

Das Konkurrenzverhältnis der privilegierenden Spezialität im Strafrecht am Beispiel der §§ 267, 277 StGB a.F.

Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22*

Von Wiss. Mitarbeiter Yusef Mansouri, Bayreuth**

Rechtssätze können sich in ihrem Anwendungsbereich überschneiden. Das ist für das Verhältnis von allgemeinen zu spezielleren Tatbeständen anerkannt. Für das Strafrecht gewinnt dies umso mehr an Bedeutung, wenn der spezielleren Norm privilegierende Wirkungen zu entnehmen sind und sie sich deshalb tätergünstig auswirkt. Der Beitrag möchte einen Überblick über dieses Normenverhältnis aus der Konkurrenzlehre geben und dies anhand einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Urkundenstrafrecht erläutern. Hierbei stehen rechtsmethodische und strafverfassungsrechtliche Gedanken im Vordergrund.

I. Zur Phänomenologie der Corona-Impfpassfälschung

Der Gesundheits- und Lebensschutz zwang bekanntlich viele in Zeiten der Corona-Pandemie zu diversen Einschränkungen im gesellschaftlichen Zusammenleben. So war z.B. zeitweise der Zutritt zu Gastronomie etwa nur denjenigen gestattet, die nachweisen konnten, sich gegen SARS-CoV-2 geimpft zu haben (alternativ: einen Nachweis erbringen konnten, sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen zu können) oder bereits genesen waren – sog. „2G-Regel“¹. Nun war (und ist auch heute noch²) nicht jeder gegen das Virus geimpft. Wer sich gegen eine Impfung entscheidet und auch sonst keinen Nachweis über die fehlende Eignung zur Impffähigkeit erbringen kann (oder will), gleichwohl aber Zugang zu öffentlichen Einrichtungen haben möchte, der musste eine Möglichkeit finden, die Zugangshindernisse zu umgehen. Entweder fälscht man seinen Impfpass³ in der Weise, dass man einen vermeintlichen Nachweis über die Impfung einträgt; oder aber man lässt ihn fälschen, indem entsprechende Angaben gegen Entgelt eingetragen werden – ein so manipulierter Impfpass braucht dann nur noch vorgelegt zu werden. Schwer schien die Fälschung des „gelben Dokuments“ nicht zu sein, ein Weg über Telegram oder WhatsApp führte schon ans Ziel.⁴ Ob dieses Phänomen ein solches ist, das die Straf-

verfolgungsbehörden besonders belastet, kann nur vermutet werden. Denn Fälle dieser Art werden in der Strafverfolgungsstatistik nicht gesondert erfasst. Die grundsätzlich in Frage kommende Fälschung von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB a.F. wird statistisch nur im Zusammenhang mit den §§ 278, 279 StGB a.F. aufgeführt, für das Jahr 2021 etwa wurden 527 Aburteilungen erfasst, hiervon 448 Verurteilungen.⁵ Die Urkundenfälschung nach § 267 StGB wird nicht nach manipulierten Dokumenten aufgeschlüsselt.

II. Sachverhalt und Einführung in die Probleme

Und dennoch entsteht zumindest der Eindruck, als wäre das Fälschen-Lassen für die „professionellen Fälscher“ ein lukratives Geschäft gewesen – so wohl auch in folgendem, vom BGH⁶ entschiedenen Fall:

Der Angeklagte A entschloss sich in mehreren Fällen, gegen Entgelt eigenhändig Impfausweise mit Eintragungen zu angeblichen Erst- und Zweitimpfungen gegen SARS-CoV-2 zu versehen. Dies geschah in der Weise, dass er entweder unausgefüllte Impfausweisvordrucke auf der Vorderseite mit den Personalien der angeblich geimpften Personen beschriftete oder bereits mit Personalien beschriftete Impfausweise verwendete, um sodann jeweils auf den inneren Seiten des Impfausweises vermeintlich wahre Daten – das Datum, die Impfstoffbezeichnung sowie Chargennummer – einzutragen. Die Eintragungen versah er mit dem vorgeblichen Stempel eines Impfzentrums sowie der nachgeahmten oder erfundenen Unterschrift eines angeblichen Impfarztes. Angesichts der damaligen Zugangsbeschränkungen für Ungeimpfte aufgrund der COVID-19-Pandemie war ihm bewusst, dass seine Abnehmer die Bescheinigungen gegenüber Dritten, etwa Apotheken, zur Erstellung eines digitalen Impfbefreiungszertifikats oder in der Gastronomie zum Nachweis über angebliche Schutzimpfungen ihrer Person vorlegen würden.

Das damit erstinstanzlich befasste LG Hamburg hat sich an einer Verurteilung des A gehindert gesehen und ihn freigesprochen: Eine Strafbarkeit wegen Fälschens von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB a.F. sei nicht in Betracht gekommen. Zwar handele es sich bei den fraglichen Impfpäs-

* BGHSt 67, 147 = NJW 2023, 1973.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht (Prof. Dr. Christian Rückert) an der Universität Bayreuth.

¹ Beispielhaft in Bayern § 5 Abs. 1 Nr. 1 der 15. BayIfSMV.

² Aktuell (26.3.2024) beträgt die Impfquote der Grundimmunisierten gemessen an der Gesamtbevölkerung 78 %, vgl. die Tabelle des RKI, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Corona_virus/Daten/Impfquotenmonitoring.xlsx?__blob=publicationFile (31.3.2024).

³ Zur Strafbarkeit der Manipulation digitaler Corona-Impfbefreiungszertifikate Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (631 ff.).

⁴ Siehe Bettendorf/Kotsev/Siebert, Tagesspiegel v. 8.5.2021, abrufbar unter

<https://www.tagesspiegel.de/politik/falschung-von-impfpassen-kann-kaum-verhindert-werden-4249120.html> (31.3.2024).

⁵ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2021, S. 38 f., abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafverfolgung-2100300217004.pdf?__blob=publicationFile (31.3.2024).

⁶ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22 = BGHSt 67, 147 = NJW 2023, 1973 m. Anm. Pschorr = JR 2023, 560 m. Anm. Lorenz = JZ 2023, 673 m. Anm. Lichtenhäger = medstra 2023, 240 m. Anm. Gierok; Kanera, ZJS 2023, 931.

sen um Gesundheitszeugnisse im Sinne der Vorschrift. In der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung vom 13. November 1998⁷ setzte dies aber weiterhin voraus, dass eine Verwendung der Fälsficate bei einer Behörde oder einer Versicherung erfolgt, was bei Gebrauch in der Gastronomie oder in Apotheken nicht gegeben sei (hinzu kam noch, dass nicht A selbst die Fälsficate vorlegte⁸). Problematischer stellte sich hingegen die mögliche Verurteilung wegen Urkundenfälschung gem. § 267 StGB dar. Nach Ansicht des LG habe ihr zwar nicht entgegengestanden, dass es sich bei den Fälschungen um Urkunden handle. Doch sei § 277 StGB a.F. eine abschließende und den Täter privilegierende Sonderregelung, die einen Rückgriff auf das allgemeine Urkundenstrafrecht verbiete. Der hiermit befasste *Senat* sah dies anders und ließ einen Rückgriff auf § 267 StGB zu.

Im Vordergrund soll hier die rechtliche Kernfrage stehen, wie damit umzugehen ist, dass zwei Tatbestände sich in ihrem Anwendungsbereich überschneiden (gefälschter Impfpass als Gesundheitszeugnis und Urkunde gleichermaßen), der eine aber für den Täter günstiger ist, weil er – wie hier – nicht (in Gänze) tatbestandlich erfüllt ist. Anschließend stellt sich die Frage, ob in diesem Fall dann Strafflosigkeit eintritt oder ein Rückgriff auf den (grundsätzlich einschlägigen) anderen Tatbestand möglich bleibt. Die Besonderheit liegt hier darin, dass es sich um ein Verhältnis zwischen speziellerem und zugleich privilegierendem Tatbestand einerseits sowie allgemeinerem Tatbestand andererseits handelt. Der tatbestandliche Charakter einer Privilegierung im Strafrecht präsentiert sich – im Gegensatz zur Qualifikation – tätergünstig.

Um diese Ausstrahlung des Privilegierungsgedankens soll es im Folgenden gehen. Besonderes Augenmerk wird hierbei auf zwei Aspekte gelegt: Im Fokus steht einerseits der Privilegierungsgedanke im Strafrecht insoweit, als es um das Zusammentreffen der Anwendungsbereiche zweier Gesetze geht, von denen das eine das tätergünstigere ist. Zum anderen soll dies nicht abstrakt, sondern anhand der Besprechung eingangs erwähnter Entscheidung des BGH zu den Urkundendelikten veranschaulicht werden. Vor diesem Hintergrund werden die für das Urteil maßgeblichen Erwägungen und das Ergebnis (IV.) vor allem aus methodisch-inhaltlicher und verfassungsrechtlicher Sicht kritisch gewürdigt (V.). Zuvor sind jedoch grundsätzliche Gedanken zur Privilegierung bei Gesetzeskonkurrenz (III.) unentbehrlich.

⁷ BGBl. I 1998, S. 3332.

⁸ Das Vorzeigen der Impfpässe durch Dritte kann zwar grundsätzlich nach den Grundsätzen der Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft zugerechnet werden, regelmäßig wird es aber – wie in dem vom *Senat* entschiedenen Fall – an einem arbeitsteiligen Zusammenwirken (§ 25 Abs. 2 StGB) oder an einem gutgläubigen Tatmittler (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) fehlen, vgl. *Zieschang*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 277 Rn. 14; *Woelk*, *Täterschaft bei zweiaktigen Delikten*, 1994, S. 166; missverständlich *Heine/Schuster*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 10.

III. Zur privilegierenden Spezialität in der Konkurrenzlehre

Es lohnt sich zunächst, sich der konkurrenzrechtlichen Bedeutung eines (1.) spezielleren und (2.) privilegierenden Gesetzes zu vergegenwärtigen, wobei dies (3.) am Beispiel des § 277 StGB a.F. verdeutlicht wird.

1. Das „speziellere“ Gesetz

Spezialität im logischen⁹ bzw. formalen¹⁰ Sinne stellt einen Fall sog. unechter Gesetzeskonkurrenz, z.T. auch Gesetzes Einheit genannt,¹¹ dar. Sie liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift aufweist und sich nur dadurch von dieser unterscheidet, dass es wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den in Frage kommenden Sachverhalt unter einem genaueren Gesichtspunkt erfasst.¹² Hierunter fallen klassischerweise zusammengesetzte Delikte (z.B. § 249 StGB) im Verhältnis zu ihren einfachen Tatbeständen (z.B. §§ 242, 240 StGB) oder Qualifikationen (z.B. § 224 StGB) im Verhältnis zu ihren Grundtatbeständen (z.B. § 223 StGB). Dieses Verhältnis führt zu einem Vorrang der spezielleren Norm und wirkt zunächst allgemein in der Weise, dass der Verurteilung nur ein Strafgesetz (nämlich das speziellere) zugrunde gelegt wird und dass das verdrängte Gesetz nicht im Schuldspruch erscheint.¹³ Es handelt sich bei dieser Verdrängungswirkung sowohl um einen methodischen¹⁴ als auch um einen materiell-konkurrenzrechtlichen Grundsatz, der sich im Strafrecht darin zeigt, dass das verwirklichte Unrecht des allgemeinen Tatbestands im speziellen mit enthalten ist, und dass letzterer anderenfalls mangels eigenständigen Anwendungsbereichs sinnfrei wäre;¹⁵ dem Gesetzgeber darf unterstellt werden, dass er keine überflüssigen Tatbestände schaffen wollte.¹⁶ Nach h.M.¹⁷ dürfen die

⁹ *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 267; *F. Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 465.

