

D. Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten innerhalb einer Situation

Die vorliegende Arbeit geht davon aus, dass das OTP eine *Situation Completion* nicht einleiten darf, solange es noch verpflichtet ist, innerhalb der jeweiligen Situation einzelne Fälle zu ermitteln und der Strafverfolgung zuzuführen. Jene Verpflichtung hängt davon ab, inwieweit das ICCSt für die Verfahren innerhalb einer Situation dem Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip folgt.⁷⁴² In dieser Frage sind sich die Rechtsprechung und die Wissenschaft uneinig.⁷⁴³ Das mag unter anderem dadurch zu erklären sein, dass die Anwendung und Auslegung des Rechts des ICC stets vor dem Hintergrund der eigenen Rechtsordnung verstanden wird, wobei das Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip in den Nationalstaaten äußerst unterschiedlich implementiert ist.⁷⁴⁴

742 *Fife*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 15, 18; *Wei*, *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, S. 169.

743 In Richtung Opportunitätsprinzip, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), paras. 73 – 79; ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05-185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 14; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 5; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 5; *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 80 – 84; *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 36 – 42; *Knoops*, CLF 15 (2004), 365, 376 – 377; *Nserko*, JICJ 3 (2005), 124, 132; *Wei*, *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, S. 169 – 179; *Ohlin*, in: Stahn/ Sluiter (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC*, 185, 190; in Richtung Legalitätsprinzip, ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), para. 82; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 14; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 50; *De Meester*, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 237; *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 785, 800 – 801; *Olásolo*, ICLR 87 (2003), 87, 150; *Röben*, MPYUNL 7 (2003), 513, 523; *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, § 7 Rn. 61; *Tomuschat*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), 335, 344; *Van Heeck*, *Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts*, S. 190; *Wilhelmi*, *Die Verfahrensordnung des IStGH*, S. 48; ausführend und differenzierend, *Rohrer*, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*.

744 *Heyden*, *Begriff, Grundlagen und Verwirklichung*, S. 21 – 22; *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801, 825 – 826; *Weigend*, ZStW 109 (1997), 103, 105; *Albrecht*, in: *Albrecht/*

Im Folgenden soll es um die Frage gehen, welche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten sich in Bezug auf einzelne Fälle innerhalb einer Situation nach Einleitung der formalen Ermittlungen aus dem Regelsystem des Art. 53 ICCSt ableiten lassen. Zunächst werden die theoretischen Grundlagen des Legalitäts- und Opportunitätsprinzips herausgearbeitet.⁷⁴⁵ Der Teil soll nicht nur eine bloße theoretische Einführung darstellen, sondern die Basis normativer und bei der weiteren Auslegung des Art. 53 ICCSt relevanter Überlegungen bilden.

Klarstellend sei erwähnt, dass es in diesem Kapitel noch nicht um denkbare Strategien zur Fallselektion oder *Situation Completion* oder um deren praktische Umsetzung geht. Derartige Aspekte sind Gegenstand der späteren Kapitel.⁷⁴⁶ Vielmehr soll es um den rechtlichen Rahmen gehen. Soweit in dem Zusammenhang auf die bisherige Praxis oder einzelne Strategien einzugehen sein wird, geschieht dies, um die Rechtsauffassung des OTP und der Kammern oder bestimmte Handlungsmöglichkeiten darzustellen.⁷⁴⁷

I. Grundlagen des Legalitäts- und Opportunitätsprinzips

„Legalitätsprinzip“ meint die unbedingte Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden, bei entsprechendem Verdacht Ermittlungen durchzuführen und Anklage zu erheben.⁷⁴⁸ „Legalität“ bezeichnet in Bezug auf das gesamte Rechtssystem die strikte Bindung des Rechtsanwenders an das Gesetz.⁷⁴⁹ Mit einem System der „Opportunität“ ist ein Rechtssystem gemeint,

Guangzhong (Hrsg.), *Non-Prosecution Policies*, 203; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 75 – 79; *Went*, Das Opportunitätsprinzip, S. 13 – 16.

745 (D. I.).

746 Näher zur Fallselektion unter (E); zur *Situation Completion* unter (F).

747 Insbesondere zur bisherigen Praxis unter (D. II. 7.); zur positiven Komplementarität unter (D. III. 2. b)).

748 Bezüglich der deutschen Verdachtsbegriffe, BVerfG, NStZ 1982, 430; BGHSt 15, 155 – 156; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 1; *Weigend*, ZStW 109 (1997), 103; kritisch zur Verpflichtung einer Anklageerhebung, *Diemer*, in: *Barthe/Gericke* (Hrsg.), KK-StPO, § 152 Rn. 6.

