

Herausgeber

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Holger Fleischer
Prof. Dr. Johanna Hey
Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff
Prof. Dr. Katharina Uffmann
Prof. Dr. Barbara E. Weissenberger
Prof. Dr. Francesca Werth
Dr. Monika Wünnemann

Magazin

Gastkommentar

Andreas Haaker
AI-Investitionen sind zwingend,
bilden aber keine „Moat“

Betriebswirtschaft

Carsten Winkler
Entscheidungsarchitektur für Beirat und Geschäftsführung (Teil II) 2373

Steuerrecht

Robert C. Prätzler
Kommt die Reform der umsatzsteuerlichen Organschaft nun doch? 2380

Gerd Achilles / Edo Diekmann
Die Kassenpflicht kommt – gelingt der große Wurf? 2384

Die neue EU-Geldwäsche-Verordnung (O. Meyn / N. Ilka) 2395

Rückstellungen für Arbeitsfreistellungen und sonstige Zusatzleistungen
im Zusammenhang mit Arbeitsverträgen (BMF) 2396

Besteuerung der Energiepreispause bei Arbeitnehmern
ist verfassungsgemäß (BFH) 2402

Wirtschaftsrecht

Alexander Meinrad / Jonas Rixinger
Wenn Identität zur Schwachstelle wird: Deepfakes als Herausforderung
für Compliance und Interne Kontrollsysteme 2408

Unterscheidung zwischen einem urheberrechtlich geschützten Werk und
sonstigen nicht frei und kreativ geschaffenen Werken (BGH) 2412

Auslegung eines Prozessvergleichs im Sinne des Fortbestands eines
zuvor erwirkten gerichtlichen Pfändungspfandrechts (BGH) 2421

Arbeitsrecht

Klaus Neumann
Strafbarkeit bei Missachtung des Equal-Pay-Gebots 2424

Billiges Ermessen bei der Anhebung der Höchstgrenze einer
bAV-Gesamtzusage mit gespaltener Rentenformel (M. Rein / L. Wenzlaff) 2428

Streik schlägt Urlaub – kein Urlaubsentgelt bei aktiver Teilnahme an
rechtmäßigem Streik (J. Eschenauer) 2429

Betriebsverfassungsrechtlicher Betriebsbegriff von Lieferdiensten in
„Remote Cities“ (BAG) 2430



Dieses Heft
digital lesen!



<https://ottosc.hm/heftdigital>

Equal Pay und das unterschätzte Risiko des § 266a StGB

Zusammenfassung des Aufsatzes „Strafbarkeit bei Missachtung des Equal-Pay-Gebots“ von Neumann (DB1489481) auf S. 2424

Die Entgelttransparenzrichtlinie erweitert die Transparenz- und Anpassungspflichten für Entgeltsysteme – und erhöht strafrechtliche Risiken für Geschäftsleitung und Personaler.

Bemessungsgrundlage für Sozialversicherungsbeiträge ist das geschuldete – nicht das gezahlte – Entgelt. Gleichheitswidrig nicht gezahltes Entgelt ist vorenthaltenes Arbeitsentgelt. Das ist der strafrechtliche Ausgangspunkt für § 266a StGB. Damit verbunden ist ein ernstzunehmendes Risiko für Arbeitgeber, das auf drei voneinander unabhängige Entwicklungen zurückgeht.

Strafbarkeit auf Grundlage der Beitragspflicht

Erstens hat das BAG den Entgeltgleichheitsanspruch dogmatisch als vorenthaltenes Arbeitsentgelt qualifiziert. Zweitens hat der BGH die Vorsatzdogmatik bei § 266a StGB grundlegend geändert. Es kommt nun darauf an, ob sich aus einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ die Kenntnis über den geschuldeten Lohn und die hieraus folgende Abgabepflicht ergibt. Die zentralen Fragen lauten also: Hält der Arbeitgeber es für möglich, gleichheitswidrig Entgelt vorzuenthalten? Und nimmt er es damit auch billigend in Kauf, die hieraus sich ergebende Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen zu verletzen? Hier kommt der dritte Punkt ins Spiel: Die Entgelttransparenzrichtlinie 2023/970/EU (ETRL).

Sie verpflichtet Arbeitgeber zur aktiven Analyse der bei ihnen geltenden Entgeltsysteme, verlangt eine Berichterstattung über Entgeltgefälle sowie die Korrektur bestehender geschlechtsspezifischer Entgeltgefälle.