¹⁰ *Wank/Maties*, *Die Auslegung von Gesetzen*, 7. Aufl. 2023, S. 102.

¹¹ Vgl. *Jäger*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 10. Aufl. 2024, Vor § 52 Rn. 76. *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 8), Vor § 52 Rn. 102; *Walter*, *JA* 2005, 468.

¹² *Geerds*, *Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz*, 1961, S. 193 m.w.N.; *Honig*, *Straflose Vor- und Nachtat*, 1978, S. 19, 113; heute st. Rspr., vgl. nur *BGH NJW* 1999, 1561; *BGH NJW* 2004, 1054.

¹³ *Rissing-van Saan*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vor § 52 Rn. 113; *Rönnau/Wegener*, *JuS* 2021, 17 (21).

¹⁴ *P. Bydlinski*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3. Aufl. 2018, S. 34; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl. 2021, S. 32; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 138.

¹⁵ *Puppe/Grosse-Wilde*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 52 ff. Rn. 8.

¹⁶ *F. Bydlinski* (Fn. 9), S. 444.

verdrängten Gesetze aber in der Strafzumessung berücksichtigt werden, sofern es sich um vom spezielleren Gesetz abweichende Umstände handelt.

2. Das „privilegierende“ Gesetz

Ein Vorrang kann sich aber auch kraft besonderen Regelungsgehalts des Rechtssatzes ergeben (Spezialität im weiteren Sinne).¹⁸ Hierzu zählen unter anderem die Fälle der Verengung eines tatbestandlichen Merkmals des spezielleren Gesetzes im Vergleich zum allgemeineren Gesetz (z.B. § 225 StGB im Verhältnis zu § 223 StGB).¹⁹ Daneben sind jene Gesetze spezieller, die eine „abschließende Sonderregelung“ für den betroffenen Anwendungsbereich regeln. Das ist etwa für § 370 AO im Verhältnis zu § 263 StGB²⁰ oder § 266b StGB im Verhältnis zu § 263 StGB²¹ der Fall. Schließlich sind Gesetze, denen im Vergleich zur allgemeineren Vorschrift privilegierende Wirkungen zu entnehmen sind, speziellere im konkurrenzrechtlichen Sinn.²² Wann, wo und ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung bestimmt werden. Die der Norm anhaftenden privilegierenden Wirkungen müssen sich nicht zwingend (wenn auch regelmäßig) in der Rechtsfolge (milderer Strafraumen) zeigen,²³ es kann sich auch etwa um Prozessvoraussetzungen handeln.²⁴ Für die Ermittlung einer Privilegierung maßgeblich ist der innere Gesamtzusammenhang der miteinander konkurrierenden Vorschriften, der gesetzgeberische Wille sowie der Zweck der Vorschrift.²⁵ Privilegierende Wirkungen des spezielleren Gesetzes können deshalb etwa in besonderen Irrtumsregelungen liegen (z.B. § 113 Abs. 3 und Abs. 4 StGB gegenüber § 240 StGB). Neben der allgemeinen Vorrangwirkung hat diese sog. privilegierende Spezialität den weiteren Effekt, dass ein Rückgriff – anders als in den Fällen sog. qualifizierender Spezialität²⁶ – auf das allgemeinere Gesetz ausge-

schlossen ist, weil anderenfalls die Privilegierung beseitigt würde,²⁷ es entfaltet insoweit „Sperrwirkung“.²⁸ Deshalb kann zwar eine Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB zugleich auch Mordmerkmale nach § 211 StGB verwirklichen.²⁹ Ein Rückgriff auf § 211 StGB verbietet sich aber, weil § 216 StGB gegenüber § 211 StGB privilegierend wirkt und Sperrwirkung entfaltet.³⁰ Diesen Fällen ist also gemein, dass der Gesetzgeber einem Rechtssatz abschließenden Charakter verliehen hat, weil er bestimmte Wertungen im Blick hatte und den Sachverhalt erschöpfend durch Sondervorschriften geregelt wissen wollte. Für den hiesigen Fall ist es diese Art der Spezialität, die Teil des konkurrenzrechtlichen Problems der Entscheidung des BGH war.

3. Zur Sperrwirkung des § 277 StGB a.F. aufgrund privilegierender Spezialität

Ein Blick auf den Tatbestand des § 277 StGB a.F. bringt Licht ins Dunkel und zeigt diejenigen Besonderheiten auf, die zum Konkurrenzverhältnis privilegierender Spezialität führen: Für jene Fälle, wie sie der *Senat* zu entscheiden hatte, ist erforderlich das unberechtigte Ausstellen eines – erstens – Gesundheitszeugnisses, von dem Gebrauch vor – zweitens – Behörden oder Versicherungen gemacht werden muss. Schließlich weist – drittens – § 267 StGB (im Unterschied zu § 277 StGB a.F.) besondere täterungünstige Regelungen in Abs. 3 und Abs. 4 StGB auf.

a) Gesundheitszeugnis als Tatobjekt und Deliktsstruktur des § 277 StGB a.F.

In § 277 StGB a.F. werden die möglichen Tatobjekte auf Gesundheitszeugnisse begrenzt. Zwar sind Impfpässe, die mit den oben genannten Angaben (II.) versehen werden, nach h.M. nicht nur als Gesundheitszeugnisse gem. § 277 StGB a.F.,³¹ sondern auch als unechte Urkunden nach § 267 StGB³²

¹⁷ BGH NJW 1964, 559 m.w.N.; *Jäger* (Fn. 11), Vor § 52 Rn. 118; a.A. v. *Heintschel-Heinegg*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 52 Rn. 30; *Puppe/Grosse-Wilde* (Fn. 15), Vor §§ 52 ff. Rn. 52.

¹⁸ *Larenz* (Fn. 9), S. 268 Fn. 28 mit Verweis auf *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934, S. 62 (betrifft freilich das Zivilrecht, ist aber entsprechend auf das Strafrecht übertragbar); *Vogel*, Juristische Methodik, 2018, S. 63 f.; *Möllers* (Fn. 14), § 5 Rn. 53 ff.; *Walter*, JA 2005, 468.

¹⁹ *Geppert*, Jura 2000, 651 (654); *Seher*, JuS 2004, 482.

²⁰ *Bülte*, in: Joecks/Jäger/Randt (Hrsg.), Steuerstrafrecht, Kommentar, 9. Aufl. 2023, AO § 370 Rn. 750.

²¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023 § 266b Rn. 9.

²² *Rissing-van Saan* (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 134.

²³ Vgl. nur den (inzwischen angeglichenen) Strafraumen in § 113 StGB und § 240 StGB. Ersterer enthält weiterhin Privilegierungswirkung, dazu *Singelstein/Puschke*, NJW 2011, 3474 (3475); a.A. *Fahl*, ZStW 124 (2012), 311 (322).

²⁴ v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 17), § 52 Rn. 41.

²⁵ BGH NJW 1972, 262 (263).

²⁶ Hierzu *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 11), Vor § 52 Rn. 140.

²⁷ *Rissing-van Saan* (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 134; *Geerds* (Fn. 12), S. 198 f.

²⁸ Monografisch *Seiler*, Die Sperrwirkung im Strafrecht, 2002.

²⁹ A.A. *Seiler* (Fn. 28), S. 71: In der Regel schlossen sich § 211 StGB und § 216 StGB tatbestandlich aus.

³⁰ BGHSt 2, 258, wobei der BGH diese Privilegierungsfunktion aus einer „Sonderdeliktseigenschaft“ des § 216 StGB folgert, hierzu *Seiler* (Fn. 28), S. 29 ff.; *Heger* (Fn. 21), Vor § 211 Rn. 24; a.A. hinsichtlich der Begründung *Herzberg*, JZ 2000, 1093. Dies gilt aufgrund des normativen Zusammenhangs zwischen Tötungsverlangen und Tat nur für den durch die qualifizierte Einwilligung zur Tötung motivierten Täter. Waren andere Motive bewusstseinsdominant bzw. handlungsleitend für die Tötung (z.B. Habgier), ist auf Mord zu erkennen, vgl. *Safferling*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 216 Rn. 26.

³¹ *Erb*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 2. Vertiefend *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (406 ff.); siehe auch *Schmuck/Kothen/Hecken*, NJOZ 2021, 193 (194); *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (482).

zu qualifizieren. Allerdings kommt bei § 277 StGB a.F. die Besonderheit hinzu, dass für die Vollendung zur Fälschungshandlung ein Gebrauchmachen hinzutreten muss, es handelt sich um ein sog. zweiaktiges Delikt.³³ Für § 267 StGB hingegen führt schon der jeweilige Fälschungsakt für sich genommen zur Vollendung. Was die Frage der Sperrwirkung betrifft, sehen viele Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion damit einhergehende Widersprüche in folgenden Fallkonstellationen: Der Täter legt nach Herstellung eines unechten Gesundheitszeugnisses dieses gar nicht erst bei einer Behörde oder einer Versicherung vor (Variante 1) oder er tut dies nur gegenüber Privatpersonen (Variante 2).

Lehnt man eine Sperrwirkung in Variante 1 ab, mütet höchst seltsam an, dass das bloße Fälschen eines Gesundheitszeugnisses schwerer bestraft würde (§ 267 StGB) als das Fälschen und die anschließende Vorlage (§ 277 StGB a.F.), verwirkliche der Täter doch ein „Mehr an Unrecht“ durch den anschließenden Gebrauch. Damit drohten die tatbestandlichen Grenzen des § 277 StGB a.F. dadurch unterlaufen zu werden, dass es bei isolierter Herstellung nicht mehr auf den anschließenden Gebrauch ankäme, wenn § 267 StGB regelmäßig anwendbar und miterfüllt wäre. Dies sei ein deutlicher Wertungswiderspruch.³⁴ Hiergegen wird z.T. als Lösung eine eingeschränkte Privilegierungswirkung des § 277 StGB a.F. vorgeschlagen: Diejenigen unechten Gesundheitszeugnisse, die ihrer Bestimmung nach zur Vorlage bei Behörden und Versicherungen hergestellt wurden, fielen sehr wohl unter § 277 StGB a.F. und würden einen Rückgriff auf § 267 StGB sperren.³⁵

³² *Schmuck/Kother/Hecken*, NJOZ 2022, 193; *Wolf*, ZfStw 2/2022, 146 (153); *Schmidhäuser*, medstra 2022, 21 (24): „zusammengesetzte Urkunde“; ähnlich auch *Krüger/Sy*, GesR 2021, 626 (628); *Gaede/Krüger*, NJW 2021, 2159 (2163). Sehr künstlich aufspaltend OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 WS 114/22 = COVuR 2022, 179 (180), das in den hergestellten Impfpässen neben einem Gesundheitszeugnis auch davon zu trennende Gedankenerklärungen im Sinne des Urkundenbegriffs erblickt. Dagegen zu Recht OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.7.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22 = BeckRS 2022, 18816 Rn. 17 f., und *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (409).

³³ *Zieschang* (Fn. 8), § 277 Rn. 8; *Puppe/Schumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 10; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 277 Rn. 3.

