.w.N.) hat es für die Prüfung einer möglichen Weisungsgebundenheit ferner keine entscheidende Bedeutung, dass gewisse „Eckpunkte“ des jeweiligen „Einsatzauftrags“ wie – so auch im hier vorliegenden Fall – Beginn und Ende des Einsatzes und „grober“ Inhalt der Tätigkeit im Rahmen der „Bedarfsanalyse“, die nach §3 des „Franchisevertrages“ als Grundlage der zu erbringenden Leistungen dient, von der A GmbH vorgegeben sind und sich die Betreuungstätigkeit (allgemein) nach den Bedürfnissen und Wünschen der Betreuten oder ihrer Angehörigen ausrichten hat.

- 31 Wie die Betreuung im Einzelnen ausgestaltet ist, insbesondere auch die Gestaltung der täglichen Arbeitszeiten/Pausen, richtet sich nämlich vor allem nach den individuellen Erfordernissen, die sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht die zu erbringenden Leistungen bestimmen (z. B. Vernehmungen . . .) und obliegt unter den oben genannten Prämissen maßgeblich der Entscheidung der Pflegekraft (z. B. Vernehmung . . .) bzw. der Individualvereinbarung zwischen Pflegekraft und Pflegeperson bzw. deren Angehörigen (z. B. Vernehmung . . .). Der – gerade im Hinblick auf die zeitliche Dimension des „Einsatzauftrags“ (24-Stunden-Service) – auch geforderten Fähigkeit der Pflegekraft zur Reaktion auf die – sich ggf. ständig verändernde – aktuelle Betreuungs- und/oder Pflegesituation steht zwangsläufig eine Flexibilität im Handeln gegenüber, die dieser gerade wegen der Individualität und Einzigartigkeit dieser Situation prinzipiell einen großen Entscheidungsbereich belässt. Solche erheblichen Handlungsspielräume (vgl. dazu insbesondere auch Vernehmungen . . .) sind jedoch für eine arbeitnehmertypische Leistungspflicht uncharakteristisch.
- 32 Allein aus der im Hinblick auf die genannten (allgemeinen) Vorgaben der A GmbH und der Betreuten bestehenden „Minderung“ der „Autonomie“ der Pflegekräfte bei der Durchführung der einzelnen Einsätze kann daher nicht auf eine Weisungsgebundenheit im geforderten Sinne und damit eine persönliche Abhängigkeit der Pflegekräfte vom Beschuldigten geschlossen werden (vgl. insoweit – im Arbeitsrecht – zum Gesichtspunkt einer möglichen Einflussnahme des Betroffenen auf Art und zeitliche Lage der konkreten Tätigkeit in einer Betreuungssituation: BAG AP Nr. 45 zu §611 BGB Abhängigkeit, Leitsatz 1).
- 33 Insbesondere war seitens der Pflegekräfte auch gegenüber der A GmbH keine Pflegedokumentation geschuldet, ebenso wurden „Kontrollen“ der Pfl egetätigkeit durch die A GmbH, die zwar im „Franchisevertrag“ unter §15 als Kontrollmöglichkeit zur Sicherstellung der einheitlichen Anwendung des Franchisesystems vorgesehen sind, faktisch nicht ausgeübt. Ebenso wenig bestand außerhalb der übernommenen Aufträge eine ständige Dienstbereitschaft der Pflegekräfte.
- 34 Hinzu kommt, dass es den jeweiligen Pflegekräften nach §5 „Betreuungsdien-