Das Zusammenspiel dieser Faktoren führt zu einer (auch) strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung und Personalabteilungen.

(Schwierige) Entlastung und Haftungsverlagerung

Die Umsetzungsfrist der ETRL ist am 07.06.2026 abgelaufen. Dass die Bundesregierung sie ungenutzt hat verstreichen lassen, schafft aber keine Entlastung, da die Vorschriften unmittelbar anwendbar sind – und damit auch Art. 18 Abs. 2 ETRL. Er normiert, dass Gerichte die Umkehr der Beweislast bei der Verletzung der Berichtspflicht annehmen müssen. Das führt zu einem schwer zu widerlegenden Indiz: Kann der Arbeitgeber nicht beweisen, dass keine Entgeltdiskriminierung vorliegt, hat er das geschuldete Arbeitsentgelt vorenthalten und damit auch die Abgabepflicht verletzt.

Wer ausreichende Strukturen zur Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots eingerichtet hat, kann sich jedoch vom

strafrechtlichen Vorwurf entlasten. Eine Compliance-Abteilung, die Entgeltstrukturen regelmäßig auf Diskriminierungsrisiken überprüft, hat daher erhebliche entlastende Relevanz. Arbeitgeber sollten daher nicht auf politische Versprechungen vertrauen, sondern sich ihren Aufgaben stellen und zeitnah die bestehenden Entgeltsysteme analysieren bzw. anpassen.

FAZIT

- Ergibt die Analyse von Entgeltstrukturen Differenzen, ist zu ermitteln, ob es sich um gleiche oder vergleichbare Tätigkeiten handelt oder ob besondere Umstände vorliegen, welche die Unterschiede diskriminierungsfrei rechtfertigen können.
- Geschlechtsspezifische Entgeltgefälle sind unter Einbeziehung der Arbeitnehmervertretung zu beseitigen. Zudem sollten Unternehmen die (künftigen) Berichtspflichten nach Art. 9 ETRL und §§ 21 ff. EntgTranspG ernst nehmen und sich entsprechend vorbereiten.
- Soweit es Compliance-Strukturen gibt, sollten sie zur Einhaltung von Rechtsgrundsätzen und des Entgeltgleichheitsgebots eingebunden werden.



Foto: istockphoto/chinaface

Klaus Neumann

Strafbarkeit bei Missachtung des Equal-Pay-Gebots

– Oder das unterschätzte Risiko des § 266a StGB –

RA/FAArbR Dr. Klaus Neumann ist Partner bei BUSE Rechtsanwälte & Steuerberater in München.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Bemessungsgrundlage für Sozialversicherungsbeiträge ist das geschuldete – nicht das gezahlte – Entgelt. Gleichheitswidrig nicht gezahltes Entgelt ist vorenthaltenes Arbeitsentgelt. Das ist der strafrechtliche Ausgangspunkt für § 266a StGB. Die durch die Entgelttransparenzrichtlinie neu geschaffenen weitergehenden Transparenz- und Anpassungspflichten der Entgeltsysteme führen in diesem Zusammenhang zu einer Neubewertung einer bislang übersehenen Problematik.

I. Entgeltdiskriminierung und Strafrecht – eine bisher unterschätzte Verbindung

Arbeitgeber, die diskriminierende Entgeltdifferenzen zwischen Männern und Frauen nicht beseitigen, sind bereits erheblichen zivilrechtlichen Risiken ausgesetzt. Es droht aber auch eine Strafbarkeit nach § 266a StGB. Drei voneinander unabhängige Entwicklungen führen zu diesem Risiko. Erstens hat das BAG den Entgeltgleichheitsanspruch dogmatisch als vorenthaltenes Arbeitsentgelt qualifiziert.¹ Zweitens hat der BGH² die Vorsatzdogmatik bei § 266a StGB grundlegend geändert. Danach kommt es darauf an, ob sich aus einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ die Kenntnis über den geschuldeten Lohn und die hieraus folgende Abgabepflicht ergibt. Drittens begründet die Entgelttransparenzrichtlinie 2023/970/EU³ (ETRL) eine Ermittlungs- und Berichtspflicht. Diese bezieht sich auf das geschlechtsspezifische Entgeltgefälle für gleiche und vergleichbare Tätigkeiten und knüpft hieran eine Pflicht, dieses aktiv zu beseitigen. Das Zusammenspiel dieser drei Faktoren führt zu einer (auch) strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsleitung und Personalabteilungen.