³⁴ OLG Bamberg, Beschl. v. 17.1.2022 – 1 Ws 732-733/21 = NJW 2022, 556 (558); *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (138 Fn. 6); *ders.*, JZ 2023, 673 (674).

³⁵ OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (182 f.); ihm folgend OLG Celle, Urt. v. 31.5.2022 – 1 Ss 6/22 = NJW 2022, 2054 (2056); OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 Ws 33/22 = StV 2022, 397 (399); ebenso OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 51. Dem krit. gegenüber *Lorenz*, JR 2022, 545 (551); *ders./Rehberger* ZfL 2022, 399 (426 f.); *Pschorr*, MedR 2022, 1026 (1028).

b) Vorlage bei Behörden und Versicherungen (Beweisadressaten)

Nun zu Variante 2: Gebraucht ein Täter das Gesundheitszeugnis zur Vorlage bei privaten Dritten, scheidet die Anwendung des § 277 StGB a.F. am Adressatenkreis, der eine Täuschung vor Behörden und Versicherungen erfordert. Ein möglicher Rückgriff auf § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB führt bei vielen häufig zu Unbehagen, stelle man doch damit gleichsam fest, dass der Gebrauch von Gesundheitszeugnissen vor Privaten härter bestraft würde als vor Behörden, wofür kein vernünftiger Sachgrund zu erkennen sei. Nimmt man hingegen eine Sperrwirkung des § 277 StGB a.F. aufgrund des spezielleren Tatobjekts „Gesundheitszeugnis“ an, tritt Straflösigkeit ein. Dies aber sei nach einer Ansicht nicht weniger absurd, weil nicht wirklich einzuleuchten vermag, warum die Herstellung unechter Gesundheitszeugnisse zur Täuschung von Privatpersonen im Rechtsverkehr straflos, die Herstellung beliebiger anderer Urkunden zu Täuschungszwecken gegenüber selbigen hingegen mit Strafe belegt sei.³⁶

Im Übrigen habe dies – und damit gehe mindestens ein weiterer (hier dritter) Wertungswiderspruch einher – zur Folge, dass der Täter für die Begehung weiteren kriminellen Unrechts belohnt werde: Den Täter, der „nur“ im Sinne des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB eine unechte Urkunde herstellt, erwartet die schärfere, im Vergleich zu § 277 StGB a.F. fünfmal höhere, Strafe. Entschließt sich der Täter jedoch, die Urkunde, die zugleich ein Gesundheitszeugnis ist, vor Versicherungen und Behörden zu gebrauchen, mildert er – erkennt man die Sperrwirkung an – seinen Strafraum hin zu dem für ihn günstigeren aus § 277 StGB a.F. Letztlich würde er so zur weiteren Begehung kriminellen Unrechts motiviert.³⁷

c) Versuchsstrafbarkeit und strafschärfende Regelungen in § 267 StGB

Besonders zu Tage tretende Unterschiede zeigen sich in der in § 267 Abs. 2 StGB ausdrücklich geregelten Versuchsstrafbarkeit und den Regelungen zu besonders schweren Fällen und zu Qualifikationen (§ 267 Abs. 3 und Abs. 4 StGB). Dies alles lässt § 277 StGB a.F. vermissen. Es wird sich nicht wirklich leugnen lassen, dass zumindest hierin klare Privilegierungen liegen, die eine Besserstellung des Täters aus § 277 StGB a.F. erkennen lassen.

d) Zwischenfazit

Das Verhältnis dieser Normen zueinander ist Gegenstand einer umfassenden rechtswissenschaftlichen Diskussion ge-

³⁶ *Puppe/Schumann* (Fn. 33), § 277 Rn. 13; in der Sache auch *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483).

³⁷ Hierzu *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (423, 425): „Tatanzreiz“, und *Lorenz*, JR 2022, 545 (550), der zutreffend (und wohlwissend, dass der Versuch i.R.d. § 277 StGB a.F. freilich nicht strafbar ist) darauf hinweist, dass das Gesetz ein „Weniger an Tatbegehung“ doch in der Regel belohne, vgl. die Wertung aus § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483).

worden. Während die h.M.³⁸ eine Sperrwirkung bejaht hat – innerhalb dieser z.T.³⁹ einschränkend über die Zweckbestimmung des Gesundheitszeugnisses –, lehnen andere⁴⁰ eine solche ab und wenden § 267 StGB – ggf. neben § 277 StGB a.F. – an. Teilweise⁴¹ wird auf Rechtsfolgenseite der richtige Weg für dieses Dilemma gesehen, was in concreto bedeutet: Der Anwendung des § 267 StGB soll bei tatbestandlicher Nichterfüllung des § 277 StGB a.F. nichts entgegenstehen, allerdings sei der mildere Strafrahmen aus letzterem zu ent-

nehmen, um Wertungswidersprüche (siehe oben a) und b) zu vermeiden.

IV. Entscheidung des Senats

Der BGH hat diesem Streit nunmehr ein Ende gesetzt: § 277 StGB a.F. stehe zu § 267 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität. Die für das Urteil⁴² maßgeblichen Gründe sind folgende:

1. Kein Fall des § 277 StGB a.F.

Noch recht eindeutig war eine Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. für A zu verneinen.

Bei den von A manipulierten Impfpässen, die eine Impfung gegen SARS-CoV-2 durch einen (vermeintlichen) Arzt bescheinigen und die eine Zuordnung zur geimpften Person erkennen lassen, handele es sich – analog zur Urkundendogmatik – zwar um „zusammengesetzte Gesundheitszeugnisse“.⁴³

Indem A diese Impfpässe mit nachgeahmten oder erfundenen Unterschriften versah, täuschte er zwar nicht unter eigenem Namen sowie unter (in Wahrheit nicht gegebener) medizinischer Qualifikation, sehr wohl aber unter dem Namen einer approbierten Medizinalperson, mithin über die Identität einer (auch nur vermeintlich existierenden) Person, die den Anschein der medizinischen Qualifikation weckt. Dies sei ein Ausstellen eines unechten Gesundheitszeugnisses im Sinne des § 277 Var. 2 StGB a.F.⁴⁴

Weil A die manipulierten Impfpässe aber nicht bei einer Behörde oder einer Versicherung vorlegte, scheitere § 277 Var. 2 StGB a.F. am zweiten Akt. Die Vorlage durch Dritte sei zwar grundsätzlich denkbar, hierfür sei aber auch der (hier nicht gegebene) Vorsatz des A notwendig. Die Vorlage gegenüber Apotheken scheidet mangels Behördeneigenschaft aus, die mittelbare Vorlage durch Übermittlung gegenüber dem Robert-Koch-Institut sei kein Gebrauchmachen, weil dieses ein Verbringen des Gesundheitszeugnisses in den Machtbereich der Behörde mit der Möglichkeit sinnlicher Wahrnehmung voraussetze; hieran fehle es, weil dem Robert-Koch-Institut durch die Apotheke lediglich personenbezogene Daten aus dem Impfpass elektronisch übermittelt würden (vgl. § 22 Abs. 5 IfSG a.F.), nicht jedoch der Impfpass als solcher.⁴⁵

2. Keine privilegierende Spezialität des § 277 StGB a.F. mit Sperrwirkung im Verhältnis zu § 267 StGB

Gleichwohl bleibe aber Raum für eine Strafbarkeit aus § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB wegen Herstellens einer unechten Urkunde, insbesondere seien die manipulierten Impfpässe zu-

³⁸ Früh schon RGSt 6, 1 (2); 31, 296 (298); aus der heutigen Rspr. OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557); BayObLG, Beschl. v. 3.6.2022 – 207 StRR 155/22 = StV 2023, 21 (22 ff.); LG Osnabrück, Beschl. v. 26.10.2021 – 3 Qs 38/21 = BeckRS 2021, 32733 Rn. 6 ff. m. Anm. Schrott, JZ 2022, 313, und Lorenz/Rehberger, MedR 2022, 40 (41 f.); aus der Lit. Zieschang (Fn. 8), § 277 Rn. 16; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 4 f.; Heine/Schuster (Fn. 8), § 277 Rn. 12; Maier, in: Matt/Renzikowski (Fn. 30), § 277 Rn. 14; Wittig, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 277 Rn. 10; Erb (Fn. 31), § 277 Rn. 9, 11; Lorenz/Oğlakcioğlu, in: Kießling (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2022, § 74 Rn. 8a; Schuhr, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, Kommentar, StGB § 267 Rn. 47; Gierok/Teubner, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Strafrecht der Medizin, 2022, § 11 Rn. 18; Puschke, in: Hilgendorf/Valerius/Kudlich (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 42 Rn. 105; Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (629) – ohne eindeutige Positionierung; Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2163); Lorenz, medstra 2021, 210 (212); Zieschang, ZIS 2021, 481 (483); Erb, NStZ 2022, 742 (743); Lichtenhäler, NStZ 2022, 138; Lorenz/Rehberger, NJW 2022, 1295 (1297); Wolf, ZfISw 2/2022, 146 (155).

³⁹ OLG Hamburg COVuR 2022, 179; sich diesem anschließend OLG Schleswig, Beschl. v. 31.3.2022 – 1 Ws 19/22 = StV 2023, 26; OLG Celle NJW 2022, 2054; OLG Stuttgart StV 2022, 397; ebenso OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 m. abl. Anm. Pschorr, MedR 2022, 1026, das daher dem BGH (I. Strafsenat) die Frage vorgelegt hat. Die Entscheidungserheblichkeit dieser Vorlagefrage ist nachträglich weggefallen, weil sich der I. Strafsenat zuvor mit Urte. v. 12.7.2023 – 1 StR 260/22 = BeckRS 2023, 19471 dem hiesigen Urteil des 5. Strafsenats angeschlossen hat, vgl. BGH Beschl. v. 13.7.2023 – 1 StR 286/22 = BeckRS 2023, 19481.

⁴⁰ Vgl. aus der Rspr. die Nachweise in Fn. 39, soweit die dortige Einschränkung über die Zweckbestimmung nicht greift; im Übrigen etwa Puppe/Schumann (Fn. 33), § 277 Rn. 13; Rau, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl. 2021, § 23 Rn. 62b; Dastis, HRRS 2021, 456 (458 ff.); Kreuzer, JR 2022, 166 (169); Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (25 ff.).

⁴¹ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 277 Rn. 11; Maier (Fn. 38), § 277 Rn. 12; Jahn, JuS 2022, 178 (179); Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (27).

⁴² BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22. Aus Gründen des Umfangs wird hier und im Folgenden auf die ausführliche und wörtliche Wiedergabe der Entscheidungsgründe verzichtet.

⁴³ BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 16 f.

⁴⁴ BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 22–24.