749 *Hassemer*, in: *Ostendorf* (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529; *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 9; *Kühne*, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 305; *Pott*, in: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M.* (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 79, 83.

das durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume Zweckmäßigkeitsentscheidungen im Einzelfall ermöglicht.⁷⁵⁰ Der Terminus „Opportunitätsprinzip“ bezieht sich im Strafrecht auf die Möglichkeit, die Durchführung der Strafverfolgung von einer zweckorientierten Ermessensentscheidung abhängig zu machen.⁷⁵¹ Im deutschen Recht wird traditionellerweise zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielräumen auf Tatbestandsebene sowie dem eigentlichen Ermessen auf Rechtsfolgenseite unterschieden.⁷⁵² In der internationalen Rechtsprechung und Literatur zum Völkerstrafrecht wird regelmäßig der übergreifende Begriff „*discretion*“ verwendet.⁷⁵³ Weder das Legalitäts- noch das Opportunitätsprinzip existieren in der Praxis in Reinform.⁷⁵⁴ Bei der vorliegenden Darstellung handelt es sich entsprechend um theoretische Idealmodelle.

1. Begründung des Legalitätsprinzips

In einem System uneingeschränkter Legalität und strikter Gesetzesbindung ist der Jurist auf die bloße Anwendung des Rechts beschränkt, dessen Inhalt nicht fortgebildet, sondern lediglich festgestellt wird.⁷⁵⁵ Bei Unklarheiten

750 Kühne, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 309; Pott, Die Außerkraftsetzung der Legalität, 34; Schroeder, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 411, 416.

751 Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 3; Erb, Legalität und Opportunität, S. 25; Heyden, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 22; Raiser, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 40; Zipf, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 487, 500 – 501.

752 Zur Terminologie, Engisch, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 15, 17.

753 Vgl. neben Vielen, ICC-OTP, *Policy Paper the Interests of Justice* (September 2007), S. 1; Greenawalt, New York University JILP 39 (2007), 538, 599; Kloss, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 15; Nserko, JICJ 3 (2005), 124; Pues, ICLR 17 (2017), 960; Webb, CLQ 50 (2005), 305.

754 Heyden, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 21 – 22; Hörnle, ZStW 117 (2005), 801, 825 – 826; Weigend, ZStW 109 (1997), 103, 105; Albrecht, in: Albrecht/ Guangzhong (Hrsg.), Non-Prosecution Policies, 203; Went, Das Opportunitätsprinzip, S. 13 – 16.

755 Heyden, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 11; kritisch, Grau, Das Verhältnis der Richterschaft zum Recht, S. 39; vgl. auch die Entscheidung des BGH zur Gesetzesbindung des Staatsanwalts bei „fester“ Rechtsprechung: „Es wäre gerade bei der Strafverfolgung [...] unerträglich, wenn Ergebnisse höchstrichterlicher Gesetzesanwendung, wonach bestimmtes Verhalten tatbestandsmäßig und daher strafbar ist, beiseitegeschoben, der Legalitätsgrundsatz dadurch durchbrochen und das staatsanwaltschaftliche Anklagemonopol nach abweichendem Ermessen gehandelt würde. Dies würde die Einheit der Rechtsanwendung und die Gleichheit vor dem

im Rahmen der Rechtsanwendung gibt eine streng methodische Auslegung den Weg zum einzig richtigen Ergebnis vor.⁷⁵⁶ Der Bestimmtheitsgrundsatz hat eine besonders hohe Stellung, wohingegen unbestimmte Rechtsbegriffe oder Ermessensspielräume selten vorkommen und im Grundsatz als systemfremd angesehen werden.⁷⁵⁷ Diesen Gedanken legt auch *Erb* seiner Definition des Legalitätsprinzips zugrunde, das er als „Ausschluss von Ermessensspielräumen bei der einzelfallbezogenen Umsetzung des Strafrechts“⁷⁵⁸ beschreibt. Andere Autoren sprechen bei Legalität von einer Herrschaft der Gesetze.⁷⁵⁹

Im Strafrecht bildet die unbedingte Strafverfolgungspflicht das Korrelat zum Anklagemonopol des Staats.⁷⁶⁰ Der ausnahmslose Verfolgungszwang folgt bereits aus der Existenz von Strafvorschriften in Verbindung mit der strikten Gesetzesbindung.⁷⁶¹ Im deutschen Recht etwa ist der Aufbau einer Strafnorm dergestalt, dass als Rechtsfolge der Tatbestandsverwirklichung die Bestrafung eintritt („Wer [...], wird [...] bestraft.“).⁷⁶² Eine prozessuale Vorschrift wie § 152 II StPO erfüllt in einem System der uneingeschränkten

Gesetz unzulässig beeinträchtigen und die Gewaltentrennung außer Acht lassen, weil die Frage, ob ein Verhalten strafbar ist, dann nicht mehr von der Gesetzesanwendung abhänge, sondern von der Rechtsansicht der jeweiligen Anklagebehörde.“, BGHSt 15, 155, 158; kritisch, *Bottke*, GA 1980, 298, 303 – 311.

756 *Bottke*, GA 1980, 298, 303; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 30; *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 34.