II. Strafbarkeit auf Grundlage der Beitragspflicht

1. Das geschuldete Entgelt als Bemessungsgrundlage

§ 266a Abs. 1 StGB stellt das Vorenthalten von fälligen Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung unter Strafe. Bemessungsgrundlage ist nicht das tatsächlich gezahlte Entgelt. Maßgeblich ist vielmehr das geschuldete Entgelt.⁴ Das gilt auch für Fälle, in denen sich der geschuldete Lohn erst mithilfe des Gesetzes ermitteln lässt, wie z.B. beim Mindestlohn. Maßgeblich ist das Arbeitsentgelt, wenn es durch die Arbeitsleistung „verdient“ worden ist. Es kommt also nicht

auf das tatsächlich ausgezahlte niedrigere Entgelt an. Der Tatbestand kann auch für Zeiträume erfüllt sein, in denen kein Lohn bezahlt wurde.⁵

Basis für die Sozialversicherungspflicht ist somit das Entgelt, das rechtlich geschuldet ist – gleichgültig, ob es tatsächlich in dieser Höhe gezahlt wird oder nicht. Jede Unterschreitung des gesetzlich oder kollektivrechtlich vorgeschriebenen Entgelts befreit nicht von der Beitragspflicht in Bezug auf die geschuldeten Arbeitnehmerbeiträge.⁶ Die Vereinbarung eines zu niedrigen Entgelts beseitigt die Beitragspflicht nicht.⁷

2. Übertragung auf das Entgeltgleichheitsgebot

Das BAG hat mit Urteil vom 21.01.2021⁸ klargestellt, dass der Anspruch auf gleiches Entgelt nach Art. 157 AEUV und §§ 3, 7 EntgTranspG als Anspruch auf Zahlung gleichheitswidrig vorenthaltener Vergütung zu qualifizieren ist. Dieser Anspruch folgt unmittelbar aus dem Verstoß gegen das Europarecht, Art. 157 AEUV. Einer weiteren gesetzlichen Grundlage bedarf es dafür nicht, solange das Unionsrecht nicht richtig durchgeführt ist.⁹ Das diskriminierungsfreie Entgelt ist damit das rechtlich geschuldete Entgelt. Es ist folglich auch die Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge.

Der Arbeitgeber, der Mitarbeitenden weniger zahlt als vergleichbaren Mitarbeitenden des anderen Geschlechts, entrichtet in Höhe der geschuldeten Entgeltdifferenz auch keine Sozialversicherungsbeiträge. Dies ist unmittelbar bereits die Rechtsfolge aus Art. 157 AEUV. Das BAG weist ausdrücklich darauf hin, dass die Gerichte die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten haben. Angehörigen der benachteiligten Gruppe müssen daher die gleichen Vorteile gewährt werden wie der privilegierten Gruppe.¹⁰ Insoweit ist es unbeachtlich, wenn die ETLR (noch) nicht in nationales deutsches Recht umgesetzt ist.¹¹

3. Tatbestandliche Konsequenzen

§ 266a StGB ist ein Sonderdelikt. Täter kann nur der Arbeitgeber sein. Der Arbeitgeberbegriff ist sozialversicherungsrechtsakzessorisch.¹² Bei juristischen Personen erfolgt die Zurechnung über § 14 StGB auf Geschäftsführer, Vorstände und Beauftragte.¹³ Im regulären Arbeitsverhältnis, bei dem eine Entgeltdiskriminierung eine Rolle spielen kann, steht die Arbeitgeberstellung nicht infrage.¹⁴

1 BAG vom 21.01.2021 – 8 AZR 488/19, BAGE 173 S. 331 = DB 2021 S. 1682, Rn. 75.

2 BGH vom 18.09.2019 – 1 StR 320/18, wistra 2020 S. 61 = NJW 2019 S. 3532.

3 RL (EU) 2023/970 des EU-Parlaments und des Rates vom 10.05.2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABIEU Nr. 132/21.

4 BGH vom 12.09.2012 – 5 StR 363/12, wistra 2012 S. 468 = NJW 2012 S. 3385 (3386); Bollacher, in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 38.118; Perron, in: TübingerKomm-StGB, 31. Aufl. 2025, 266a StGB Rn. 4; Petri, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. 2021, § 266a StGB, Rn. 18.

5 BGH vom 16.05.2000 – VI ZR 90/99, DB 2000 S. 1703 = BeckRS 2000, 05694, Rn. 11; BGH vom 28.05.2002 – 5 StR 16/02, ZIP 2002 S. 2143 = NZG 2002 S. 721 (722); Perron, a.a.O. (Fn. 4), 266a StGB Rn. 4, m.w.N.