⁴⁵ BGH, Urte. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 25–33.

sammengesetzte unechte Urkunden.⁴⁶ Soweit sich das LG Hamburg an einer Verurteilung aus Rechtsgründen, namentlich aus solchen einer Sperrwirkung des § 277 StGB a.F., gehindert sah, trat dem der *Senat* nach ausführlicher Auslegung der Vorschriften entgegen: § 277 StGB a.F. stehe zu § 267 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität. Es handele sich bei den fraglichen Vorschriften um zwei Tatbestände, die nebeneinanderstünden und trotz gemeinsamer Unrechtselemente verschiedene, jeweils als strafwürdig erachtete Handlungen erfassten.⁴⁷

a) Wortlaut

Bereits dem Wortlaut sei eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen. Hätte der Gesetzgeber einen Anwendungsvorhang gewollt, hätte er ihn im Wortlaut verankert. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der Annahme einer Privilegierung um einen rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall handele.⁴⁸

b) Systematik

Dagegen spreche der systematische Zusammenhang gegen ein konkurrenzrechtliches Verhältnis privilegierender Natur:

aa) Zweiaktivität des § 277 StGB vs. Einaktivität des § 267 StGB

Schon der Vergleich der Deliktsstruktur der Tatbestände zeige die Verschiedenheit der Vorschriften. Während § 277 StGB a.F. als zweiaktiges Tatgeschehen ausgestaltet sei, genüge für die Urkundenfälschung schon eine der Begehungsvarianten des § 267 Abs. 1 StGB. Der zur Fälschungshandlung hinzutretende Gebrauch in § 277 StGB a.F., der zugleich strafrechtlich selbständig in §§ 278, 279 StGB a.F. geregelt wurde, steigere den Unrechtsgehalt, da der Täter damit immerhin stets zwei Begehungsvarianten des § 267 Abs. 1 StGB verwirkliche. Dies sei schwerlich mit der Annahme vereinbar, dass der zweiaktige Tatbestand das Geschehen nur noch unter spezielleren Gesichtspunkten als der andere erfasse und deswegen den Täter privilegiere. Für eine mildere Bestrafung aus § 277 StGB a.F. streite demnach nichts.⁴⁹

bb) Die Regelungen zur schriftlichen Lüge und die Schutzrichtung der §§ 277 ff. StGB a.F.

Dass es sich um verschiedenartige Vorschriften handele, werde zudem durch die Regelungen zur Strafbarkeit der schriftlichen Lüge gestützt: § 277 Var. 1 StGB a.F. und der in den §§ 278, 279 StGB a.F. eigens geregelte Gebrauch stellten – im Unterschied zu den allein dem Echtheitsschutz dienenden §§ 267 ff. StGB – die schriftliche Lüge unter Strafe. Der Gesetzgeber gebe damit zum Ausdruck, dass er den Umgang mit nicht vertrauenswürdigen Gesundheitszeugnissen umfassender geschützt wissen wolle, als es bei allgemeinen Urkunden der Fall sei. Was den Schutzzweck der Vorschriften

angeht, attestiert der *Senat* § 277 StGB a.F. eine andere Schutzrichtung als § 267 StGB: Weil die Begehungsvarianten in Var. 2 und Var. 3 nicht nur eine Täuschung über die Identität, sondern darüber hinaus eine solche über eine besondere Qualifikation erforderten, die Var. 1 trotz Handelns in eigenem Namen eine Identitätstäuschung mit besonderen Anforderungen voraussetze, müsse § 277 StGB a.F. einen von § 267 StGB abweichenden Schutz als den der Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs bezwecken. Anderenfalls hätte es dieser zusätzlichen Merkmale über die Qualifikation nicht bedurft. In einer Rechtsordnung, in der der Berufszweig der Ärzte und Medizinalpersonen immerhin besonderes Vertrauen genieße, könne nicht derjenige privilegiert werden, der über dieses zusätzliche Merkmal täusche.⁵⁰

cc) Das übrige Normgefüge

Nicht zuletzt weist der *Senat* darauf hin, dass auch das Normgefüge um § 277 StGB a.F. herum keine Zeichen für eine Privilegierung erkennen lasse. Hätte der Gesetzgeber eine Privilegierung gewollt, hätte er diese umfassender geregelt. So fehle es etwa an einer entsprechenden Sonderregelung in § 274 Abs. 1 StGB (Urkundenunterdrückung).⁵¹

dd) Die Bedeutung für den Rechtsverkehr

Schließlich führt der *Senat* an, dass es wertungsmäßig nicht wirklich einleuchte, warum die Fälschung von Tiergesundheitszeugnissen und Totenscheinen (die – anders als Gesundheitszeugnisse über Menschen – keine selbständige Regelung erfahren hat) unstrittig nach § 267 StGB (mit seinem härteren Strafraumen) bestraft würde, die Fälschung von Gesundheitszeugnissen eines Menschen in Fällen wie diesen hingegen straflos bleibe. Die Bedeutung letzterer sei im Rechtsverkehr höher zu bemessen.⁵²

c) Sinn und Zweck

Auch der Zweck der Vorschriften lasse eine andere Interpretation nicht zu. Während § 267 StGB der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs diene, liege der Sinn des § 277 StGB a.F. aufgrund der vorstehenden Erwägungen vielmehr in der Sicherung der Beweiskraft ärztlicher Zeugnisse für Behörden und Versicherungsgesellschaften, insbesondere im Schutz vor einem Missbrauch des Vertrauens in die Integrität medizinischer Dokumente.⁵³

d) Historie

Besonderes Augenmerk widmete der *Senat* der historischen Auslegung: Die Vorläuferregelungen gingen auf das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten zurück (PrStGB), in dem § 247 PrStGB (einfache Urkundenfälschung) noch als zweiaktiges Delikt ausgestaltet gewesen sei, insbesondere fielen ärztliche Rezepte und Gesundheitszeugnisse nicht unter den damals herrschenden (engeren) Urkundenbegriff.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 35–37.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 50.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 51.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 53–56.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 56–58.

⁵¹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 63.

⁵² BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 64.

⁵³ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 65 f.

Deshalb sei ihre fälschende Ausstellung und der nachfolgende Gebrauch in § 256 PrStGB gesondert erfasst worden. Insgesamt folgert der BGH daraus, dass die Delikte schon seinerzeit nebeneinandergestanden hätten. Während der Reichsstrafgesetzgeber mit der Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich⁵⁴ (RStGB) die Vorschrift der Urkundenfälschung noch weiter ausgedehnt habe, indem er auf die Gewinnerzielungs- oder Schädigungsabsicht verzichtete⁵⁵ (§ 267 RStGB), in der Folgezeit den Tatbestand sogar von einem zweiaktigen zu einem einaktigen Delikt mit überschießender Innentendenz umgestaltete,⁵⁶ habe er die Vorschrift des § 256 PrStGB praktisch unberührt gelassen und diese ohne wesentliche Änderungen in § 277 StGB a.F. übernommen. Im Wesentlichen seien es diese Änderungen der Urkundenfälschung also, die erkennen ließen, dass der Gesetzgeber den Kreis strafbaren Verhaltens erweitern wollte. Die damit verbundenen Überschneidungsbereiche und die nicht mehr konsistente Bewertung der Strafwürdigkeit führten nicht zur Annahme einer Norm mit privilegierendem Charakter. Auch der im Jahr 1962 geäußerte Wunsch der damaligen Regierung nach der Streichung des § 277 StGB a.F. und der Einführung eines § 309 StGB-E,⁵⁷ dem der Gesetzgeber nicht nachgekommen ist, lasse nicht zwingend eine andere Interpretation zu. Die fehlende Umsetzung könne vielmehr so verstanden werden, dass mangels Strafbarkeitslücke gerade keine Notwendigkeit zur Streichung bestanden habe. Dem nunmehr mit Wirkung zum 24.11.2021 eingeführten Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite,⁵⁸ in dem § 277 StGB a.F. grundlegend überarbeitet worden ist und mit einer Subsidiaritätsklausel versehen wurde, sei nur deklaratorische Bedeutung dahingehend beizumessen, dass der Gesetzgeber nicht von einer Sperrwirkung ausgegangen sei. Daher lasse sich kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers für eine privilegierende Spezialität entnehmen.⁵⁹

e) Sonstige Aspekte

Zum hier unter III. 3. a) aufgezeigten Wertungswiderspruch nimmt der *Senat* kurz Stellung: dieser bestünde nur dann, wenn man bei Teilerfüllung des § 277 StGB a.F. eine Privilegierung ablehne und diese nur bei vollständiger Erfüllung annehme. Soweit aber eine privilegierende Spezialität ohnehin nicht in Betracht komme, sei ein Gleichlauf der Bestrafung des isolierten Herstellers eines unechten Gesundheitszeugnisses mit derjenigen eines Verwenders sichergestellt: Es

greife hier wie dort § 267 StGB. Dass durch diese Auslegung § 277 StGB a.F. (von § 277 Var. 1 StGB a.F. abgesehen) keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr hat, erkennt auch der *Senat*, macht hierfür aber den Gesetzgeber verantwortlich, dieser habe § 267 StGB stetig ausgeweitet und die Vorschrift zu einem einaktigen Delikt mit überschießender Innentendenz umgestaltet.⁶⁰

Unabhängig hiervon merkt der *Senat* an, dass sich ein Konkurrenzverhältnis der in Rede stehenden Art nur dann ergeben könne, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen auch erfüllt seien, im Übrigen gelange das allgemeine Gesetz zur Anwendung.⁶¹

V. Würdigung

Die Ablehnung privilegierender Spezialität erfolgte zu Unrecht. Die Auffassung des BGH kann im Ergebnis nicht überzeugen (1.). Insbesondere entfaltet § 277 StGB a.F. richtigerweise auch dann privilegierende Sperrwirkung, wenn die Tatbestandsmerkmale nicht vollständig erfüllt sind (2.). Die Annahme privilegierender Spezialität ist im Übrigen auch verfassungsrechtlich geboten (3.).

1. Auslegungsmethodische Argumente

Zunächst sei das Augenmerk auf die im Wege der Auslegung gewonnenen Gründe gerichtet:

a) Wortlaut

Wenig ergiebig ist das Wortlautargument des BGH (IV. 2. a), der Gesetzgeber hätte eine Privilegierung geregelt, wenn er denn eine gewollt hätte. Wäre dies maßgeblich, so müsste man auch an anderen Stellen – etwa in § 216 StGB – hierüber nachdenken, immerhin lässt auch jene Vorschrift einen ausdrücklichen Hinweis vermissen. Dass man dort die Privilegierung nicht in Frage stellt, ist allgemein bekannt. Sie ist der besonderen normativen Konfliktsituation geschuldet (Opfer bestimmt den Täter zum Töten durch ausdrückliches und ernstliches Verlangen). Zu diesem Ergebnis gelangt man über eine den Wortlaut hinausgehende weitergehende Interpretation der Vorschriften. Argumente der Art „dann hätte dies der Gesetzgeber entsprechend im Wortlaut verankert“ o.Ä. führen generell nicht weiter. Denn nur, weil der Gesetzgeber es versäumt hat, etwas besser zu machen, ist über die Vorschrift, so wie sie in der jetzigen Fassung Gesetz geworden ist, nichts ausgesagt.⁶² Dass es sich bei einer Privilegierung um einen rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall handelt, belegt der BGH nicht wirklich.⁶³ Vielmehr gilt mit Blick auf Art. 103

⁵⁴ RGBl. 1871, S. 127.

⁵⁵ RGBl. 1871, S. 178.

⁵⁶ RGBl. I 1943, S. 339 (341).

⁵⁷ BT-Drs. IV/650, S. 61, 486.

⁵⁸ BGBl. I 2021, S. 4906 (4910). Zur Reform *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2021, 343; *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138; *Gäde/Krüger*, medstra 2022, 13; *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (431 ff.); *Psychorr*, StraFo 2022, 135; *Wolf*, ZfStw 2/2022, 146 (166 ff.); *Zieschang*, ZfStw 2/2022, 140.

⁵⁹ Ausführlich BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 67–82.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 83–85.

⁶¹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60, 87.

⁶² Zu Recht *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, S. 73 ff., 76.

