

## Entscheidungsbesprechung

BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22<sup>1</sup>

### Strafbarkeit von Impfausweisfälschungen nach altem Recht

1. Impfausweisfälschungen waren auch nach alter Rechtslage gem. § 267 Abs. 1 StGB strafbar.  
(Leitsatz der Verf.)
2. Das Fälschen von Gesundheitszeugnissen nach § 277 StGB aF steht zur Urkundenfälschung nach § 267 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität.  
(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 277 i.d.F.v. 13.11.1998

StGB § 267 Abs. 1

Wiss. Hilfskraft Emilia Kanera, Halle (Saale)\*

### I. Einführung

Die Corona-Pandemie hat nicht nur die Gesellschaft, Wirtschaft und Politik vor Herausforderungen gestellt, sondern auch neue Phänomene in das Blickfeld des Strafrechts gerückt. Zur Eindämmung des Virus wurden im Jahr 2021 flächendeckend „2G-Regeln“ eingeführt. Wer etwa Zutritt zu Veranstaltungen erlangen wollte, musste einen vollständigen Impfschutz oder eine Genesung nachweisen. So wurde der Impfpass, der ehemals nur für die persönliche Gesundheitsvorsorge eine Rolle spielte, zum „Freifahrschein“<sup>2</sup> für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben.

Jedoch wollten auch diejenigen, die eine Impfung ablehnten, nicht immer auf diese Begünstigungen verzichten. Daher wurden vermehrt gefälschte Impfausweise eingesetzt. Neben der Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) gerieten nun Tatbestände in den Vordergrund, die zuvor kaum beachtet wurden – das Fälschen von Gesundheitszeugnissen nach den §§ 277 ff. StGB a.F.

Allerdings wurde die Strafbarkeit in Rechtsprechung und Literatur keineswegs einheitlich bewertet. Klarheit herrschte erst seit der Reform der §§ 277 ff. StGB a.F.,<sup>3</sup> die am 24.11.2021 in Kraft trat. Der Großteil der Fälle muss wegen des Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB aber nach der alten Rechtslage beurteilt werden. Nachdem hierzu fast 30 Judikate ergangen waren, konnte der BGH schließlich Ende des letzten Jahres Stellung beziehen.

\* Die Autorin ist Wiss. Hilfskraft im DFG-Projekt Außergerichtliche Grundrechtskontrolle bei Dr. Andrej Lang und Studentin der Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=133545&pos=0&anz=1> sowie veröffentlicht in BeckRS 2022, 31209.

<sup>2</sup> Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (627).

<sup>3</sup> Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I 2021, S. 4906.

Die seit kurzem veröffentlichte Entscheidung gibt Anlass dazu, sich mit den Urkundendelikten sowie den Konkurrenzen zwischen zwei Straftatbeständen auseinanderzusetzen.

## II. Zum Sachverhalt

Dem Urteil des 5. Strafsenats liegt ein Sachverhalt des Landgerichts Hamburg zugrunde.<sup>4</sup> Im August 2021 entschloss sich der Angeklagte, Impfpässe mit Eintragungen zu vermeintlichen Impfungen gegen das Virus herzustellen oder bestehende Ausweise zu ergänzen. Diese sollten sodann anderen Personen gegen Bezahlung übergeben werden. Dem Angeklagten war dabei bewusst, dass die Abnehmer die Bescheinigungen gegenüber Dritten vorlegen würden. In Umsetzung dieses Plans führte er insgesamt neun Bestellungen aus. Dabei versah er einen Vordruck mit den Personalien angeblich geimpfter Personen oder trug Impfungen in bereits mit Personalien beschriftete Ausweise ein. Dem fügte er selbst gedruckte Aufkleber eines Impfstoffs mit einer fiktiven Chargennummer und einem Stempel hinzu. Er unterschrieb mit einem ausgedachten oder nachgeahmten Namenszug eines vermeintlichen Impfarztes. Das Landgericht hat den Angeklagten freigesprochen, weil er durch das Herstellen der Impfausweise keinen Straftatbestand erfüllt habe.