6 Heger, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 31. Aufl. 2025, 266a StGB Rn. 9.

7 Perron, a.a.O. (Fn. 4), § 266a StGB Rn. 4; Heger, a.a.O. (Fn. 6), 266a StGB Rn. 8.

8 BAG vom 21.01.2021, a.a.O. (Fn. 1).

9 BAG vom 21.01.2021, a.a.O. (Fn. 1), mit ausführlichen Hinweisen auf die Rspr. des EuGH.

10 BAG vom 21.01.2021, a.a.O. (Fn. 1).

11 Art. 34 Abs. 1 ETRL sieht eine Umsetzung bis zum 07.06.2026 vor.

12 Perron, a.a.O. (Fn. 4), § 266a StGB Rn. 11; Bollacher, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 38.33.

13 Perron, a.a.O. (Fn. 4), § 266a StGB Rn. 11.

14 Bollacher, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 38.37.

Die tatbestandliche Handlung ist das Vorenthalten der Beiträge zum Fälligkeitszeitpunkt. Wird einem Mitarbeitenden die Zahlung seiner Entgeltdifferenz gerichtlich zugesprochen, ist damit zugleich festgestellt, dass Sozialversicherungsbeiträge für diese Entgeltdifferenz in der Vergangenheit nicht abgeführt wurden.

Zur Ermittlung eines besonders schweren Falls ist bei vergleichbaren Delikten eine Tendenz zu einer Wertgrenze ab einem Richtwert von 50.000 € zu erkennen.¹⁵ Diese Grenze wird von der Literatur teilweise kritisch bewertet.¹⁶ Unabhängig von diesem Disput dürfte bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern und einem längeren Zeitraum der Richtwert von 50.000 € schnell überschritten sein. Das Urteil des BAG vom 23.10.2025¹⁷ zeigt dies eindrucksvoll. Dort wurde einer Arbeitnehmerin aus einer höheren Führungsebene eines großen Konzerns ein Anspruch auf Entgeltdifferenz i.H.v. weit mehr als 50.000 € zugesprochen. Folglich sollte das (mögliche) Risiko nicht unterschätzt werden.

4. Erleichterung der Beweislast durch den Paarvergleich

Die zivilrechtliche Feststellung einer Entgeltdifferenz (und die damit verbundene Feststellung des vorenthaltenen Arbeitsentgelts) ist durch die jüngste BAG-Rspr.¹⁸ erheblich erleichtert worden. Danach kann eine Entgeltgleichheitsklage auf eine einzelne Vergleichsperson des anderen Geschlechts gestützt werden. Dies gilt unabhängig von der Größe der Vergleichsgruppe (Paarvergleich). Bereits nach der unionsrechtlichen Rspr. reicht die schlüssige Darlegung einer Entgeltdifferenz bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit aus, um eine widerlegbare Diskriminierungsvermutung zu begründen.¹⁹ Diese widerlegbare Vermutungswirkung findet auch bei § 22 AGG und § 3 Abs. 2 EntgTranspG Anwendung.²⁰

Gelingt dem Arbeitgeber die Widerlegung dieser gesetzlichen Vermutung nicht, ist die strafrechtliche Problematik bereits im Grundsatz angelegt. Denn das Strafgericht hat die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge konkret zu ermitteln und notfalls zu schätzen.²¹ Insoweit könnte sich diese Beweislastumkehr erschwerend auswirken. Denn auch wenn Art. 18 Abs. 5 ETLR die Beweislastumkehr für Strafverfahren ausschließt, dürfte eine Schätzung der Beiträge durch einen Rückgriff auf Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen möglich sein.

III. Die bisherige Irrtumsproblematik

1. Die BGH-Rechtsprechung

Der BGH²² hat hinsichtlich des erforderlichen Vorsatzes i.S.d. § 266a StGB seine bisherige Rspr. ausdrücklich aufgegeben. Vorsätzliches Handeln bei § 266a StGB liegt nunmehr bereits vor, wenn der Täter die Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat. Er muss seine Stellung als Arbeitgeber und die daraus resultierende Abführungspflicht

zumindest für möglich gehalten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen haben.²³ Irrt der Täter hierüber, liegt ein Tatbestandsirrtum vor, der den Vorsatz ausschließt gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB.²⁴ Ein Irrtum liegt aber nicht vor, wenn sich der Täter vorsätzlich einer möglichen Kenntnis verschließt.