⁶³ Der Verweis des BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 47, 51, auf die dort in Bezug genommene Rspr. (BGHSt 63, 228 = NJW 2019, 1311 [1315 Rn. 50 ff.]; BGHSt 31, 380 [381] = NJW 1983, 2152) geht fehl. Dort wird sich gerade nicht dazu verhalten, *ob* bzw. *warum* eine Privilegierung einer besonderen *Rechtfertigung* bedürfe oder einen *Ausnah-*

Abs. 2 GG umgekehrt: Die Regelung einer Strafbarkeit ist ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff. Und nur, weil der Gesetzgeber an anderer Stelle etwas ungeregt ließ, darf dies nicht automatisch zur Verweigerung der Gewährung einer bestehenden (!) Regelung mit privilegierendem Charakter mindestens bzgl. ihrer Rechtsfolge führen, anderenfalls wirkt sich gerade die Nichtregelung eines Umstands zu Lasten des Bürgers aus, was erkennbar dem Bestimmtheitsgrundsatz zuwiderläuft.

b) Systematik

Interessanter sind die Ausführungen zur Systematik:

Sich aufgrund der Deliktsstruktur (IV. 2. b) aa) – einaktige (§ 267 StGB) vs. zweiaktige (§ 277 StGB a.F.) Begehungsweise – gegen ein Verhältnis privilegierender Spezialität auszusprechen, kann nicht überzeugen. Die Frage, ob ein Tatbestand „nur noch unter spezielleren Gesichtspunkten“ einen Sachverhalt erfasst, muss ja gerade nicht zwingend zu einer Privilegierung führen (siehe nur Qualifikationen im Verhältnis zu ihren Grundtatbeständen).⁶⁴ Der *Senat* sieht im hinzutretenden Gebrauch aus § 277 StGB a.F. – im Verhältnis zu § 267 StGB – einen unrechtserhöhenden Aspekt und versteht den Tatbestand daher als ganzen nicht privilegierend. Doch verkennt er dabei, dass sich diese Merkmale (Gesundheitszeugnis; Gebrauch vor den jeweiligen Beweisadressaten) tatbestandseinengend auswirken und unter anderem hierin ihre Privilegierung zu sehen ist. Es geht also letztlich um die Unterscheidung speziellerer Gesetze im engeren und weiteren Sinne.⁶⁵

Soweit der *Senat* zudem dem Gesetzgeber den Willen entnimmt, aufgrund der Regelung zur schriftlichen Lüge in § 277 Var. 1 StGB a.F. (IV. 2. b) bb) eine ganz andere Schutzrichtung einzuschlagen bestrebt zu sein, kann dies nicht auf – für den hier in Rede stehenden Fall des – § 277 Var. 2 StGB a.F. übertragen werden,⁶⁶ denn hier decken sich die Schutzzwecke der Normen eindeutig, zumal es sich um einen Spezialfall des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB handelt (was

der *Senat* selbst erkennt⁶⁷). Das will der BGH freilich bestreiten, soweit er hier ergänzend darauf abstellt, dass nicht nur eine Täuschung über die Identität, sondern darüber hinaus eine solche über eine besondere Qualifikation zur Voraussetzung des § 277 StGB a.F. gemacht wird („Qualifikationstäuschung“). Aber auch das beweist nicht einen anderen Schutzgehalt. Denn hier wie dort wird einem anderen – und sei es auch einem Arzt oder einer anderen Medizinalperson – eine Erklärung zugeschoben, die nicht von ihm stammt. Es handelt sich vielmehr um Echtheitsschutz der Art, dass der Anschein einer Erklärung ärztlichen Ursprungs geweckt werden soll, obwohl dies nicht zutrifft (insoweit sog. Echtheitsschutz im weiten Sinne⁶⁸). Dass – selbst in § 277 Var. 1 StGB a.F. – die inhaltliche Richtigkeit des Gesundheitszeugnisses keine Rolle spielt, zeigt, dass es sich in der Sache um die (bloße) Anmaßung einer Qualifikation handelt, mit der die Annahme eines Echtheitsschutzes im weiten Sinne aber vereinbar und ein Gleichlauf der Schutzrichtung gewährleistet ist.⁶⁹ Deshalb bewegen sich auch die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand entsprechend: Die Täuschungsabsicht in § 277 StGB a.F. braucht sich nicht auf die Richtigkeit des Gesundheitszustands beziehen, ausreichend ist auch hier der Bezug zur Echtheit des Gesundheitszustands.⁷⁰

Das hängt auch eng mit den übrigen Erwägungen zur Schutzrichtung (IV. 2. b) bb) und zum Sinn und Zweck (IV. 2. c) zusammen: Selbst bei vollständiger Erfüllung des § 277 StGB a.F. kann man zumindest nicht zweifelsfrei davon ausgehen, dass der hinzutretende Gebrauch das Unrecht der dem Schutz der Sicherung der Beweiskraft ärztlicher Zeugnisse für Behörden und Versicherungsgesellschaften dienenden §§ 277 ff. StGB a.F. zu steigern geeignet ist oder vertiefen soll. Wie der BGH selbst in der Geschichte zu § 267 StGB skizziert,⁷¹ hat sich der Reichsgesetzgeber für eine Streichung des Gebrauchs des ursprünglich zweiaktigen § 267 StGB entschieden, unter anderem deshalb, weil der Schwerpunkt des Unrechts im Fälschen liege.⁷² Deshalb ist eine Interpretation derart, der Gebrauch vermöge das Unrecht zu steigern, sicher nicht zwingend. Auch heute muss man sich zur Unrechtsdimension nur die praktischen Fälle vor Augen führen, um zumindest zu versuchen,⁷³ die mildere Strafe zu verste-

mefall darstelle (BGHSt 63, 228 beschränkt sich auf die Feststellung, dass zwischen § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 259 Abs. 1 StGB aufgrund ihres unterschiedlichen Deliktscharakters kein Verhältnis privilegierender Spezialität besteht; ähnlich auch BGHSt 31, 380 für das Verhältnis zwischen § 148 Abs. 1 StGB und § 263 StGB). Unabhängig davon mutet es – gerade im Strafrecht – seltsam an, bei Unsicherheiten Gesetzeslücken betreffend vom härteren Fall (Ablehnung der Privilegierung) auszugehen. Vielmehr zeigt die Wertung des § 2 Abs. 3 StGB, dass das mildere Gesetz zu Anwendung kommt. Das muss nicht nur für das Verhältnis von § 277 StGB n.F. zu § 277 StGB a.F. gelten, sondern auch für § 277 StGB a.F. zu § 267 StGB, siehe auch *Esser*, in: *Saliger/Tsambikakis* (Fn. 38), § 20 Rn. 464 a.E.

⁶⁴ Vgl. aber BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 54: „... und deswegen den Täter privilegieren soll [...]“ (*Her vorhebung durch Verf.*).

⁶⁵ Hierzu unter III. 1. und 2.

⁶⁶ In dem Sinne auch *Kanera*, ZJS 2023, 931 (936).

⁶⁷ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 21.

⁶⁸ Zutreffend *Zieschang* (Fn. 8), § 277 Rn. 1.

⁶⁹ *Zieschang*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 277 Rn. 8.

⁷⁰ *Wittig* (Fn. 38) § 277 Rn. 8; *Erb* (Fn. 31), § 277 Rn. 10.

⁷¹ BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 75.

⁷² Zur Geschichte des § 267 StGB *Zieschang* (Fn. 69), Entstehungsgeschichte § 267. Nicht zu vorschnell sollte eingewandt werden, es handle sich um NS-Strafgesetzgebung. Denn schon vor der NS-Zeit wurden Rufe nach einer Streichung des Gebrauchs laut, vgl. *Zieschang* (a.a.O.).

⁷³ Damit möchte sich der *Verf.* nicht zwingend für die eine oder andere Seite aussprechen, doch muss bei der Auslegung von Strafnormen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen Vorsicht an den Tag gelegt und Raum für andere Interpretationen gelassen werden (dazu unter 3.).

hen: Gebraucht werden Gesundheitszeugnisse bei Behörden, wenn es z.B. um die Einstellung (etwa im Beamtentum) geht; zu Behörden zählen auch Gerichte, das heißt dort fungieren sie bspw. als Beweismittel. Für Versicherungen spielen sie in der Regel für die Begründung eines Versicherungsverhältnisses oder die Inanspruchnahme einer Versicherungsleistung eine Rolle. Diese Fälle haben gemeinsam, dass es hier regelmäßig um wichtige, teilweise existenzielle Fragen für den Täter geht. Gesundheitszeugnisse vermögen gerade dort Beweis zu erbringen (Beweiseignung und Beweisbestimmung). Damit geht sehr wohl ein „Über-Unter-Ordnungsverhältnis“ bzw. eine faktische Zwangssituation einher.⁷⁴ Den Beweisadressaten stehen oftmals noch weitere Erkenntnismöglichkeiten den Gesundheitszustand betreffend offen (so etwa dem Gericht im Prozess). Für Versicherungen muss das nicht zwingend (von Anfang an) gelten, doch herrscht auf der anderen Seite z.B. kein Kontrahierungszwang für private Krankenversicherungen (mit Ausnahme des Basistarifs, da sich dieser nicht über risikogerechte Beiträge finanziert; deshalb erfolgt dort aber auch in der Regel keine Gesundheitsprüfung) bzw. bleibt die Ablehnung im Leistungsfall weiterhin möglich – das hierdurch entstandene Prozessrisiko eröffnet wiederum auch für die Versicherung weitere Beweismöglichkeiten, sobald der Verdacht eines Falsifikats im Raum steht. Im milderen Strafrahmen mag man aufgrund dieser Umstände einen Ausdruck von mehr Nachsicht erblicken. Dass es dafür, wie häufig eingewandt wird, keine empirischen Belege gebe, mag zwar sein. Diese muss der Gesetzgeber in den Grenzen seines verfassungsrechtlich eingeräumten Beurteilungs- und Entschließungsspielraums auch nicht liefern, wenn er sich für einen bestimmten Strafrahmen ausspricht.

Soweit der BGH im Weiteren argumentiert, § 277 Var. 2 und Var. 3 StGB a.F., die – wie § 267 Abs. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB – eine Identitätstäuschung erfordern, könnten nicht dem Schutz der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden dienen, anderenfalls hätte es der Regelung des § 277 StGB a.F. nicht bedurft, kann auch dem nicht beigeplant werden. Gerade die Existenz der Regelung ist es doch, die für einen abschließend geregelten Sonderfall spricht, für den der Gesetzgeber nicht die harte Strafe aus § 267 StGB gewollt haben kann.⁷⁵ Wenn dem tatsächlich so wäre, hätte er es doch ähnlich wie mit dem Kennzeichenmissbrauch in § 22 StVG handhaben können, den er – im Gegensatz zu § 277 StGB a.F. – mit einer Subsidiaritätsklausel versah und damit gleichsam zum Ausdruck gab, dass der regelmäßig mitverwirklichte § 267 StGB anwendbar bleiben soll (dort also wohl keine Privilegierung gewünscht ist). Das ist im hiesigen Fall nicht geschehen. Aus der fehlenden Klarstellung des Gesetzgebers dann den Schluss zu ziehen, beide Gesetze seien gleichzeitig anwendbar, ist mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG kritisch zu betrachten.