757 *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 4; *Hassemer*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 534; *Peters*, in: Schneider (Hrsg.), MüKO-StPO, § 152 Rn. 5; andere sehen in der Einräumung von Ermessen keine Schwächung des Prinzips, solange das Ermessen auf gesetzlicher Grundlage beruht, vgl. *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129, 132.

758 *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 87.

759 *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 10; *Pott*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 79, 83.

760 BGHSt 15, 155, 159; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, § 2 Rn. 47; *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 113; *Röben*, MPYUNL 7 (2003), 513, 522; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 12 Rn. 7; *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129, 131; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 169.

761 *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 4; von einer „effektiven Durchsetzung des materiellen Strafrechts“ schreibend, *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 28; *Pott*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 79, 83 – 84; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 168.

762 *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 29; *Pott*, Die Außerkräftsetzung der Legalität, S. 43.

Legalität lediglich eine zuständigkeitszuschreibende Funktion.⁷⁶³ Auf der anderen Seite darf keine Bestrafung ohne ein formelles Gesetz erfolgen, weswegen Legalität im Strafrecht die „*systematische Kehrseite des Grundsatzes nulla poene sine lege*“⁷⁶⁴ ist. Damit eng verbunden sind die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und die Erkennbarkeit der Reichweite der Freiheit des Einzelnen.⁷⁶⁵

Historisch erlebten Legalität und Rechtspositivismus ihre Blüte zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus und erlangten für das deutsche Strafrecht ihren Höhepunkt mit Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung von 1877.⁷⁶⁶ Dem Gedanken der Aufklärung folgend soll der Staat für den Bürger nicht bloß Schutz bieten,⁷⁶⁷ sondern zugleich absolute Gerechtigkeit schaffen.⁷⁶⁸ Damit einher geht der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz,⁷⁶⁹ der durch ausnahmslose und richtige Anwendung formale Gerechtigkeit gewähren soll, selbst wenn es im Einzelfall ungerecht wirken sollte.⁷⁷⁰ Das Legalitätsprinzip soll sicherstellen, dass jeder Täter ohne Ansehen der Person gerechter Strafverfolgung zugeführt wird.⁷⁷¹ Die zuständigen Behörden werden von politischen Erwägungen entlastet und daran gehindert, willkürlich oder selektiv entlang des Willens der politischen

763 Vgl. Heyden, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 10; Kühne, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 305; Schmidt-Jortzig, NJW 1989, 129, 132; Weigend, ZStW 109 (1997), 103, 104.

764 Hassemer, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529; ebenso, Kühne, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 306; Schroeder, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 411, 422; kritisch zum Begriff, Erb, Legalität und Opportunität, S. 118 – 119.

765 Roxin/ Greco, Strafrecht AT I, § 5 Rn. 19; Schmidt-Jortzig, NJW 1989, 129, 131 – 332.

766 Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 7; Horstmann, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 45 – 46.

767 Bis heute wird dem Staat die Pflicht beigemessen, sich auch mit Mitteln des Strafrechts schützend vor fundamentale Rechtsgüter des Bürgers zu stellen, ECHR NJW 2001, 1989, 1991; BVerfGE 39, 1, 42 – 45; BVerfG, NJW 2015, 150.

768 Wei, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 168; Roxin/ Schönemann, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 2; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, S. 56 – 57; kritisch zu dieser „stillschweigenden Prämisse“ für das Strafrecht, Maiwald, in: Schroeder/ Zipf (Hrsg.), FS Maurach, 9, 23.

769 BVerfGE 46, 214, 223; BVerfG, NSTZ 1982, 430; Danner, American JIL 97 (2003), 510, 512; Hassemer, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 530; Roxin/ Schönemann, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 2; Röben, MPYUNL 7 (2003), 513, 523.

770 Maiwald, in: Schroeder/ Zipf (Hrsg.), FS Maurach, 9, 22 – 23.

771 BVerfGE 46, 214, 223; Peters, in: Schneider (Hrsg.), MüKO-StPO, § 152 Rn. 3; Vultejus, ZRP 1999, 135, 136.

Elite zu handeln.⁷⁷² Dabei stärkt die alleinige Entscheidungsmacht des Gesetzgebers über die Strafbarkeit eines Verhaltens die Gewaltenteilung.⁷⁷³ Die Exekutive kann die Wertentscheidung der Legislative nicht durch Verfahrenseinstellungen konterkarieren und Entscheidungen der Judikative nicht vorwegnehmen.⁷⁷⁴ Letzten Endes ist das Legalitätsprinzip Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips.⁷⁷⁵