2. Parallelwertung in der Laiensphäre

Die Parallelwertung in der Laiensphäre trägt dem Umstand Rechnung, dass bei normativen Tatbestandsmerkmalen die bloße Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht genügt. Der Täter muss die wesentliche Bedeutung der Tatumstände nach Laienart zutreffend erfasst haben.²⁵ Er muss die rechtliche Wertung – als Laie – nachvollzogen haben. Er muss es also für möglich gehalten haben, Arbeitgeber zu sein und einer möglichen Abführungspflicht zu unterliegen. Und er muss es billigend in Kauf genommen haben, dieser Pflicht nicht nachzukommen.²⁶

Entscheidend sind hierfür die Gesamtumstände des Einzelfalls. Relevante Indizien für ein vorsätzliches Handeln sind z.B. die Eindeutigkeit der für eine Arbeitgeberstellung sprechenden Umstände, die Geschäftserfahrung des Täters, die öffentliche Diskussion des Themas in der Branche, das Geschäftsmodell des Arbeitgebers und eine Verletzung von Erkundigungspflichten.²⁷

3. Die Irrtumsproblematik im Equal-Pay-Kontext

Diese Rspr. des BAG und des BGH und die nun geltende ETRL führen zu der zentralen Frage: Hält der Arbeitgeber es für möglich, gleichheitswidrig Entgelt vorzuenthalten? Und nimmt er es damit auch billigend in Kauf, die hieraus sich ergebende Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen zu verletzen?

Im regulären Arbeitsverhältnis steht seine Arbeitgeberstellung außer Frage. Die sich hieraus ergebende Beitragspflicht dem Grunde nach ist unzweifelhaft. Die Beitragspflicht auf das geschuldete Entgelt gilt seit Jahrzehnten und ist höchstrichterlich geklärt.

Das Verbot der geschlechtsbedingten Entgeltdiskriminierung ist in Art. 157 AEUV und dem EntgTranspG normiert. Das Verbot einer geschlechtsbedingten Entgeltdiskriminierung für gleiche oder vergleichbare Tätigkeiten ist seit Langem Gegenstand der EuGH- und BAG-Rspr. Somit kann die grundsätzliche Kenntnis hierüber bei Arbeitgebern ohne Weiteres angenommen werden. Entscheidend ist daher nun die Frage, ob die ETRL sich so auswirkt, dass auch ein Laie nicht mehr darüber irren kann, dass sich aus einer Entgeltdiskriminierung eine höhere Beitragspflicht ergibt, die er zu erfüllen hat.

IV. Die ETRL erzwingt die Parallelwertung und schließt den Irrtum aus

Die ETRL verpflichtet Arbeitgeber zur proaktiven Analyse der bei ihnen geltenden Entgeltsysteme. Denn sie sieht eine

15 Vgl. zu § 370 AO: BGH vom 27.10.2015 – 1 StR 373/15, NJW 2016 S. 965, Rn. 29 unter Hinweis auf die bestehende Rspr. seit 2008; BGH vom 29.04.2015 – 1 StR 235/14, NStZ-RR 2015 S. 278 zu §§ 299, 300 StGB.

16 Vgl. Wittig, in: BeckOK StGB, § 266a Rn. 58 mit zahlreichen Hinweisen.

17 BAG vom 23.10.2025 – 8 AZR 300/24, DB 2026 S. 672.

18 BAG vom 23.10.2025, a.a.O. (Fn. 17).

19 BAG vom 23.10.2025, a.a.O. (Fn. 17), Rn. 24 mit ausführlichen Hinweisen auf die Rspr. des EuGH.

20 BAG vom 21.01.2021, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 50.

21 Bollacher, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 38.99.

22 BAG vom 24.09.2019 – 1 StR 346/18, BGHSt 64 S. 195 = ZIP 2019 S. 2324.

23 BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 20.

24 BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 20 f.

25 BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 21 f.; Joecks, in: MünchKomm-StGB, 3. Aufl., § 16 Rn. 70.

26 BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 18 f.; BGH vom 20.04.2023 – 1 StR 101/23, wistra 2023 S. 427, Rn. 9 f.

27 BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 25 f.

Berichterstattung über Entgeltgefälle vor und verlangt die Korrektur bestehender geschlechtsspezifischer Entgeltgefälle.