Ferner erhellt der Blick auf eine weitere Reaktion des Gesetzgebers im StVG: Weil bei Manipulation von Wegstre-

cken zählen (§ 57 Abs. 3 StVZO; auch als „Kilometerzähler“ bekannt) nach h.M.⁷⁶ eine Strafbarkeit wegen Fälschens technischer Aufzeichnungen nach § 268 StGB mangels hinreichender Verkörperung der Informationen (der Kilometerzähler schreibt sich lediglich fort und stellt jeweils nur den Ist-Zustand dar) ausschied, reagierte der Gesetzgeber nicht etwa mit einer Ergänzung des § 268 Abs. 2 StGB, sondern mit der Einfügung des (insoweit milderen) § 22b StVG,⁷⁷ der diese Fälle gesondert erfassen sollte. Hieraus darf geschlossen werden, dass er Kilometerzähler eben nicht von den technischen Aufzeichnungen im Sinne des § 268 Abs. 2 StGB umfasst wissen wollte. Eine Feinheit muss hier beachtet werden: Natürlich ging es dort um die erstmalige Erfassung kriminellen Unrechts und nicht um die Klärung eines konkurrenzrechtlichen Verhältnisses – die Einfügung des § 22b StVG zeigt, dass der Kilometerzähler gerade keine technische Aufzeichnung ist, deshalb ist § 22b StVG auch nicht als „echte Privilegierung“ des § 268 StGB zu sehen, sondern als Strafbarkeitsausweitung. Das deckt sich aber auch mit der Entstehungsgeschichte des § 277 StGB a.F. Auch dieser wurde gesondert geregelt, weil Gesundheitszeugnisse (aufgrund des damals herrschenden engen Urkundenbegriffs) gerade nicht von § 267 StGB erfasst waren. Der Urkundenbegriff wurde im weiteren Verlauf stetig ausgeweitet und Gesundheitszeugnisse fielen nunmehr auch hierunter. Dabei hat der historische Gesetzgeber § 277 StGB a.F. dann schlichtweg übersehen, denn die Existenz der Norm hätte Anlass geben müssen, Gesundheitszeugnisse nicht unter § 267 StGB fallen zu lassen. Das Versäumnis, ihn abzuschaffen (Anm.: Bei einer solchen Auslegung des Urkundenbegriffs wäre eine ursprünglich strafbarkeitsbegründende Norm ja überflüssig), kann aber nicht zu Lasten des Rechtsunterworfenen gehen (Art. 103 Abs. 2 GG!). Deshalb wird man dem nur gerecht, wenn man § 277 StGB a.F. noch einen Bedeutungsgehalt im Sinne eines Sonderstrafrechts für den Umgang mit Gesundheitszeugnissen beimisst. Man stelle sich nur gedanklich vor, eine (Anm.: systemwidrige, weil § 22b StVG negierende) „weite Auslegung“ der technischen Aufzeichnung in § 268 StGB würde Kilometerzähler erfassen. Als „Sondernorm“ wäre § 22b StVG bei einer solchen Auslegung zwar (aufgrund seines milderen Strafrahmens) systemwidrig, weil § 268 StGB jene strafwürdigen Fälle erfasste. Niemand käme aber mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG ernsthaft auf die Idee, das Versäumnis des Gesetzgebers, den noch existierenden § 22b StVG abzuschaffen, zum Anlass zu nehmen, die Manipulation von Kilometerzählern als unrechtssteigernd zu qualifizieren.

Wenn der Gesetzgeber mithin die Urkundendelikte (bis zur Änderung mit Wirkung zum 24.11.2021) nicht zu reformieren gewillt war, so darf der Rechtsanwender die berechnete Vermutung anstellen, dass der Gesetzgeber die Privilegierung sehenden Auges weiterhin bestehen lassen wollte. Über den gesetzgeberischen Willen kann weiter gestritten

⁷⁶ BGHSt 29, 204; Heger (Fn. 21), § 268 Rn. 3; zweifelnd Freund, Urkundenstrafaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 250.

⁷⁷ BGBl. I 2005, S. 2412; siehe auch BT-Drs. 15/5315, S. 8; Blum, NZV 2007, 70.

⁷⁴ Ähnlich auch OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (182).

⁷⁵ So auch BayObLG StV 2023, 21 (23).

werden (siehe unter c). Soweit es aber einen *Sondertatbestand* gibt, ist dieser zunächst einmal zu respektieren, wenn ihm weiterhin ein eigenständiger Sinn hinsichtlich seiner Anwendbarkeit verbleiben soll.

Was das übrige Normgefüge angeht, insbesondere die fehlende Regelung des § 274 Abs. 1 StGB (IV. 2. b) cc), gilt das zum Wortlaut Gesagte (oben a) entsprechend: Nur weil es der Gesetzgeber unterlassen hat, eine (weitere) privilegierende Regelung zu schaffen, bedeutet dies noch nicht, dass der hier in Rede stehenden Norm keine solche Wertung zu entnehmen ist.

Soweit der *Senat* auf die Bedeutung für den Rechtsverkehr (IV. 2. b) dd) hinweist und dabei den Vergleich mit Tiergesundheitszeugnissen und Totenscheinen sucht, muss zu Recht⁷⁸ darauf hingewiesen werden, dass es hier nach wie vor um Gesundheitszeugnisse über Menschen – einen vom Gesetzgeber gesondert geregelten Fall (Art. 103 Abs. 2 GG) – und nicht um Tiergesundheitszeugnisse oder Totenscheine geht. Noch einmal: Dass das Verhalten des A womöglich einer Bestrafung bedarf, bestreitet niemand. Die Strafbarkeit eines Verhaltens muss aber aus sich heraus im Wege gesetzlich (bereits) geregelter Vorschriften gewonnen werden und nicht aufgrund eines Vergleichs mit anderen Tatobjekten.

c) Historie

Die geschichtliche Entwicklung (IV. 2. d) ist in der Sache vom *Senat* zutreffend wiedergegeben worden. Sie muss zum weiteren Verständnis aber noch um den Einfluss der französischen Gesetzgebung aus dem 19. Jahrhundert ergänzt werden.

Die Vorgängervorschrift § 256 PrStGB lehnte sich an die Regelungen des damaligen hessischen Strafgesetzbuchs aus Art. 388, 399 an,⁷⁹ das – wie auch das preußische Strafgesetzbuch – maßgeblich vom aus der Zeit der napoleonischen Gesetzgebung stammenden Code Pénal von 1810 (C.P.) beeinflusst worden war.⁸⁰ Diesen kennzeichnet die Unterscheidung von Verbrechen (crimes), Vergehen (délits) und Übertretungen (contraventions). Die Strafen für „crimes“ sahen abgestufte Leibes- und Ehrenstrafen vor, unter anderem die Todesstrafe oder Zuchthaus.⁸¹ Die Sanktionen für „délits“ waren im Vergleich hierzu „milder“ und ebenfalls abgestuft, hierzu zählte auch die Gefängnisstrafe („emprison-

nement“).⁸² Während die einfache Urkundenfälschung in Art. 150 C.P. (Vorgängervorschrift des § 247 PrStGB) Sanktion in Form von Zuchthaus vorsah, wurde der Aussteller eines Gesundheitszeugnisses („certificats de maladie“) nach Art. 159 C.P. (Vorgängervorschrift des § 256 PrStGB)⁸³ mit Gefängnisstrafe von zwei bis fünf Jahren belegt⁸⁴ – eine im Vergleich „mildere“ Strafe, die (mit einer Ausnahme⁸⁵) nur für Vergehen vorgesehen war. Hintergrund war die nicht in gleichem Maß vorhandene Eignung des Delikts, Dritten Schaden zuzufügen.⁸⁶ Eine Gleichsetzung etwa desjenigen, der ein Gesundheitszeugnis fälscht, mit demjenigen, der (zu seinen Gunsten) einen Schuldschein fälscht und damit einen Dritten zu einer Leistung zu verpflichten sucht, sei „eine Verletzung der Gerechtigkeit“⁸⁷.

Entscheidend ist, dass diese Sanktionssystematik auch für das preußische Strafgesetzbuch maßgebend war⁸⁸ und dass der Tatbestand deshalb seine „Milde“ in der Bestrafung beibehalten hat. Rechtliche Unstimmigkeiten sah man erst in der weiteren Entwicklung, hier ist nach wie vor auf den Entwurf aus dem Jahre 1962 zu § 309 E-StGB hinzuweisen. Die Nichtumsetzung des Entwurfs setzt der *Senat* mit einem Bekenntnis zur fehlenden Strafbarkeitslücke gleich, möchte aber gleichzeitig nicht in seine Erwägungen einstellen, dass die Umsetzung (als Teil einer damals in Rede stehenden Gesamtreform) in einer Wahlperiode schlicht aufgrund des Umfangs nicht zu bewältigen war.⁸⁹ Es versteht sich von selbst, dass es in der Folge dazu kommen kann, dass dem Gesetzgeber ein einzelner Tatbestand aus den Augen gerät. Das heißt: Aus dem Umstand, dass er diese Vorschrift seit 1871 unverändert gelassen hat, folgt nicht zwingend, dass er nicht von einer privilegierenden Sperrwirkung ausgegangen wäre. Im Gegenteil: Die heutigen Gesetzentwürfe zur Änderung des § 277 StGB a.F. haben selbst Bedenken dahingehend geäußert, dass der strafrechtliche Schutz von Gesundheitszeugnissen bisher „gesondert geregelt“ und die Strafvorschriften „teilweise nicht mehr als zeitgemäß und frei von Widersprüchen zu anderen Vorschriften des Dreiundzwanzigsten Abschnitts“, daneben „einzelne strafwürdige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Gesundheitszeugnissen noch nicht hinrei-

⁷⁸ *Lichtenthäler*, NStZ 2022, 138 (139 Fn. 6): „Die Grenze markiert das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Gesundheitszeugnisses und nicht eine irgendwie geartete thematische Nähe des Tatobjekts zu einem solchen.“

⁷⁹ *Beseler*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851, 1851, S. 483.

⁸⁰ *Beseler* (Fn. 79), S. 473. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 68; *Prechtel*, Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB), 2005, S. 13 f.

⁸¹ Liv. I, Art. 6–8 C.P. und Liv. I, chap. 1, Art. 12–39 C.P. Eingehend *Brand*, Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel von Bayerns und Preußens, 2002, S. 108 ff.

⁸² Liv. I, Art. 9 Ziff. 1 C.P.

⁸³ Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass zu jener Zeit die Absicht, sich (oder einem Dritten) von einem öffentlichen Dienst freizustellen, hinzukommen musste.

⁸⁴ Dieser Strafrahmen wurde später auf ein bis drei Jahre gesenkt, vgl. *Brand* (Fn. 81), S. 161 Fn. 849.

⁸⁵ Art. 67 C.P. – für bestimmte Delikte, die durch Jugendliche begangen wurden, war sie Surrogat für an sich verwirkte Verbrechenstrafen, was strafzwecktheoretische Hintergründe hatte, vgl. *Brand* (Fn. 81), S. 121 Fn. 703.

⁸⁶ *Chauveau/Hélie*, Théorie du Code Pénal, Bd. 2, 3. Aufl. 1852, S. 472 f.

⁸⁷ *Berlier* nach *Chauveau/Hélie* (Fn. 86), S. 473: „Ce serait blesser la justice [...] que d'assimiler [...] la fabrication d'un certificat de maladie à celle d'une obligation que l'on créerait à son profit sur un tiers.“

⁸⁸ *Brand* (Fn. 81), S. 393 f.