## III. Analyse der Entscheidung

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der BGH das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

### 1. Fälschen von Gesundheitszeugnissen, § 277 StGB a.F.

Zu Beginn der Entscheidung hat sich der Senat ausführlich mit einer Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. befasst.<sup>5</sup> Das Tatobjekt dieser Vorschrift ist ein Gesundheitszeugnis. Hierunter ist eine schriftliche Erklärung zu verstehen, die den Gesundheitszustand eines lebenden Menschen beschreibt.<sup>6</sup> Eine Impfung impliziert eine voraussichtlich höhere Immunabwehrkraft als gesundheitlichen Aspekt,<sup>7</sup> sodass sich der vollständig ausgefüllte Ausweis unter diesen Begriff fassen lässt.

Der § 277 StGB a.F. ist als zweiaktiges Delikt ausgestaltet.<sup>8</sup> Zunächst bedarf es einer Fälschungshandlung, wobei drei verschiedene Begehungsformen in Betracht kommen. Die erste Variante stellt die schriftliche Lüge über die Eigenschaft als Arzt oder als sonstige approbierte Medizinalperson unter Strafe.<sup>9</sup> Dabei stellt der Täter<sup>10</sup> das Gesundheitszeugnis im eigenen Namen aus, täuscht hingegen über seine berufliche Qualifikation.<sup>11</sup>

Hier hat der Angeklagte allerdings die Anforderungen der zweiten Variante erfüllt.<sup>12</sup> Diese ist verwirklicht, wenn der Täter eine Impfung unter dem Namen eines Arztes oder einer sonstigen Medizinal-

<sup>4</sup> LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLS 8/21 = BeckRS 2022, 10270.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 13 ff.

<sup>6</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 277 Rn. 3; Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 2.

<sup>7</sup> OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557); Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2163); Lorenz, medstra 2021, 210 (212).

<sup>8</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 277 Rn. 3.

<sup>9</sup> Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 7; Zieschang, ZIS 2021, 481 (483 f.).

<sup>10</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwendet der Beitrag das generische Maskulinum. Gemeint sind selbstverständlich alle Geschlechter.

<sup>11</sup> Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 277 Rn. 3.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 24.

person in den Ausweis einträgt. In diesem Fall ist eine Identitätstäuschung gegeben.<sup>13</sup> Schließlich fordert § 277 Var. 3 StGB a.F. das Verfälschen eines echten Gesundheitszeugnisses. Hierbei wird dessen Inhalt nachträglich unbefugt verändert.<sup>14</sup>

Der Fälschungsakt genügt jedoch nicht, da der Tatbestand zusätzlich den Gebrauch des Gesundheitszeugnisses bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft verlangt. Weil der Angeklagte die Impfpässe nicht selbst verwendet hat, war diese Voraussetzung nicht erfüllt. Ob eine Gebrauchsüberlassung an Dritte ausreichen kann<sup>15</sup> oder eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB möglich wäre, war nicht entscheidungserheblich. Denn es war nur beabsichtigt, dass die Ausweise in Apotheken oder der Gastronomie und somit bei Privaten genutzt werden sollten.<sup>16</sup>

Eine Strafbarkeit nach § 277 StGB a.F. kam damit nicht in Betracht, wie auch das Landgericht zutreffend erkannt hat.

## 2. Urkundenfälschung, § 267 Abs. 1 StGB

Daraufhin war zu prüfen, ob sich der Angeklagte wegen einer Urkundenfälschung strafbar gemacht hat.<sup>17</sup> Betrachtet man deren Voraussetzungen, so liegen die Dinge einfacher: § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB stellt das Herstellen einer unechten Urkunde unter Strafe. Die Urkundenqualität ist bei einem ausgefüllten Impfausweis gegeben. Er beinhaltet die verkörperte Gedankenerklärung, dass sein Inhaber eine bestimmte Impfung erhalten hat.<sup>18</sup> Diese Erklärung ist zum Beweis des Impfschutzes im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet und lässt mit der impfberechtigten Person ihren Aussteller erkennen.<sup>19</sup> Da die Ausweise entgegen der Unterschrift nicht von einem Impfarzt, sondern vom Angeklagten herrührten, waren sie auch unecht.<sup>20</sup> Im Unterschied zu § 277 StGB a.F. genügt bereits ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr, das im Sachverhalt vorlag. Der Tatbestand des § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB war damit erfüllt.

## 3. Das Verhältnis des § 277 StGB a.F. zu § 267 StGB

Somit erscheint es zunächst verwunderlich, dass das Landgericht zu einer Straflosigkeit gelangt ist. Das wesentliche Problem der alten Rechtslage tut sich jedoch erst an dieser Stelle auf – es besteht im Konkurrenzverhältnis der beiden Normen.