1. Berichtspflicht

Art. 9 Abs. 1 ETRL schreibt für Arbeitgeber ab 100 Beschäftigte eine jährliche Berichtspflicht vor. Der Arbeitgeber muss die dort genannten unterschiedlichen geschlechtsspezifischen Entgeltgefälle zwischen Männern und Frauen erheben. Das Ergebnis ist von der Leitungsebene des Arbeitgebers zu unterschreiben und den Arbeitnehmervertretern mitzuteilen. Zudem müssen sie auch Informationen allen Arbeitnehmern zur Verfügung stellen, Art. 9 Abs. 9 Satz 1 ETRL.

Zusätzlich sieht zwar Art. 9 Abs. 7 ETRL eine Pflicht vor, die Daten an eine staatliche Überwachungsstelle zu melden und zu veröffentlichen. Eine solche Stelle existiert jedoch derzeit mangels Umsetzung in Deutschland noch nicht. Das befreit den Arbeitgeber aber bisher nur davon, den Bericht zu versenden und zu veröffentlichen, nicht aber, ihn grds. zu erstellen und den Arbeitnehmervertretern und seinen Mitarbeitenden zur Verfügung zu stellen.

Es ist strittig, ob diese Pflichten unmittelbare Wirkung auch gegenüber privaten Unternehmen finden. Eine direkte Wirkung gegenüber Arbeitgebern des Öffentlichen Dienstes und damit verbundener Teile der Privatwirtschaft dürfte in jedem Fall bestehen.²⁸ Inwieweit dies darüber hinaus von Gerichten für andere Arbeitnehmer angenommen werden wird, ist offen.²⁹

2. Beseitigungspflicht

Nach Art. 10 ETRL ist der Arbeitgeber zur gemeinsamen Entgeltbewertung mit den Arbeitnehmervertretern verpflichtet, wenn der erstellte Bericht ein Gefälle von mindestens 5% ausweist. In diesem Fall sind Maßnahmen auf Grundlage der bereits bestehenden Rechtsvorschriften zu ergreifen, um die ungerechtfertigten Lohnunterschiede zu beseitigen (Art. 10 Abs. 4 ETRL). Diese Pflicht ist keine Formalie. Erst diese Entgelttransparenz versetzt Arbeitgeber in die Lage, Diskriminierung zu erkennen und zu beseitigen.³⁰ Die ETRL schafft damit ein System proaktiver Diskriminierungsprävention, denn mangelnde Transparenz lässt Diskriminierung fort dauern.³¹

3. Parallelwertung in der Laiensphäre

Diese dargestellten Berichts- und Beseitigungspflichten der ETRL haben eine unmittelbare strafrechtliche Konsequenz. Sie zwingen den berichtspflichtigen Arbeitgeber, von sich aus aktiv tätig zu werden. Er hat einen Bericht zu erstellen und zu überprüfen, ob danach ein geschlechtsspezifisches Entgeltgefälle zwischen Männern und Frauen besteht. Sollte dies der Fall sein, weiß er somit, dass eine Lohnlücke aufgrund des Geschlechts besteht. Dann muss er sich aktiv um Abhilfe bemühen, wie es Art. 10 Abs. 4 ETRL vorsieht. Spätestens in diesem Zeitpunkt hält der Arbeitgeber auch seine Abführungspflicht „zumindest für möglich“.

Ein Arbeitgeber kann sich dann nicht mehr auf ein fehlendes Wissen berufen, dass auf die ermittelte Differenz Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind. Der Grundsatz, dass es insoweit auf das geschuldete Arbeitsentgelt ankommt, steht

dem entgegen. Ein Arbeitgeber, der ein geschlechtsspezifisches Entgeltgefälle ermittelt hat und somit Kenntnis hat, nimmt in der Folgezeit die Beitragsvorenthaltung billigend in Kauf – erst recht, wenn er entgegen seiner gesetzlichen Verpflichtung keine Abhilfe schafft.

4. Untätigkeit führt nicht zu einem Irrtum über die Abgabepflicht

Entsprechendes dürfte für den Arbeitgeber gelten, der keine Berichte über ein etwaiges geschlechtsspezifisches Entgeltgefälle erstellt. Er verletzt damit die ihn treffende Rechtspflicht, Art. 18 Abs. 2 ETRL. Hieraus ergibt sich als Konsequenz eine Beweislastumkehr zu seinen Lasten. Danach muss er in Gerichtsverfahren beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt.