Die rechtsphilosophische Grundlage des Prinzips bildet das aufklärische Verständnis von Strafrecht.⁷⁷⁶ Nach der damals vorherrschenden absoluten Straftheorie ist Strafe ein rein repressiver Schuld- und Unrechtsausgleich eines Verstoßes gegen eine auf allgemeiner Anerkennung basierenden Norm, der keinen weiteren Zweck oder sozialen Nutzen erfüllen muss.⁷⁷⁷ Aus der absoluten Straftheorie leitet sich nicht bloß der Anspruch des Staats zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts ab,⁷⁷⁸ sondern ebenso eine korrelierende Durchsetzungspflicht.⁷⁷⁹ Denn ein Straftäter spricht dem Opfer seine Subjektqualität ab, stellt mit der Negierung gegenseitiger Anerkennung die Rechtsgemeinschaft in Frage und verletzt den formalen Friedenszustand innerhalb der Gemeinschaft, womit Letztere das so entstandene Ungleichgewicht wieder in ein Gleichgewicht zurückbringen

772 BVerfG NStZ 1982, 430; BGHSt 15, 155, 159; *Röben*, MPYUNL 7 (2003), 513, 523; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 168; *Raiser*, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 41; *Vultejus*, ZRP 1999, 135, 136.

773 *Hassemer*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 531; *Pott*, Die Außerkraftsetzung der Legalität, S. 40.

774 BGHSt 15, 155, 159 – 160; *Kühne*, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 307; *Weigend*, ZStW 109 (1997), 103, 104 Fn. 3.

775 BVerfGE 46, 214, 223; BVerfG NStZ 1982, 430; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, § 2 Rn. 47; *Diemer*, in: Barthe/ Gericke (Hrsg.), KK-StPO, § 152 Rn. 3; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 2; *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129, 132.

776 *Hörnle*, Straftheorien, S. 18; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, S. 56 – 57.

777 *Freund/Rostalski*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 9 – 11; *Gierhake*, ZIS 2008, 354, 355; *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 15; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, S. 51; das Legalitätsprinzip auch aus relativen Straftheorien ableitend, *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 42 – 45.

778 *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 40; *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), 701, 729 – 730; *Pott*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 79, 82.

779 *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 96 – 96g; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 65.

muss.⁷⁸⁰ Nach der absoluten Straftheorie muss die Strafverfolgung zwangsläufig dem Legalitätsprinzip folgen.⁷⁸¹

2. Defizite des Legalitätsprinzips

Grundlegende Kritik am Legalitätsprinzip setzt bereits auf Ebene der absoluten Straftheorie an. Strafe soll sich aus heutiger Sicht zweckrational durch relative Straftheorien legitimieren.⁷⁸² Knüpft die Bestrafung an Kriterien wie Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit an, verliert der Verfolgungszwang des Legalitätsprinzips seinen Absolutheitsanspruch.⁷⁸³ Die ausnahmslose Verfolgung aller Straftäter stellt ohnehin zu keinem Zeitpunkt ein realistisches Szenario dar.⁷⁸⁴ Es besteht immer ein Dunkelfeld, wenn die zuständigen Behörden keine Kenntnis von tatsächlich begangenen Straftaten erlangen oder mangels hinreichender Ressourcen zur Verfolgung außerstande sind.⁷⁸⁵ Legalität ist vor dem Hintergrund der Selektivität der Strafverfolgung kein Prinzip, sondern vielmehr ein Ideal.⁷⁸⁶

Einer solchen Kritik ist zwar leicht entgegenzuhalten, dass ein Prinzip nicht allein deswegen illegitim ist, weil es sein normatives Ziel nicht in Vollkommenheit erreichen kann.⁷⁸⁷ Vor allem das Argument der Dunkelfeldproblematik lässt sich dadurch entkräften, dass sich die aus dem Legalitätsprinzip resultierende Verfolgungspflicht nur auf bekannt gewordene

780 *Gierhake*, ZIS 2008, 354, 355 – 356.

781 *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 16; *Pott*, Die Außerkraftsetzung der Legalität, S. 16.

782 BGHSt 24, 40, 42; *Freund/ Rostalski*, Strafrecht AT, § 1 Rn. II; *Roxin/ Greco*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 7.

783 *Roxin/ Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 2; *Zipf*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 487, 497 – 498.

784 In Deutschland wird dieser Umstand sogar von der Rechtsprechung anerkannt, vgl. BGHSt 50, 40, 45; *Lorenzen*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 541, 543; eine Ressourcenknappheit verneinend hingegen, *Malek*, StV 2011, 559, 565; ebenfalls kritisch, *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 45.

785 *Hassemer*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 534; *Kühme*, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 308; *Raiser*, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 42.

786 *Lorenzen*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 541, 543; *Zipf*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 487, 494.

787 *Bohnert*, Die Abschlussscheidung des Staatsanwalts, S. 99; *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 34; *Peters*, in: Schneider (Hrsg.), MüKO-StPO, § 152 Rn. 7.