### a) Das Problem der Sperrwirkung

Es geht dabei um die Frage, ob § 277 StGB a.F. eine privilegierende Spezialvorschrift darstellt, die die

<sup>13</sup> *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 8; *Pietsch*, Kriminalistik 2022, 21 (22).

<sup>14</sup> *Zieschang*, in: *LK-StGB*, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 277 Rn. 13.

<sup>15</sup> Dafür: *Heine/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 10; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 277 Rn. 14. Dagegen: *Puppe/Schumann*, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 11; *Hoyer*, in: *SK-StGB*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 14; *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 10.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 28. In den Rn. 30–33 finden sich die Ausführungen des *Senats*, in denen er die Behördeneigenschaft einer Apotheke ablehnt und auf eine mittelbare Täuschung des RKI als Bundesbehörde eingeht.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 35 ff.

<sup>18</sup> *Schmuck/Kother/Hecken*, NJOZ 2022, 193.

<sup>19</sup> *Schmidhäuser*, medstra 2022, 21 (24).

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 37.

Anwendbarkeit des § 267 StGB ausschließt. Eine Spezialität ist bekanntlich dann gegeben, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale eines anderen enthält und mindestens noch ein weiteres Merkmal aufweist, das den Sachverhalt unter einem genaueren Aspekt erfasst.<sup>21</sup> Diese Anforderungen liegen hier vor. Alle Sachverhalte, die von § 277 Var. 2 StGB a.F. erfasst sind, unterfallen zugleich § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB. Wer einen Impfausweis unter dem Namen eines Arztes ausstellt, stellt stets eine unechte Urkunde her. Ebenso verhält es sich zwischen § 277 Var. 3 StGB a.F. und § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB, da dort eine echte Urkunde verfälscht wird. Daneben enthält der Tatbestand des § 277 StGB a.F. zusätzliche, speziellere Merkmale: Das Gesundheitszeugnis als besonderes Tatobjekt, die Zweiaktivität und die Eingrenzung des Adressatenkreises.

Eine Betrachtung der Normen legt auch eine Privilegierung nahe. Der § 277 StGB a.F. sieht eine Höchstfreiheitsstrafe von bis zu einem Jahr vor, während der wesentlich höhere Strafrahmen des § 267 Abs. 1 StGB bis zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren reicht. Außerdem enthält allein der § 267 StGB Regelbeispiele, eine Qualifikation sowie eine Versuchsstrafbarkeit.

Um diese Privilegierung nicht zu umgehen, wurde bis zur Entscheidung des BGH einhellig eine Sperrwirkung des § 277 Var. 2, Var. 3 StGB a.F. gegenüber der Urkundenfälschung angenommen, wenn sein Tatbestand vollständig erfüllt war.<sup>22</sup> Großer Streit bestand dagegen über die *Reichweite* der Sperrwirkung. Die unterschiedlichen Auffassungen hat der 5. *Strafsenat* in seiner Entscheidung noch einmal aufgeführt.<sup>23</sup>

Nach einer Meinung sollte die Sperrwirkung nur greifen, wenn *alle* Merkmale des § 277 StGB a.F. vorlagen oder das Gesundheitszeugnis zumindest zur Täuschung von Behörden oder Versicherungen gefälscht wurde.<sup>24</sup> Dann ergibt sich jedoch folgender Wertungswiderspruch: Wer den Impfpass bei *Privaten* vorlegt, müsste nach § 267 Abs. 1 StGB mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe rechnen. Gebraucht der Täter den Ausweis bei einer *Behörde*, käme ihm dagegen die mildere Strafe des § 277 StGB a.F. zugute. Diese Ungleichbehandlung anhand des Adressatenkreises ist nicht tragfähig begründbar.<sup>25</sup> Sie wird zudem noch erweitert, wenn es nur zur Fälschung gekommen ist. Plant der Täter hierbei die spätere Vorlage bei einer *Behörde*, bliebe er sogar straflos. Die Privilegierung wird damit allein von der inneren Willensrichtung des Täters abhängig gemacht, die sich schwer feststellen lassen wird.