Diese gesetzlich angeordnete Beweislastumkehr stellt trotz Art. 18 Abs. 5 ETRL ein potenzielles Indiz für den Ausschluss eines Irrtums dar. Der nicht erstellte Bericht zum Entgeltgefälle entspricht jenem Indiz, welches der BGH³² zur Begründung einer Strafbarkeit herangezogen hat. Der BGH hat auf die im Zusammenhang mit dem Gewerbe bestehende arbeits- und sozialrechtliche Situation abgestellt. Danach haben Arbeitgeber eine im Zusammenhang mit ihrem Gewerbe bestehende Erkundigungspflicht in Bezug auf die arbeits- und sozialrechtliche Situation zu beachten. Und die Verletzung dieser Pflicht „deutet auf die Gleichgültigkeit des Verpflichteten hinsichtlich der Erfüllung ... hin“.³³ Das schließt dann aber einen Irrtum über die bestehende Abgabepflicht aus Sicht eines Laien aus. Dementsprechend kann der Arbeitgeber sich nicht auf einen Irrtum berufen, wenn er keine Berichte über ein geschlechtsspezifisches Entgeltgefälle erstellt.

5. Festgestellte Verstöße müssen aktiv beseitigt werden

Die bereits dargestellte Pflicht zur aktiven Beseitigung festgestellter Verstöße nach Art. 10 Abs. 4 ETRL hat somit eine explizit strafrechtliche Komponente. Denn § 266a StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt.³⁴ Es ist mit der Nichtabführung der Beiträge vollendet. Ein Arbeitgeber, der eine Entgeltdiskriminierung kennt und nicht beseitigt, erfüllt den Tatbestand fortlaufend mit jedem Fälligkeitstermin. Ergibt sich aus einem Bericht ein Entgeltgefälle und handelt der Arbeitgeber nicht, nimmt er die Beitragsvorenthaltung dann monatlich zumindest billigend in Kauf.

Die Verletzung der Berichtspflicht dürfte einen Irrtum über die Abgabepflicht ausschließen. Nicht erstellte Berichte stellen ein Indiz für die Gleichgültigkeit des Arbeitgebers dar, Entgeltdiskriminierungen zu ermitteln und zu beseitigen. Dann ist es kein weiter Schritt mehr, hieraus herzuleiten, dass auch die Verletzung von Abgabepflichten billigend in Kauf genommen wird.

Mit anderen Worten verlangen die Pflichten der ETRL vom Arbeitgeber eine aktive Suche nach einer bestehenden Entgeltdiskriminierung und deren anschließende Beseitigung. Anderenfalls droht das Risiko, sich dem Vorwurf eines vorsätzlichen Handelns nach § 266a StGB auszusetzen.

²⁸ Winter, NZA 2025 S. 1764 (1765).

²⁹ Zurückhaltend Heimann, NZA 2026 S. 637 (641).

³⁰ Winter, NZA 2025 S. 1764 (1766).

³¹ ErwGr 16 ETRL.

³² BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 26.

³³ BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 26.

³⁴ BGH vom 24.09.2019, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 22; Bollacher a.a.O. (Fn. 4), Rn. 38.104.

V. Wirkungen der ETRL nach Ablauf der Umsetzungsfrist

Die Umsetzungsfrist der ETRL ist am 07.06.2026 abgelaufen. Die Bundesregierung hat die Richtlinie nicht umgesetzt. Das schafft – entgegen der für die Öffentlichkeit beabsichtigten Bekundungen – keine Entlastung für Arbeitgeber.

Gegenüber öffentlichen Arbeitgebern entfalten nämlich Art. 5–9 ETRL bereits jetzt schon unmittelbare Wirkung. Diese Bestimmungen sind hinreichend bestimmt. Sie verleihen Rechte ohne weiteren Umsetzungsbedarf.³⁵

Für private Arbeitgeber entfaltet die ETRL bindende Wirkung durch Art. 157 AEUV. Die Vorschrift des Art. 157 AEUV ist unmittelbar anwendbar und gilt für alle Arbeitsverhältnisse. Die Transparenzanforderungen der Art. 5–9 ETRL konkretisieren das vom EuGH [*Danfoss*]³⁶ hieraus entwickelte Transparenzgebot.³⁷ Zudem gilt das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung des EntgTranspG im Einklang mit der EuGH-Rspr.³⁸ Außerdem sieht Art. 18 Abs. 2 ETRL ausdrücklich vor, dass Gerichte die Umkehr der Beweislast bei der Verletzung der Berichtspflicht anzunehmen haben. Diese Vorschrift führt zu einem möglicherweise schwer zu widerlegenden Indiz. Denn der Arbeitgeber muss dann beweisen können, dass es zu keiner Entgeltdiskriminierung gekommen ist. Gelingt dies nicht, hat der Arbeitgeber geschuldetes Arbeitsentgelt vorenthalten. Dies führt dann auch zu einer Verletzung der Abgabepflicht.