Verdachtsfälle erstreckt.⁷⁸⁸ Aber zumindest derjenige Teil des Strafverfolgungsdefizits, der nicht auf bloßer Unkenntnis der Behörden beruht, tangiert die normativen Grundlagen des Legalitätsprinzips. Wenn nicht in allen Fällen eines Anfangsverdachts Ermittlungen betrieben und in der Folge Anklagen erhoben werden können, müssen die Strafverfolgungsbehörden zwangsläufig ihre Fälle selektieren, wodurch ein faktisches Ermessen entsteht.⁷⁸⁹ Einem hypothetisch gedachten System uneingeschränkter Legalität ist jedwedes Ermessen bereits im Grundsatz fremd.⁷⁹⁰

Selbst in einem System mit lediglich eingeschränkter Legalität, in dem im begrenzten Umfang unbestimmte Rechtsbegriffe und explizite Ermessensvorschriften Teil des positiven Rechts sind, muss das Ermessen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.⁷⁹¹ Das ist bei faktischem Ermessen nicht der Fall, weil es aufgrund tatsächlicher Umstände außergesetzlich entsteht.⁷⁹² Außergesetzliches Ermessen ist nicht nur systemwidrig, sondern wirkt sich zugleich auf die rechtsstaatlichen Begründungen des Legalitätsprinzips aus. Ohne gesetzliche Bindung steigt die Gefahr willkürlicher Handlungen und damit einhergehend einer ungleichen Behandlung der Bürger.⁷⁹³ Über die Zufügung von Strafe entscheiden zwar noch immer die Gerichte in öffentlicher Hauptverhandlung, aber eben nicht mehr in allen Fällen, was mit einer Schwächung der Gewaltenteilung und verringerter öffentlicher Kontrolle einhergeht.⁷⁹⁴ In der Praxis werden die Behörden regelmäßig Fälle schwerer Kriminalität stärker verfolgen, womit das faktische

788 *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 12; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, S. 53; *Weßlau*, in: *Wolter* (Hrsg.), SK-StPO, Vor §§ 151 ff. Rn. 30; *Zipf*, in: *Baumann/ Tiedemann* (Hrsg.), FS Peters, 487, 489.

789 *Hassemer*, in: *Ostendorf* (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 534; *Raiser*, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 42; *Weßlau*, in: *Wolter* (Hrsg.), SK-StPO, Vor §§ 151 ff. Rn. 27.

790 *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 87; *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 11.

791 So zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage zur Ermessensausübung im Bereich des Strafrechts, BGHSt 15, 155, 158 – 159; *Schroeder*, in: *Baumann/ Tiedemann* (Hrsg.), FS Peters, 411, 412.

792 *Pott*, Die Außerkraftsetzung der Legalität, S. 39; *Raiser*, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 42.

793 *Diemer*, in: *Barthe/ Gericke* (Hrsg.), KK-StPO, § 152 Rn. 3; *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 98 – 99; *Pott*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 79, 84; *Schmidt-Jortzig*, NJW 1989, 129, 136 – 138.

794 *Weigend*, ZStW 109 (1997), 103, 115.

Ermessen insbesondere im Bereich der leichteren Kriminalität Relevanz hat.⁷⁹⁵

Neben dem Strafverfolgungsdefizit und dem daraus resultierenden faktischen Ermessen bildet der Anspruch, die Auswirkungen menschlicher Faktoren auf die Rechtsanwendung zu minimieren, den zweiten wesentlichen Kritikpunkt am Legalitätsprinzip. Er setzt bereits auf Ebene der Legalität an, deren strikte Gesetzesbindung auf eine mechanische Rechtsanwendung hinausläuft und den Juristen zum „Subsumtionsautomaten“ degradiert.⁷⁹⁶ Der absolutistische Kodifikationsgedanke, wonach die Gesetze möglichst viele Lebenssachverhalte erfassen und mit präzisiertem Wortlaut die Macht der Juristen begrenzen sollen, ist realitätsfern, da nicht jeder Sachverhalt kodifiziert werden kann.⁷⁹⁷ In der Praxis bedient sich der Gesetzgeber abstrakt-genereller Regelungen und unbestimmter Rechtsbegriffe, bei deren Anwendung und Auslegung unterschiedliche Vorverständnisse Einzug in das System finden.⁷⁹⁸ Entscheidungen sind situations- und zeitbezogen und im Rahmen der Anwendung sowie Auslegung der Gesetze können durchaus mehrere Ergebnisse vertretbar und „richtig“ sein.⁷⁹⁹ Spätestens bei der Interpretation eines Sachverhalts oder bei der Frage, ob im Einzelfall ein bestimmter Verdachtsgrad vorliegt, ist eine menschliche Prognose notwendig.⁸⁰⁰

3. Begründung des Opportunitätsprinzips

Nach dem Grundgedanken von Opportunität wird das Recht nicht in völliger Normenbestimmtheit vom Gesetzgeber vorgegeben, sondern ist von unbestimmten Rechtsbegriffen und bisweilen außerlegislativer Rechtsfortbildung geprägt.⁸⁰¹ Die Rolle des Rechtsanwenders beschränkt sich nicht

795 *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 170 – 171; *Kühne*, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 308.