Wegen dieser Schwierigkeiten wurde überwiegend für eine umfassende Sperrwirkung plädiert.<sup>26</sup> Diese sollte *bereits dann* eintreten, wenn der Tatbestand des § 277 StGB a.F. nicht in Gänze erfüllt ist,

<sup>21</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 4, 13. Aufl. 2020, Vorbem. § 52 Rn. 119; *Fahl*, ZStW 124 (2012), 311 (315).

<sup>22</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.7.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22 = BeckRS 2022, 18816 Rn. 23; OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 Ws 33/22 = BeckRS 2022, 6034 Rn. 13; LG Osnabrück MedR 2022, 38 (39); *Lichtenthäler*, NSStZ 2022, 138; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 12; *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 9; *Dastis*, HRRS 2021, 456 (459); *Kreutzer*, JR 2022, 166 (169).

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 40 ff.

<sup>24</sup> OLG Celle NJW 2022, 2054 (2056); OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2022 – 1 Ws 33/22 = BeckRS 2022, 6034 Rn. 26; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.7.2022 – 2 Rv 21 Ss 262/22 = BeckRS 2022, 18816 Rn. 51; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 WS 114/21 = BeckRS 2022, 864 Rn. 37; LG Ingolstadt, Beschl. v. 7.4.2022 – 2 Qs 40/22 = BeckRS 2022, 8784 Rn. 35.

<sup>25</sup> Das OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 WS 114/21 = BeckRS 2022, 864 Rn. 34, begreift dagegen die Vorlage bei Behörden als geringeres Unrecht. Dies ließe sich etwa damit begründen, dass bei Behörden meist ein faktischer Vorlagezwang bestünde. Allerdings ist diese Argumentation nicht überzeugend, da Gesundheitszeugnisse auch von privaten Arbeitgebern eingefordert werden. So besteht etwa die Pflicht des Arbeitnehmers, im Krankheitsfall ein ärztliches Attest vorzulegen. Ähnliches gilt bei ansteckungsgefährdeten Berufen. Möchte die Person eingestellt werden, besteht dort ebenso ein faktischer Vorlagezwang. Die Situationen sind damit nicht so verschieden, dass sich eine wesentlich höhere Strafe gegenüber Privaten erklärt.

<sup>26</sup> OLG Bamberg NJW 2022, 556 (558); BayObLG, Beschl. v. 3.6.2022 – 207 StRR 155/22 = BeckRS 2022, 13743 Rn. 13 f.; LG Osnabrück MedR 2022, 38 (39); *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 9; *Maier*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 14; *Wittig*, in: *Satzger/Schluckebier*/

aber ein Gesundheitszeugnis vorliegt. Hiernach wäre die reine Fälschung oder die Nutzung im privaten Rechtsverkehr straffrei. Dem ist auch das Landgericht Hamburg gefolgt,<sup>27</sup> womit sich der Freispruch erklärt. Diese Strafbarkeitslücke für Gesundheitszeugnisse war zwar gerade wegen der Pandemie nicht angemessen. Im Hinblick auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts war sie dennoch hinzunehmen und vom Gesetzgeber zu berichtigen.

### b) Die eigene Lösung des 5. Strafsenats

Vor diesem Hintergrund überrascht die Entscheidung des BGH umso mehr: Er hat alle bisherigen Ansichten verworfen und eine eigene Lösung entwickelt. Dazu führt er aus:

„Eine Spezialität mit privilegierendem Charakter des § 277 StGB a.F. gegenüber § 267 StGB besteht nicht. Vielmehr handelt es sich um zwei Tatbestände, die verschieden geartete Begehungsweisen erfassen, aber gemeinsame Unrechtselemente aufweisen [...]“<sup>28</sup>

Durch diese Annahme von *Tateinheit* (§ 52 StGB) bleibt § 267 Abs. 1 StGB für alle Konstellationen anwendbar. Damit werden die aufgezeigten Wertungswidersprüche umgangen. Allerdings stellt sich die Frage, wie der Senat zu diesem gänzlich anderen Ergebnis gelangt ist.

Er beginnt seine ausführliche Begründung mit der Bemerkung, dass der Gesetzgeber einen Anwendungsvorrang auch im Wortlaut hätte verankern müssen.<sup>29</sup> Dies ist aber für sich genommen nicht aussagekräftig. Denn eine Spezialität ist nie ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben, sondern muss erst durch Auslegung ermittelt werden.