⁸⁹ BT-Drs. V/4094, S. 2.

chend klar strafrechtlich erfasst“ seien.⁹⁰ Ferner ist nicht erklärlich, warum der heutige Gesetzgeber sonst in seiner Begründung ausführt, dass es „nicht mehr überzeugend“ sei, dass „eine strafbare Handlung *nur dann* gegeben“ sein solle, wenn das unrichtige Gesundheitszeugnis auch tatsächlich gebraucht werde; weiter solle die Strafbarkeit „nicht auf Konstellationen *beschränkt* sein, bei denen Behörden oder Versicherungsgesellschaften getäuscht werden sollen“; strafwürdig erscheinen „*auch* Fälle, bei denen sonstige Teilnehmende am Rechtsverkehr getäuscht werden sollen“.⁹¹

Natürlich ist die subjektiv-historische Auslegung nicht immer sonderlich ergiebig,⁹² insbesondere dort, wo sich der historische Normzweck nicht mit hinreichender Sicherheit erforschen lässt. Sie wird der veränderten sozialen Situation seit Erlass des Rechtssatzes nicht immer gerecht, was ja neben ihr gerade die Existenz einer objektiv-teleologischen Auslegung ausmacht.⁹³ Doch gilt dies im Lichte der Verfassung (Art. 103 Abs. 2 GG) nur insoweit, wie die Kompetenzen der Judikative nicht überschritten werden. Denn auch die Entscheidung darüber, ob die jetzige Gesetzeslage noch angemessen erscheint, muss der Legislative vorbehalten sein. Sinn des Analogieverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG ist es auch, einer „teleologischen Argumentation zur Füllung empfundener Strafbarkeitslücken entgegenzuwirken“.⁹⁴

2. Gesetzeskonkurrenz: Sperrwirkung trotz Nichterfüllens des Tatbestands („überschießende Sperrwirkung“)

Nicht zuletzt muss sich zum Argument verhalten werden, es bestehe eine die Anwendung des § 267 StGB ausschließende Sperrwirkung – wenn überhaupt – nur, wenn der Tatbestand der spezielleren Norm vollständig erfüllt sei. Die Annahme einer Sperrwirkung ohne Erfüllung des Tatbestands der spezielleren Norm sei dem Strafrecht sogar gänzlich fremd.⁹⁵ Eine solche Betrachtung erscheint doch etwas zu formalistisch, wengleich zugegeben werden muss, dass der Einwand häufig als „Überdies-Argument“ gebraucht wird – nachdem also die Auslegung des gesetzgeberischen Willens und Telos nicht zu einem anderen (eindeutigen) Ergebnis geführt hat. Auf der anderen Seite leuchtet es – jedenfalls dem ersten

⁹⁰ BT-Drs. 20/15, S. 2 (Gesetzentwurf SPD/Bündnis90/DIE GRÜNEN/FDP) – alle *Hervorhebungen* durch *Verf.*

⁹¹ Zum Ganzen BT-Drs. 20/15, S. 34 – alle *Hervorhebungen* durch *Verf.* Ähnlich auch BT-Drs. 20/27, S. 1 (Gesetzentwurf CDU/CSU): „Ziel des Gesetzentwurfs ist, die *bestehenden Privilegierungen* abzuschaffen und Strafbarkeitslücken zu schließen, *um die Besserstellung* von Tätern von Urkundenfälschungen in Bezug auf Gesundheitszeugnisse *zu beenden*.“ – alle *Hervorhebungen* durch *Verf.*

⁹² *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 92.

⁹³ Zu dieser *Jäger*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 1 Rn. 70.

⁹⁴ BVerfG NJW 2008, 3627 (3629). Näher zu Art. 103 GG unter 3.

⁹⁵ So etwa OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 24; OLG Schleswig StV 2023, 26 (27).

juristischen Empfinden nach – ein, dass es wohl einem „Mehr“ an Begründung für ein solches Ergebnis bedarf. Hier sind mindestens einmal zwei Aspekte zu nennen:

Der erste besteht tatsächlich (bei Ablehnung der Sperrwirkung) in dem nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch, der sich daraus ergäbe, dass das bloße Herstellen eines unechten Gesundheitszeugnisses ohne anschließende Vorlage mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht, das Fälschen und der Gebrauch vor einer Behörde oder einer Versicherung hingegen nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr unter Strafe gestellt würde.⁹⁶ Im ersteren Fall ist man also einer höheren Bestrafung ausgesetzt, obwohl kein Kontakt zum Rechtsverkehr besteht. Natürlich ist es umgekehrt (bei Annahme einer Sperrwirkung) schwer einzusehen, warum bei vollständiger Erfüllung des § 277 StGB a.F. eine mildere Bestrafung ohne (zumindest gleichzeitigem, § 52 StGB) Rückgriff auf § 267 StGB erfolgt; mindestens ebenso schwerlich zu begreifen, warum Herstellung und Gebrauch gegenüber Privaten gar straflos bleiben sollen.

Und so steht freilich „Wertungswiderspruch gegen Wertungswiderspruch“⁹⁷. Allen wäre geholfen, wenn diese Fälle mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG eine sachangemessene Angleichung erfahren hätten. Dem ist aber nicht so, der Gesetzgeber hat es versäumt. Anknüpfungspunkt sollte für den Rechtsanwender aber gerade diese Regelungsstruktur des Gesetzgebers sein, um den Bedeutungsgehalt dieser Regelungen – auch mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG – nicht leerlaufen zu lassen. Vor diesem Hintergrund erscheint es erträglicher, die Privilegierung eines Fälschers hinzunehmen – den letztgenannten Wertungswidersprüchen mithin Vorzug zu gewähren,⁹⁸ also gerade dieses Versäumnis des Gesetzgebers zur Vermeidung eines Binnenwiderspruchs aufgrund des Sonderregelungscharakters der §§ 277 ff. StGB a.F. für den Umgang mit Gesundheitszeugnissen anzuerkennen.⁹⁹ Oder anders gewendet: Selbst wenn man unterstellt, der Gesetzgeber hätte hier nicht bewusst eine Privilegierung schaffen wollen, muss er sich nunmehr durch die Schaffung dieser Regelungen beim Wort nehmen lassen. Beiden Wertungswidersprüchen wird man daher nur gerecht, wenn man diese gesetzgeberische „Fehlleistung“ respektiert, weil es gerade sie ist, die sowohl für den Rechtsanwender als auch für den Normadressaten maßgeblich ist, auch wenn sie freilich eines vernünftigen Grundes entbehrt. Mit Blick auf die Pandemie ist dies wohl nicht der optimale Rechtszustand gewesen, dies hat man aber auch nicht vorhersehen können. Der Rechtsunterworfenen darf nicht der Leidtragende dieser Situation sein.

Eine überschießende Sperrwirkung ist – entgegen der Auffassung des *Senats* – dem StGB auch nicht fremd. Er erkennt, dass es im Bereich gesetzeskonkurrierender Spezialität vergleichbare Fälle gibt, in denen der Tatbestand des spezielleren Gesetzes nicht (vollständig) erfüllt ist, gleichwohl aber Sperrwirkung angenommen wird: So hat es die

⁹⁶ Siehe oben III. 3. a).

⁹⁷ *Schrott*, JZ 2022, 313 (315).

⁹⁸ Ähnlich auch *Lichtenthäler*, JZ 2023, 673 (674 Fn. 6).

⁹⁹ *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (427 f.).

Rspr.¹⁰⁰ selbst für § 105 StGB im Verhältnis zu § 240 StGB gesehen. Genauso ist dies bei § 113 StGB im Verhältnis zu § 240 StGB anerkannt.¹⁰¹ Dies steht auch wertungsmäßig im Einklang mit der Rspr.,¹⁰² wonach ein Rückgriff auf den allgemeinen Tatbestand ausscheidet, wenn der straflose Versuch eines privilegierenden Gesetzes (Anm.: es fehlt also an einem Merkmal des objektiven Tatbestandes) nicht mit Strafe bedroht ist, anderenfalls stünde der Täter bei straflosem Versuch des spezielleren Delikts schlechter dar als bei dessen Vollendung. Es reiht sich ferner ein Beispiel aus dem Insolvenzstrafrecht ein, wonach ein Rückgriff auf den allgemeinen Tatbestand des Bankrotts (§ 283 StGB) auch dann verwehrt bleibt, wenn die speziellere, den Täter privilegierende¹⁰³ Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) nicht zur Vollendung kommt.¹⁰⁴

Die Annahme einer überschießenden Sperrwirkung mag keine Selbstverständlichkeit sein, sie ist aber sicher kein Fremdkörper im StGB. Damit bleibt festzuhalten, dass es für die Anerkennung privilegierender Spezialität richtigerweise¹⁰⁵ nicht darauf ankommt, ob die Voraussetzungen in Gänze erfüllt sind.

3. Strafverfassungsrechtliche Bedenken

Nach alledem sprechen aber auch verfassungsrechtliche Bedenken, die sich bei einer solchen Auslegungspraxis für die vor dem 24.11.2021 begangenen „Alt-Fälle“ der „Impfpassfälscher“ ergeben, für die Annahme, dass o.g. Wertungswidersprüchen zugunsten des privilegierten Fälschers von Gesundheitszeugnissen Vorzug zu gewähren ist. Nicht ohne Grund äußerten manche der mit diesen Fällen befassten Ge-

richte¹⁰⁶ sowie Stimmen in der Lit.¹⁰⁷ Zweifel mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB.

Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde, sog. Gesetzlichkeitsprinzip. Es handelt sich um eine spezielle Ausprägung des Willkürverbots für die Strafgerichtsbarkeit.¹⁰⁸ In tradierter Lehre lassen sich ihm vier tragende Prinzipien entnehmen: Das Analogieverbot, das Verbot belastenden Gewohnheitsrechts, das Bestimmtheitsgebot, sowie das Rückwirkungsverbot.¹⁰⁹ Für die hier zu beurteilenden Fälle interessiert vor allem das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot. Bestimmtheit in diesem Sinne verfolgt den doppelten Zweck: Es obliegt einerseits nur der Legislative (und nicht den übrigen Gewalten), ein bestimmtes Verhalten zu sanktionieren, andererseits soll der Normadressat das strafbare Verhalten der Norm selbst entnehmen können.¹¹⁰ Damit eng verbunden ist ein Verbot der Auslegung, die sich zu Lasten des Täters auswirkt und die im Gesetz keine Stütze findet (Analogieverbot).¹¹¹ Für die vorliegende Rechtsfrage (Sperrwirkung ja/nein) muss sich zunächst vergegenwärtigt werden, dass es hier in der Sache um die Schließung einer Strafbarkeitslücke ging, für die ein „Strafbedürfnis“ bestand, das sich bei Annahme einer Sperrwirkung ergeben würde. Es lohnt ein näherer Blick auf diese Methodik.

Was man unter einer „Lücke“ im juristischen Sinne versteht, ist Gegenstand vieler Abhandlungen zur juristischen Methodenlehre geworden¹¹² und soll hier des Umfangs halber auf das Wesentliche beschränkt werden: Sie ist eine Unvollständigkeit innerhalb des Rechtsganzen, man kann sie auch als Mängel im positiven Recht ausdrücken, die das Fehlen rechtlicher Regelungen spürbar werden lassen und ihre Behebung durch rechtsergänzende richterliche Entscheidung erfordern,¹¹³ eine „planwidrige Unvollständigkeit des Geset-

¹⁰⁰ Vgl. BGHSt 32, 163 (176). Für den BGH sei dies eine „hier nicht vorliegende Sonderkonstellation“, vgl. BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60.