VI. Abhilfe durch Compliance: Entlastung und Haftungsverlagerung

Compliance-Strukturen können haftungsentlastend wirken. Wer ausreichende Strukturen zur Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots eingerichtet hat, kann sich vom strafrechtlichen Vorwurf entlasten.³⁹ Eine Compliance-Abteilung, die Entgeltstrukturen regelmäßig auf Diskriminierungsrisiken überprüft, hat daher unmittelbare strafrechtliche (entlastende) Relevanz.

Gerade die Analyse der aktuellen Urteile zur Entgeltgleichheit zeigt, dass Arbeitgeber häufig nicht in der Lage sind, bestehende Entgeltunterschiede geschlechtsneutral zu rechtfertigen. Häufig fehlen die entsprechenden Daten und Dokumente, um hierzu überhaupt ausreichend vortragen zu können. Oder es wird auf Argumente wie z.B. das Verhandlungsgeschick des Bewerbers/Arbeitnehmers verwiesen, die nicht geeignet sind, bestehende Differenzen sachlich zu rechtfertigen.

VII. Handlungsempfehlungen

Aus den aufgezeigten Überlegungen ergeben sich klare Handlungsempfehlungen: Arbeitgeber sind gut beraten, nicht auf politische Versprechungen zu vertrauen, sondern die noch zusätzlich gewonnene verbleibende Zeit aktiv zu nutzen, um sich den Aufgaben zu stellen und die Anforderungen der ETRL zu erfüllen. Denn eine Überprüfung und ggf. Überarbeitung und/oder ein Austausch des Entgeltsystems können durch erschwerende Faktoren gekennzeichnet sein und werden Zeit erfordern.⁴⁰ Daher dürften folgende Empfehlungen gelten:

1. Die bestehenden Entgeltstrukturen sollten sofort analysiert werden. Dies ist zwar zeitaufwändig, lässt sich aber mit entsprechenden digitalen Hilfsmitteln auf ein erträgliches Maß reduzieren.
2. Festgestellte Differenzen sollten analysiert werden. Es muss festgestellt werden, ob es sich tatsächlich um gleiche oder vergleichbare Tätigkeiten handelt oder ob besondere Umstände vorliegen, welche die Differenzen sachlich und diskriminierungsfrei rechtfertigen können.
3. Die (künftigen) Berichtspflichten nach Art. 9 ETRL und §§ 21 ff. EntgTranspG sollten ernst genommen und Voraussetzungen geschaffen werden, damit sie im Zweifel zeitnah erfüllt werden können.
4. Ein festgestelltes geschlechtsspezifisches Entgeltgefälle sollte beseitigt werden. Hierfür sind mitunter die Arbeitnehmervertreter hinzuzuziehen, sodass die konkrete Umsetzung Zeit in Anspruch nehmen kann.
5. Soweit Compliance-Strukturen bereits eingeführt sind, sollten diese zur Einhaltung von Rechtsgrundsätzen⁴¹ und damit folglich auch des Entgeltgleichheitsgebots eingebunden werden.

Die aufgezeigten strafrechtlichen Risiken mögen auf den ersten Blick noch befremdlich erscheinen. Sollten diese sich erfüllen, ist der Schaden immens. Dies lässt sich aber vermeiden. Arbeitgeber sollten daher nach wie vor zeitnah handeln und sich mit den bestehenden Entgeltsystemen befassen.

35 Winter, NZA 2025 S. 1764 (1766) sowie NZA 2026 S. 632 (633); einschränkend hinsichtlich der Berichtspflicht nach Art. 9 Heimann, NZA 2026 S. 637 (641).

36 EuGH vom 17.10.1989 – Rs. C-109/88.

37 Winter, NZA 2025 S. 1764 (1766) sowie NZA 2026 S. 632 (633).

38 BAG vom 21.01.2021, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 20; Heimann, NZA 2026 S. 637 (638); Winter, NZA 2026 S. 632 (633).

39 Alexander/Winkelbauer, in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 8. Aufl. 2024, Rn. 31.44.

40 So ausdrücklich Winter, NZA 2026 S. 630 (632).

41 Vgl. Fn. 39.