Dabei hat der BGH einen besonderen Schwerpunkt bei der historischen Auslegung gesetzt.<sup>30</sup> Er beruft sich in diesem Zuge auf die Vorläuferregelungen der Normen, die dem preußischen Strafgesetzbuch (PStGB) entstammten. Zum damaligen Zeitpunkt sei der Urkundenbegriff wesentlich enger gewesen, sodass Gesundheitszeugnisse dem nicht unterfielen.<sup>31</sup> Somit habe der § 256 PStGB, der das Fälschen von Gesundheitszeugnissen erfasste, die Strafbarkeit gegenüber der Urkundenfälschung (§ 247 PStGB) erweitert.<sup>32</sup> Ursprünglich war daher kein Spezialitätsverhältnis gegeben, sondern die Vorschriften standen nebeneinander. Ob sich die Gründe gegen eine Privilegierung maßgeblich auf das PStGB stützen lassen, ist dennoch zweifelhaft. Der Tatbestand der Urkundenfälschung wurde mit der Einführung des § 267 RStGB<sup>33</sup> verändert und hat bereits mit der Strafrechtsangleichung 1943<sup>34</sup> im Wesentlichen seine heutige Fassung erhalten. Die Normen haben damit eine andere systematische Einordnung erfahren, sodass ihr Verhältnis schon damals neu bestimmt werden musste. Die Funktion einer Strafbarkeitserweiterung konnten die §§ 277 ff. StGB a.F. seitdem nicht mehr erfüllen. Demnach liefert der Wille des historischen Gesetzgebers keine tragenden Erkenntnisse für oder gegen eine Sperrwirkung.

---

Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 277 Rn. 10; Zieschang, ZfStW 2022, 140; Lorenz/Rehberger, ZfL 2022, 399 (427); Wolf, ZfStW 2022, 146 (155).

<sup>27</sup> LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLs 8/21 = BeckRS 2022, 10270 Rn. 102.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 46.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 51.

<sup>30</sup> Die ausführliche Herleitung findet sich in den Rn. 67–77.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 69 f.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 70.

<sup>33</sup> Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, RGBl. 1871, S. 178.

<sup>34</sup> Strafrechtsangleichungsverordnung, RGBl. I 1943, S. 341.

Der *Senat* sieht jedoch auch eine „strukturelle Verschiedenheit beider Delikte, die einen fehlenden inneren Zusammenhang offenbart“.<sup>35</sup> So sei in § 277 Var. 1 StGB a.F. die Begehungsform der schriftlichen Lüge enthalten, die den Tatbestand der Urkundenfälschung nicht erfülle. Dies spreche gegen eine Privilegierung der beiden anderen Varianten und belege, dass Gesundheitszeugnisse umfassender als sonstige Urkunden geschützt werden sollten.<sup>36</sup> Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Zwar ist es zutreffend, dass § 267 StGB allein die Echtheit der Urkunde schützt und sich insofern von § 277 Var. 1 StGB a.F. unterscheidet. Es erschließt sich hingegen nicht, warum deshalb eine privilegierende Spezialität für den gesamten Tatbestand ausscheiden soll. Bei § 277 Var. 2 und Var. 3 StGB a.F. handelt es sich um eigenständige Tathandlungen, die mit denen der Urkundenfälschung übereinstimmen und ebenso dem Echtheitsschutz dienen. Dieser systematische Zusammenhang wird durch die Existenz der Var. 1 nicht aufgehoben. Auch war mit § 277 StGB a.F. gerade kein umfassenderer Strafrechtsschutz verbunden. Im Gegensatz zur allgemeinen Urkundenfälschung hat es nicht ausgereicht, das Gesundheitszeugnis nur zu fälschen oder unbefugt auszustellen. Es war vielmehr noch der Gebrauch bei den besonderen Täuschungsadressaten erforderlich, sodass die Strafbarkeitshürden erheblich höher lagen.