steleistungsvertrag“ möglich war, die geschuldete Leistung nicht selbst zu erbringen, sondern aus eigener Entscheidung heraus Ersatz zu stellen, was zumindest in Einzelfällen (z. B. Vernehmungen . . .) auch faktisch wahrgenommen wurde. Ferner war es ihnen ohne weiteres möglich, übernommene Aufträge vorzeitig abzurechnen (z. B. Vernehmungen . . .) oder zu verlängern (vgl. §2 Nr. 2 „Franchisevertrag“), was ebenfalls faktisch ausgeübt wurde (z. B. Vernehmungen . . .). Nicht zuletzt konnten die Pflegekräfte nach Übernahme eines bestimmten Auftrags (und vor dessen Beendigung) von der A GmbH nicht etwa gegen ihren Willen „umgesetzt“, also zur Annahme eines anderen Auftrags veranlasst werden, was ebenfalls in erheblichem Maße gegen ein Weisungsrecht der A GmbH spricht (vgl. auch BSG aaO).

- 35 Eine Weisungsgebundenheit der A GmbH ergibt sich auch nicht daraus, dass, wie im Haftbefehl ausgeführt, die A GmbH bei „Schwierigkeiten“ im Pflegeverhältnis, etwa Alkoholkonsum oder psychischen Auffälligkeiten der Pflegekräfte, veranlasste, dass die betroffene Pflegekraft durch Angestellte der A GmbH zum Bahnhof gefahren, von ihr eine Vertragsstrafe gefordert und die zu Pflegenden angewiesen wurden, laufende Restzahlungen einzubehalten und „alles weitere“ mit der A GmbH zu klären. Solche Handlungen der A GmbH sind notwendig veranlasst durch entsprechende vorausgehende Begehren der Betreuten, die gegenüber der Pflegekraft als fristlose Kündigungen nach §7 Abs. 2 des „Betreuungsdienstleistungsvertrages“ durch die Betreuten zu verstehen sind. Sofern eine direkte Kommunikation zwischen den Betreuten und den Pflegekräften nicht möglich ist oder sonst nicht stattfindet, überbringt die A GmbH die entsprechenden Erklärungen als Botin. Nach einer solchen fristlosen Kündigung muss die Pflegekraft die Wohnung oder das Haus des Betreuten ohnehin verlassen. All dies ist unabhängig von irgendwelchen Weisungen der A GmbH. Der Transport der Pflegekraft zum Bahnhof stellt sich dann nur als Serviceleistung der A GmbH gegenüber der Pflegekraft dar. Vertragsstrafen sind im Übrigen in §21 „Franchisevertrag“ vorgesehen und bei Verletzungen der übernommenen Pflichten im Franchisesystem üblich. Dass ein Franchisegeber maßgeblich im Interesse seines „guten Namens“ „schadensbegrenzend“ tätig wird, macht ihn nicht zum Arbeitgeber.
- 36 Auch aus dem Ablauf beim Wechsel der Pflegepartner und der Organisation der Folgepflege folgt nicht schon, dass die Pflegekraft wegen ihrer Eigenschaft als „ein Teil in der Kette der den jeweiligen Kunden zur Verfügung gestellten Pflegepersonen“ in die Arbeitsorganisation der Fa. A eingegliedert wäre. Dass jemand zu einem „Pool“ von Einsatzkräften gehört, die zur Erfüllung anderen Personen obliegender Verpflichtungen gegenüber Dritten bereitstehen, besagt über deren Eingliederung in den „Betrieb“ der insoweit Verpflichteten nichts (vgl. BSG aaO,- zum Status in einem „Personalpool“ zusammengefasster, als sog Freelancer tätiger Flugzeugführer als Selbstständige - BSG Urteil vom 28.5.2008 - B 12 KR 13/07 R - Juris).
- 37 Schlussendlich trugen die Pflegekräfte nach der Ausgestaltung ihrer jeweiligen Beschäftigungsverhältnisse auch ein unternehmerisches Risiko:

- 38 Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen (vgl etwa BSG SozR 3-2400 §7 Nr. 13 S. 36, mwN; BSG SozVers 2001, 329, 332; zuletzt BSG Urteil vom 28.5.2008 - B 12 KR 13/07 R - Juris RdNr 27) ist maßgebendes Kriterium für die Bejahung der Übernahme eines solchen Risikos, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sachlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (so schon BSG SozR 2200 §1227 Nr. 17 S. 37; BSG SozR 3-2400 §7 Nr. 13 S. 36, mwN; BSG, Urteil vom 28.05.2008 – B 12 KR 13/07 R – Juris - Rn. 27). Im vorliegenden Fall haben die Pflegekräfte – wie das für Dienstleistungen in der Hauswirtschaft typisch ist – im Wesentlichen ihre Arbeitskraft (und weniger Kapital) eingesetzt und dies mit einem konkreten Verlustrisiko. So erfolgte etwa keinerlei Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder etwa bei Kündigung oder unvorhergesehener Beendigung des Pflegeverhältnisses, beispielsweise einem Versterben des zu Pflegenden mit der Folge der unmittelbaren Vertragsbeendigung nach §2 Nr. 2 „Betreuungsdienstleistungsvertrag“. Für die Annahme eines Unternehmerrisikos spricht weiter, dass die Pflegekräfte im Zusammenhang mit der Verwertung ihrer Arbeitskraft das Risiko des Ausfalls ihres Verdienstes bei „Kundeninsolvenz“ trugen. Zu dem Risiko des Verdienstaufschlags bei „Kundeninsolvenz“ tritt – wenn auch in geringerem Umfang – ein Kapitalrisiko hinzu, weil sich der Einsatz von Reisekosten bei (vorzeitigem) Abbruch des „Einsatzauftrags“, etwa bei Versterben von Kunden oder deren Verlegung ins Krankenhaus oder Heim nicht lohnen konnte. Auch amortisierte sich in einem solchen Fall die Eintrittsgebühr nach §14 Nr. 1 „Franchisevertrag“ nicht (vgl. BSG, Urteil vom 28.09.2011 – B 12 R 17/09, Juris). Damit korrespondiert ein hohes Maß an Flexibilität der Pflegekräfte bei Gestaltung des einzelnen Einsatzes nach ihren Bedürfnissen, insbesondere der Entscheidung einer Übernahme oder Nichtübernahme des Einsatzes an sich, Bestimmung der zeitlichen Dauer innerhalb gewisser Vorgaben, Unterbrechungen, oder ggf. auch der Forderung eines höheren Entgeltes.
- 39 Ein Unternehmerrisiko ist nicht deshalb zu verneinen, weil die Pflegekräfte für ihre Einsätze vereinbarungsgemäß und tatsächlich pauschal vergütet wurden. Die Pflegekräfte konnten bei höherem Umfang ihres Einsatzes, als in der Bedarfsanalyse zunächst angenommen, nachkalkulieren (§3 Nr. 3 Betreuungsvertrag), was auch faktisch so praktiziert wurde (z. B. Vernehmungen . . .) oder Zusatzaufgaben, z. B. Gartenpflege, übernehmen, und dadurch durch die Gestaltung der Einsätze wie auch die wirtschaftliche Verwertung ihrer Arbeitskraft in hohem Maße selbst steuern und andererseits durch besondere Anstrengungen ihre Verdienstmöglichkeiten erhöhen bzw. einen Mehrverdienst erzielen (vgl. BSG aaO.).
- 40 Dahinter kann letztlich auch zurücktreten, dass die A GmbH und nicht die Pflegekräfte selbst eine werbende Tätigkeit entfaltete - Kundenwerbung betrieb



- und „Einsatzaufträge“ aquirierte, weil sie jene damit lediglich an die jeweiligen Pflegekräfte vermittelte und in diesem Zusammenhang für diese den Kontakt zu den Betreuten herstellte, (vgl. hierzu auch: BSG, Urteil vom 28. September 2011 – B 12 R 17/09 R –, juris), wofür sie mit dem Bezug der „Franchisegebühren“ bzw. der „Eintrittsgebühr“ auch entlohnt wurde.

41 Nach alledem war der Haftbefehl aufzuheben.