796 *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 30; ebenfalls kritisch, *Schroeder*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 411, 422.

797 *Erb*, Legalität und Opportunität, S. 31; *Maiwald*, in: Schroeder/ Zipf (Hrsg.), FS Maurach, 9.

798 *Hassemer*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 532; *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 230 – 231; *Schroeder*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 411, 412.

799 *Bohnert*, Die Abschlussscheidung des Staatsanwalts, S. 145.

800 *Bottke*, GA 1980, 298, 303; *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 113.

801 *Kühne*, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 309; *Schroeder*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 411, 416.

auf die reine Subsumtion eines Sachverhalts unter den Wortlaut eines vorgegebenen Gesetzes; vielmehr wird das Recht jedenfalls auch induktiv vom Einzelfall konstituiert.⁸⁰² Einem solchen Rechtsverständnis folgen zahlreiche Staaten, insbesondere solche des *Common Law*.⁸⁰³ Für die Strafverfolgung bedeutet dies, dass die zuständige Behörde nach eigenem Ermessen auch dann über Aufnahme und Einstellung eines Verfahrens entscheiden kann, wenn eine hinreichende Verdachtslage besteht.⁸⁰⁴ Die Zuständigkeit für die Entscheidung hängt von der jeweiligen Rechtsordnung ab und auch der Zeitpunkt zur Ermessensausübung kann unterschiedlich ausfallen, etwa bei der Frage der Aufnahme von Ermittlungen, der Anklageerhebung oder der Rücknahme der Anklage.⁸⁰⁵ Eine Ermessenskompetenz muss den Strafverfolgungsorganen nicht ausdrücklich zugeschrieben werden, sondern ist oftmals systemimmanent und ungeschrieben.⁸⁰⁶

Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht soll zugunsten des Bürgers wirken. Strafverfolgungsorgane schaffen durch ihr Ermessen keine neuen Tatbestände, sondern fungieren als weitere Kontrollinstanz.⁸⁰⁷ Anstatt die in vielen Fällen geringe Normenbestimmtheit als Mittel zur Schließung von Strafbarkeitslücken zu nutzen, bietet das Ermessen die Möglichkeit, an sich tatbestandsmäßiges, aber im Einzelfall nicht strafwürdiges Verhalten im Vorfeld einer für die Betroffenen belastenden Hauptverhandlung von der Strafverfolgung auszuschließen.⁸⁰⁸ Die Befürchtung, Opportunität verstoße

802 *Hassemer*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 536.

803 *Greenawalt*, New York University JILP 39 (2007), 538, 599; *Nserko*, JICJ 3 (2005), 124, 129; mit rechtsvergleichenden Hinweisen, insbesondere zur unterschiedlichen Reichweite des staatlichen Anklagemonopols, *Went*, Das Opportunitätsprinzip, S. 17 – 21.

804 *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 7; *Nserko*, JICJ 3 (2005), 126, 127 – 128; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 168.

805 *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 389; *La Fave*, American JCL 18 (1970), 532; *Nserko*, JICJ 3 (2005), 124, 126 – 134; *Stith*, Yale LJ 117 (2008), 1420, 1422.

806 *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 104 – 105; *Stith*, Yale LJ 117 (2008), 1420, 1422.

807 *Stith*, Yale LJ 117 (2008), 1420, 1422; *Raiser*, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 59.

808 *Freund*, GA 1995, 4, 8 – 9; *La Fave*, American JCL 18 (1970), 532, 533; *Raiser*, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 57; in diese Richtung auch *Hassemer*, der aber kritisiert, dass auch bei einem strengen Verfolgungszwang die Verantwortlichkeit der von der Strafverfolgung betroffenen Person noch nicht festgestellt ist, sodass eine Selektion von strafwürdigem und strafunwürdigem Verhalten im Vorfeld der Hauptverhandlung eigentlich nicht erforderlich sei, *Hassemer*,

gegen den Bestimmtheitsgrundsatz,⁸⁰⁹ verliert dadurch an Brisanz. Das Ergebnis der Ermessensausübung ist keine exekutive Willkür, sondern Folge einer Abwägung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung mit anderen Interessen.⁸¹⁰ Infolgedessen ist es Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁸¹¹

Um der Gefahr politisierter oder willkürlicher Verfahren sowie Fehlern in der Interessenabwägung zu begegnen, bieten Systeme mit Opportunitätsprinzip unterschiedliche Regulierungsmechanismen. So genießen die Ankläger in der Regel eine erhöhte Unabhängigkeit, die unter Umständen bis hin zu quasi-richterlicher Unabhängigkeit reichen kann, sie sind an das Prinzip der Objektivität gebunden und werden bisweilen gewählt.⁸¹² Im begrenzten Rahmen haben Gerichte die Möglichkeiten zur rechtlichen Kontrolle der Ermessensausübung oder dem Verletzten wird die Möglichkeit zur Privatklage oder Klageerzwingung eingeräumt, wenn er seine Interessen nicht zufriedenstellend berücksichtigt sieht.⁸¹³