Im weiteren Verlauf übt der BGH Kritik an der herrschenden Ansicht, die eine umfassende Sperrwirkung annimmt. Dazu legt er dar:

„[...] Selbst, wenn es sich jeweils um privilegierende Merkmale handelte, wäre Voraussetzung der vermeintlich vom Gesetzgeber intendierten Privilegierung, dass die zu einer geringeren Strafwürdigkeit führenden Umstände auch tatsächlich vorliegen. [...] Jenseits gewisser, hier nicht vorliegender Sonderkonstellationen [...] gilt deswegen uneingeschränkt: Sind die Voraussetzungen des Spezielleren (*lex specialis*) nicht erfüllt, findet das Allgemeine (*lex generalis*) Anwendung, da der Grund für die Sonderbehandlung in Form der Privilegierung nicht verwirklicht ist.“<sup>37</sup>

Damit erkennt der *Senat* selbst, dass eine Privilegierung in Ausnahmefällen auch bei einer unvollständigen Tatbestandserfüllung greifen kann. Er beschäftigt sich hingegen nicht damit, ob im vorliegenden Fall eine solche Ausnahme gegeben sein könnte. Der hier diskutierten Konstellation ähnelt das Verhältnis des § 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) zu § 240 StGB.<sup>38</sup> Nach § 113 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet. Demgegenüber genügt bei § 240 Abs. 1 StGB bereits die Drohung mit einem empfindlichen Übel. Deshalb ist umstritten, ob der Täter nach § 240 Abs. 1 StGB bestraft werden kann, wenn er während der Vollstreckungssituation nicht mit Gewalt, sondern nur mit einem empfindlichen Übel droht. Auch bei diesem Sachverhalt wird eine umfassende Sperrwirkung des § 113 StGB angenommen, obwohl seine Voraussetzungen nicht in Gänze vorliegen.<sup>39</sup> Damit enthalten § 113 StGB sowie § 277 StGB a.F. Tatbestandsmerkmale, die schon für sich genommen die Anwendbarkeit der allgemeineren Norm ausschließen könnten. Bei § 277 StGB a.F. ist unklar, ob bereits das *Gesundheitszeugnis* genügt oder der *Gebrauch* bei den speziellen Adressaten

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 52.

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 56.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 60.

<sup>38</sup> Siehe hierzu auch *Lorenz/Rehberger*, ZfL 2022, 399 (424); *Wolf*, ZfLStW 2022, 146 (155).

<sup>39</sup> *Bosch*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 113 Rn. 65; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 98; *Paeffgen*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 90; *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 113 Rn. 31; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 44. Aufl. 2020, Rn. 601. In diese Richtung auch BGH NJW 1982, 190.

hinzutreten muss. Ähnliches gilt für § 113 StGB. Dort fragt es sich, ob die *Vollstreckungssituation* ausreicht oder es zusätzlich der *besonderen Widerstandshandlung* bedarf. Die Annahme einer umfassenden Sperrwirkung ist dem Strafrecht somit nicht unbekannt. Sie wäre auch hier erwägenswert, um die mildere Strafe des § 277 StGB a.F. nicht zu unterlaufen.

Der BGH hat seiner Entscheidung aber eine weitere Annahme zugrunde gelegt: Für eine Privilegierung sei immer eine besondere Rechtfertigung erforderlich.<sup>40</sup> Betrachtet man andere Privilegierungstatbestände des StGB, dann lässt sich eine solche Begründung ausmachen. Durch den § 113 StGB soll dem Bürger eine besondere Nachsicht zuteilwerden, da während der Vollstreckungshandlung eine affektive Situation zwischen ihm und dem Beamten besteht.<sup>41</sup> Im Rahmen des § 216 StGB ist dagegen das Unrecht wegen des einwilligungsähnlichen Tötungsverlangens gemindert.<sup>42</sup> Hier hat der *Senat* jedoch hervorgehoben, es sei kein Grund ersichtlich, den Täter des § 277 StGB a.F. gegenüber der Urkundenfälschung besserzustellen.<sup>43</sup> Dies war aber schon lange in Rechtsprechung und Literatur konsentiert.<sup>44</sup> Bereits vor der Pandemie wurde angemahnt, die §§ 277 ff. StGB a.F. seien eine „Fehlleistung“<sup>45</sup> und bedürften dringend der Reform.<sup>46</sup>

Dieses Problem versucht der BGH selbst zu korrigieren. Weil nach seiner Lösung stets § 267 Abs. 1 StGB zur Anwendung gelangen könnte, wäre der Rechtsverkehr vor der Impfausweisfälschung geschützt und die Strafe unabhängig vom Adressatenkreis gleich. Obwohl dieses Ergebnis sinnvoll klingen mag, ist die Vorgehensweise bedenklich. Der Tatbestand des § 277 StGB a.F. bringt zum Ausdruck, dass zumindest dann, wenn seine besonderen Voraussetzungen vorliegen, eine geringere Freiheitsstrafe von höchstens einem Jahr verhängt wird. Bemisst man die Strafe dennoch in jedem Fall nach dem härteren § 267 StGB, missachtet man diesen Umstand.