¹⁰¹ BGHSt 30, 235 (236) = NJW 1982, 190; siehe auch *Rising-van Saan* (Fn. 13), Vor § 52 Rn. 139.

¹⁰² BGHSt 30, 235 (236) = NJW 1982, 190 mit Verweis auf BGHSt 24, 262 (266) = NJW 1972, 262.

¹⁰³ Allg. Meinung, vgl. nur BGH NStZ 2023, 164 (165); *Hombrecher*, JA 2013, 541 (544 f.).

¹⁰⁴ BGH, Urt. v. 30.10.1952 – 3 StR 334/51, dem hat sich der 5. Strafsenat des BGH, Urt. v. 12.7.1955 – 5 StR 128/55 = BGHSt 8, 55 (56), ausdrücklich angeschlossen (jeweils zu den Vorgängerregelungen aus §§ 239, 241 KO). Siehe auch BT-Drs. 7/3441, S. 39. Ob der Verweis des BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60, auf diese Rspr. gegen eine überschießende Sperrwirkung zu sprechen geeignet ist, ist daher zweifelhaft.

¹⁰⁵ Zu Recht OLG Bamberg NJW 2022, 556 (558); BayObLG StV 2023, 21 (23); LG Osnabrück BeckRS 2021, 32733 Rn. 7; LG Karlsruhe COVuR 2022, 123 (124); *Erb* (Fn. 31), Rn. 9, 11; *Wittig* (Fn. 38) Rn. 10; *Maier* (Fn. 38), Rn. 14; *Erb*, NStZ 2022, 742 (743); *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (428); *Lorenz*, medstra 2021, 210 (212); neben dem BGH auch verkannt von OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (183); OLG Schleswig StV 2023, 26 (27); OLG Stuttgart StV 2022, 397 (399); OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 22 ff.

¹⁰⁶ OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557 f.); BayObLG StV 2023, 21 (22 ff.); LG Offenburg BeckRS 2022, 11631 Rn. 20 ff.; LG Landau BeckRS 2021, 39654 Rn. 11; ohne Begründung LG Kaiserslautern BeckRS 2021, 41301 Rn. 18 und AG Warendorf BeckRS 2022, 14903 Rn. 11; a.A. OLG Hamburg COVuR 2022, 179 (183); OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816 Rn. 26 ff.

¹⁰⁷ *Erb*, NStZ 2022, 742; *Gierok*, medstra 2023, 240 (249); *Pschorr*, MedR 2022, 1026 (1027 f.); *ders.*, NJW 2023, 1973 (1981); i.E. abl. *Lichtenthäler*, JZ 2023, 673 (676); *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (422).

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2001, 1848 (1849).

¹⁰⁹ *Roxin/Graco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 7 ff.

¹¹⁰ Vgl. nur BVerfGE 48, 48 (56 f.); 71, 108 (114); 92, 1 (12); 126, 170 (195).

¹¹¹ BVerfGE 160, 284 (320) m.w.N.

¹¹² Vgl. nur beispielhaft *Zitelmann*, Lücken im Recht, 1903; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 633 ff.; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 193 ff.

¹¹³ *Engisch* (Fn. 112), S. 197.

zes“¹¹⁴. Die Schließung von Lücken erfolgt im Wege der Rechtsfortbildung, als hierfür bekannteste Methode gilt die Analogie,¹¹⁵ also die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen von ihm nicht erfassten, aber rechtsähnlichen Sachverhalt, um eine planwidrige Lücke zu schließen.¹¹⁶ Diese juristische Auslegungstechnik ist als solche von Verfassungen wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden,¹¹⁷ findet im Strafrecht jedoch ihre Schranken in eben jenen Zwecken des Art. 103 Abs. 2 GG.¹¹⁸ Gerade dort, wo es Fälle gibt, die nicht dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes unterfallen, die aber ähnlich strafwürdig erscheinen, erlaubte sich das BVerfG mehrfach den Hinweis, dass eine Auslegung über den Wortsinn einer Sanktionsnorm hinaus die Grenzen richterlicher Auslegungsbefugnis überschreite – es sei Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er eine Strafbarkeitslücke schließen möchte.¹¹⁹ Das gilt auch dann, wenn eine Regelung missglückt erscheint.¹²⁰ Mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Analogieverbot korrespondiert¹²¹ zugleich ein Verbot der Verschleifung und Entgrenzung von Tatbeständen, wonach einzelne Tatbestandsmerkmale eines Straftatbestandes innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden.¹²² Verfassungsrechtlich ist das nur dort problematisch, wo es sich täterbelastend auswirkt. Deshalb darf z.B. i.R.d. § 266 StGB das Merkmal des Vermögensnachteils nicht in demjenigen der Pflichtverletzung aufgehen.¹²³ Nun hat sich das BVerfG in einem obiter dictum zur Reichweite des Verschleifungsverbots dahingehend geäußert, dass dieses nicht im Verhältnis verschiedener Tatbestände zueinander gelte, hierin vielmehr nur Konkurrenzfragen lägen.¹²⁴ Das darf aber vor der Zwecksetzung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht ausschlaggebend sein, denn auch die Frage, ob ein Tatbestand vorrangige privilegierende Wirkung hat, ist Entscheidung der Legislative und verdient den gleichen Schutz vor Verschleifung durch die übrigen Gewalten.¹²⁵ Hier wie dort muss es darum gehen, dass der Normadressat sein Verhalten auf die Rechtslage einrichten kann.

Und hier kann durchaus von einer solchen Verschleifung (im weiten Sinne) gesprochen werden: Wer nämlich durch die Auslegung der § 267 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB regelmäßig § 277 Var. 2 und 3 StGB a.F. mitverwirklichen lässt, spricht letzteren beiden Fällen der Norm keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr zu, sie gehen in den Fällen der Urkundenfälschung auf. Die Auslegung der fraglichen Tatbestände ist also keine „klassische“ verbotene Analogie im engen Sinne, die sich etwa in der Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG durch Überschreitung des Wortsinns des einfachen Gesetzes zeigt.¹²⁶ Es geht also nicht etwa darum, ob man unter „Menschen“ (§ 131 StGB a.F.¹²⁷) noch „Zombies“ verstehen kann.¹²⁸ Vielmehr geht es im hiesigen Fall um eine strafbarkeitsbegründende Auslegung im weiten Sinne, eine sich *faktisch-auswirkende*: Ausgangspunkt ist ein nicht tatbestandsmäßiges Verhalten (§ 277 StGB a.F.), dessen Strafbarkeit über den „Umweg“ (nämlich über den Rückgriff auf § 267 StGB) zu einem tatbestandsmäßigen wird. Bedenklich wird das, wenn dem Rückgriff höherrangige Aspekte entgegenstehen, die es zu berücksichtigen gilt. Das ist hier der Fall, die Konkurrenzlehre verbietet einen Rückgriff im Falle der Einschlägigkeit privilegierender Gesetze. Die Rechtsfragen rund um das Verhältnis der §§ 267 StGB und 277 StGB a.F. hat die Legislative geregelt. Art. 103 Abs. 2 GG betrifft schließlich auch – und gerade – das Kompetenzgefüge zwischen Judikative und Legislative. Entschließt sich letztere dafür, ein bestimmtes Verhalten einzuschränken und dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts zu unterwerfen, darf erstere diese Entscheidung nicht dadurch unterlaufen, dass sie diesen Entschluss missachtet und dem legislatorisch geregelten Verhalten damit „keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr“ zuspricht (wie es der BGH für § 277 StGB a.F. tut). Anderenfalls verliert diese Eingrenzung der Strafbarkeit ihren Sinn und § 277 StGB a.F. verliert seinen gesetzlichen Boden. Art. 103 Abs. 2 GG aber „schließt jede Rechtsanwendung aus, die über den Inhalt einer Sanktionsnorm hinausgeht“¹²⁹, damit auch eine Auslegung im eben beschriebenen Sinne.

VI. Zusammenfassung

Die Kollision zweier Rechtssätze im Strafrecht, von denen der eine den tätergünstigeren für den Delinquenten darstellt, muss über eine Auslegungsmethodik, die ihrerseits nicht frei von Wertungen der Privilegierung sein kann, gelöst werden. Ist die Privilegierung einmal festgestellt, hat sie zur Konsequenz, dass sie gegenüber dem allgemeineren Tatbestand vorrangig ist und auf letzteren nicht zurückgegriffen werden darf. Dies gilt auch bei nicht vollständiger Tatbestandsverwirklichung des privilegierenden Tatbestands. Eine solche „überschießende Sperrwirkung“ hat – wie im Falle vollständigen Zusammentreffens – ihre Berechtigung deshalb, weil die Privilegierung ihren Sinn verlieren würde, griffe man auf den allgemeinen Tatbestand zurück. Warum es die Privilegie-

¹¹⁴ Elze, Lücken im Gesetz, 1916, S. 3 ff. nach Larenz (Fn. 9), S. 373 Fn. 17.

¹¹⁵ Engisch (Fn. 112), S. 203; Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 888.

¹¹⁶ Larenz (Fn. 9), S. 381.

¹¹⁷ BVerfGE 82, 6 (11 f.).

¹¹⁸ Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 103 Rn. 168.

¹¹⁹ Etwa BVerfGE 22, 322 (329); 92, 1 (12 f.); 126, 170 (197); 160, 284 (320).

¹²⁰ BVerfGE 47, 109 (124).

¹²¹ Zur Frage, welches Prinzip des Art. 103 Abs. 2 GG mit dem Verschleifungsverbot betroffen ist Krell, ZStW 126 (2014), 902 (909 f.).

¹²² BVerfGE 126, 170 (197 f.), 160, 284 (322).

¹²³ BVerfGE 126, 170 (211).

¹²⁴ BVerfG NStZ 2023, 215 (219).

¹²⁵ So zu Recht Pschorr, NJW 2023, 1973 (1981).

¹²⁶ BVerfGE 82, 236 (269).

¹²⁷ BGBl. I 2003, S. 3007.

¹²⁸ Vgl. hierzu BVerfGE 87, 209 (225).

¹²⁹ BVerfGE 71, 108 (115).

rungen in § 277 StGB a.F. gab, vermag keiner abschließend mit Gewissheit zu klären. Sie sind gleichwohl – vor allem in einem fragmentarischen Strafrecht – zwingend hinzunehmen, da der Judikative schon von Verfassungs wegen nicht die Aufgabe einer gleichsam korrigierenden Legislative zukommt und sie ihre Sicht nicht anstelle derjenigen des parlamentarischen Gesetzgebers zu platzieren hat. Für die Zukunft bleibt abzuwarten und zu beobachten, zu wie viel Mehrarbeit für die Justizbehörden die Entscheidung des BGH führen wird. Gesonderte Zahlen hierzu existieren nicht, im Sommer 2023 sollen bundesweit 26.000 Ermittlungsverfahren anhängig gewesen sein.¹³⁰

¹³⁰ Dies laut Umfrage der WELT, vgl. *Dinger/Röhn*, WELT v. 29.7.2023, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/article246632986/Corona-Pandemie-Bundesweit-26-000-Ermittlungen-wegen-gefaelschter-Impfpaesse.html> (31.3.2024).