Welche Faktoren im Rahmen der Abwägung mit welcher Gewichtung zu berücksichtigen sind, kann von Staat zu Staat unterschiedlich sein. Üblicherweise sind general- und spezialpräventive Erwägungen, die Schwere der Tat, Opferinteressen, Zeugenschutz, Interessen des Staats, ermittlungstaktische Erwägungen oder Ressourcenmanagement relevant.⁸¹⁴ Dadurch soll das Strafverfahren ein erhöhtes Maß an Flexibilität und Effektivität gegenüber einem unbedingten Verfolgungszwang nach dem Legalitätsprinzip erlangen,⁸¹⁵ was auch zu einer möglichen Entlastung der Justiz führen

in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 538; *Went*, Das Opportunitätsprinzip, S. 20.

809 *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, S. 126 – 128; *Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, S. 73; zum materiellen Strafrecht, *Freund/ Rostalski*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 27.

810 BVerfG NJW 2002, 815, 816; *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383 388, 389; *Schroeder*, in: *Baumann/ Tiedemann* (Hrsg.), FS Peters, 411, 416 – 417; *Went*, Das Opportunitätsprinzip, S. 20.

811 *Pott*, Die Außerkraftsetzung der Legalität, 53; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 168.

812 *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 388 – 390; mit dem Hinweis, dass gewählte Ankläger automatisch ein politisches Amt ausüben, *Went*, Das Opportunitätsprinzip, S. 19; rechtsvergleichend, *Nserko*, JICJ 3 (2005), 124, 129 – 130.

813 Vgl. BVerfG NJW 2002, 815, 816; allgemein, *Nserko*, JICJ 3 (2005), 124, 128.

814 *La Fave*, American JCL 18 (1970), 532, 533 – 536; *UNODC/ IAP*, The Status and Role of Prosecutors, S. 45.

815 *Kühne*, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 308.

soll.⁸¹⁶ Im Einzelfall können Fragen der Zweckmäßigkeit ausschlaggebend sein.⁸¹⁷ Die Suche nach der materiellen Wahrheit hat demgegenüber einen geringeren Stellenwert.⁸¹⁸ Grenzen der Ermessensausübung bilden rechtliche Vorgaben, insbesondere das Diskriminierungsverbot.⁸¹⁹ Um die Transparenz der Entscheidungsfindung zu steigern und Willkür sowie politisch motivierte Handlungen zu verhindern, üben die Behörden ihr Ermessen regelmäßig anhand von Richtlinien aus, die im Zusammenspiel mit einschlägigen formellen Gesetzen Anwendung finden.⁸²⁰

Weil das Opportunitätsprinzip bereits im Grundsatz von Ermessen ausgeht, ist auch die Selektivität der Strafverfolgung kein Fremdkörper, sondern systemimmanent. Spätestens unter dem Aspekt der Verteilung von Ermittlungs- und Strafverfolgungskapazitäten auf einzelne Taten sind die Behörden mit der Verteilung von Ressourcen konfrontiert.⁸²¹ Während das Opportunitätsprinzip der Distribution auf prozessualer Ebene begegnet, ignoriert sie ein strenges Legalitätsprinzip im Grundsatz. Interessanterweise bietet das Opportunitätsprinzip unter diesem Gesichtspunkt ein höheres Maß an Gerechtigkeit als das an absoluter Gerechtigkeit orientierte Legalitätsprinzip.⁸²² Denn ohne Distributionskriterien, wie sie nur das Opportunitätsprinzip bietet, erfolgt die Verteilung der Ermittlungs- und Strafverfolgungsressourcen willkürlich und damit ungerecht.

Auf theoretischer Ebene lässt sich das Opportunitätsprinzip auf relative Straftheorien zurückführen,⁸²³ die ihre philosophischen Grundlagen im

816 Pott, Die Außerkraftsetzung der Legalität, S. 40; Mavany, in: Becker et al. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg-StPO, § 152 Rn. 52 – 55.

817 Weßlau, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, Vor § 151 ff. Rn. 8; Raiser, Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess, S. 50.

818 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 6; Went, Das Opportunitätsprinzip, S. 20.

819 Nicht berücksichtigt werden dürfen insbesondere “the alleged offender’s race, religion, gender, sexual orientation, political associations, activities or beliefs, the personal feelings or beliefs of the prosecutor, investigator, or alleged offender are not relevant considerations”, UNODC/IAP, The Status and Role of Prosecutors, S. 45.

820 Fife, in: Bergsmo (Hrsg.), Criteria for Prioritizing and Selecting, 15, 19; Greenawalt, New York University JILP 39 (2007), 538, 600; La Fave, American JCL 18 (1970), 532, 537; UNODC/IAP, The Status and Role of Prosecutors, S. 18; kritisch wegen des Potenzials der Richtlinien zur Vorwegnahme des Ergebnisses der eigentlichen Ermessensausübung, Goldston, JICJ 8 (2010), 383, 403.