Dies ist auch im Hinblick auf den *lex-specialis-Grundsatz* problematisch, wonach das spezielle Gesetz stets das allgemeine verdrängt. Damit soll gerade verhindert werden, dass die differenzierte Sonderordnung durch den Rückgriff auf die allgemeinere gegenstandslos gemacht wird.<sup>47</sup> Hier würde der Vorschrift hingegen – bis auf den geringen Teil der schriftlichen Lüge – der eigenständige Anwendungsbereich aberkannt und sie würde für praktisch bedeutungslos erklärt. Ein solches Verhältnis zwischen zwei Normen findet sich auch nicht an anderer Stelle des StGB wieder. Es wäre damit mindestens ebenso rechtfertigungsbedürftig gewesen wie die Annahme einer Privilegierung. Der *Senat* sieht hierin allerdings kein Problem und merkt lediglich an, dass der Gesetzgeber dieses Ergebnis so vorgezeichnet habe.<sup>48</sup>

Damit ist der Entscheidung zu widersprechen. Dass es sich bei § 277 StGB a.F. um einen Spezialfall zu § 267 StGB handelt, folgt aus seinen besonderen Tatbestandsmerkmalen. Auch die faktische Privilegierung ergibt sich unmittelbar aus der Norm und dies in mehrfacher Hinsicht. Wenn der *Hinter-*

<sup>40</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 51.

<sup>41</sup> BT-Drs. VI/502, S. 3 f.; *Wolters*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 113 Rn. 2; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 113 Rn. 5.

<sup>42</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 216 Rn. 9; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 216 Rn. 1.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 54 f., 58 f.

<sup>44</sup> LG Osnabrück MedR 2022, 38 (40); LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLs 8/21 = BeckRS 2022, 10270 Rn. 115; *Zieschang*, ZIS 2021, 481 (483); *Gräbener*, JurisPR-StrafR 3/2022, Anm. 3, S. 3 f.; *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1; *Koch*, in: Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 277 Rn. 2.

<sup>45</sup> *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 277 Rn. 9.

<sup>46</sup> *Erb*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 277 Rn. 1.

<sup>47</sup> Vgl. zum *lex-specialis-Grundsatz* *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 63 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 88 f.; v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vorbem. § 52 Rn. 35 ff.

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22, Rn. 86.

grund einer Vorschrift nicht mehr nachvollziehbar ist und sie keine Daseinsberechtigung aufweist, kann der Gesetzgeber diesen Zustand ändern. Es obliegt nicht dem Rechtsanwender, die unerwünschte Privilegierung selbst zu beseitigen. Daher sollte sie bei der Bewertung der Altfälle beachtet werden, mag sie auch noch so unverständlich sein.

#### IV. Ausblick

Dennoch bleibt als positiv zu bemerken, dass der Streit um die Sperrwirkung für die Zukunft bereinigt ist. Nachdem die §§ 277 ff. StGB a.F. über 150 Jahre nahezu unverändert blieben, wurden sie nunmehr grundlegend umgestaltet.<sup>49</sup> Der § 277 StGB n.F. ist einaktig und enthält lediglich die Begehungsform der schriftlichen Lüge. Daher unterfällt der Echtheitsschutz allein dem § 267 StGB.<sup>50</sup> Zudem genügt für § 277 StGB n.F. ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr, die Begrenzung des Adressatenkreises wurde gestrichen. Dieser Reform hätte es allerdings wesentlich eher bedurft – so hätte der strafrechtliche „Flickenteppich“<sup>51</sup> vermieden werden können.

---

<sup>49</sup> Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I 2021, S. 4906. Siehe zur neuen Rechtslage Stieger, ZJS 2022, 503; Hoven/Weigend, KriPoZ 2021, 343; Gaede/Krüger, medstra 2022, 13; Zieschang, ZfStW 2022, 140.

<sup>50</sup> BT-Drs. 20/15, S. 33.

<sup>51</sup> Lorenz/Rehberger, ZfL 2022, 399 (435).