821 Ambos, Treatise III, S. 377 – 378; Pott, Die Außerkraftsetzung der Legalität, 143.

822 Hassemer, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 534; Weigend, ZStW 1997, 104, Fn. 5; Weßlau, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, Vor §§ 151 ff. Rn. 31.

823 Pott, Die Außerkraftsetzung der Legalität, S. 52 – 56.

Utilitarismus finden.⁸²⁴ In Kurzform besagt jene an Zweck und Konsequenz einer Handlung orientierte Ethik, dass eine fragliche Handlung dann positiv ist, wenn sie die Summe des Wohlergehens aller Betroffenen steigert.⁸²⁵ Im Bereich des Strafrechts haben sich relative Straftheorien etabliert, nach denen die Bestrafung eines Individuums deswegen zweckrational ist, weil sie eine erneute Verletzung von Rechtsgütern verhindern soll.⁸²⁶

4. Defizite des Opportunitätsprinzips

Während Legalität in ihrer extremsten Form auf einen Rechtsanwender in Form eines „Subsumtionsautomaten“ hinausläuft, bietet Opportunität das Potenzial für Willkür und unvorhersehbare Entscheidungen, weil die Anwendung ein und derselben Norm zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.⁸²⁷ Willkür und politisch motivierte Entscheidungen sollen zwar durch gesetzliche Rahmen und Wertungen minimiert werden.⁸²⁸ Wenn aber der Gesetzgeber ein allgemein formuliertes Gesetz erlässt, welches im Wege exekutiver Entkriminalisierung seinen Absolutheitsanspruch verliert, erscheint staatliches Handeln widersprüchlich und unvorhersehbar.⁸²⁹ Einzelfallgerechtigkeit kann schon begrifflich nicht durch eine allgemeingültige Regel vorgegeben werden, weswegen auch ermessenleitende Richtlinien und Wertungen niemals ausreichend konkret für eine Entscheidungsvornahme sein können.⁸³⁰ In vielerlei Fällen sind sie vage formuliert, bieten dem Bürger kein der gerichtlichen Kontrolle unterliegendes Recht auf Einhaltung und bleiben unveröffentlicht, was die öffentliche Kontrolle mindert.⁸³¹ Dadurch gewinnt die Exekutive an Bedeutung, denn sie hat

824 Hörnle, *Straftheorien*, S. 57; *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), 701, 703 – 704.

825 *Seelmann/ Demko*, *Rechtsphilosophie*, § 10 Rn. 2 – 9; zur Kritik, *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 78 – 86.

826 *Freund/ Rostalski*, *Strafrecht AT*, § 1 Rn. 12; *Tallgren*, *European JIL* 13 (2002), 561, 569.

827 *Erb*, *Legalität und Opportunität*, S. 34; *Pott*, *Die Außerkraftsetzung der Legalität*, S. 145.

828 *Greenawalt*, *New York University JILP* 39 (2007), 538, 652; *Went*, *Das Opportunitätsprinzip*, S. 19.

829 *Hassemer*, in: *Ostendorf* (Hrsg.), *FS StA Schleswig-Holstein*, 529, 538; *Mavany*, in: *Becker et al.* (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg-StPO*, § 152 Rn. 56; *Pott*, *Die Außerkraftsetzung der Legalität*, S. 89.

830 Vgl. *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 79; *Stith*, *Yale LJ* 117 (2008), 1420, 1494.

831 *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 549; *Goldston*, *JICJ* 8 (2010), 383, 404 Fn. 88.

einen wesentlichen Anteil an der Entscheidung, ob Strafverfolgung im Einzelfall gerecht ist oder nicht.⁸³²

Dies führt vor allem dann zu einer Schwächung der Gewaltenteilung, wenn die vorgesehenen Regulierungsmechanismen unzureichend sind oder versagen.⁸³³ Nachdem sich eine Behörde im Vorfeld der Hauptverhandlung gegen Strafverfolgung entscheidet, kann über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der entkriminalisierten Person nicht mehr im Rahmen einer Hauptverhandlung entschieden werden, wodurch der rechtsprechenden Gewalt Fälle entzogen werden.⁸³⁴ Eine gegebenenfalls zum Beweis der Unschuld führende Wahrheitsfindung ist von vornherein ausgeschlossen.⁸³⁵ Besonders problematisch ist die außergerichtliche Entkriminalisierung, wenn sie mit einer Sanktion oder Auflage verbunden ist, die sich zwangsläufig gegen eine als unschuldig geltende Person richtet.⁸³⁶ Derartige Bedenken gegen das Opportunitätsprinzip beruhen im Endeffekt auf denselben Gründen, die zugunsten des Legalitätsprinzips angeführt werden, also in erster Linie auf dem Rechtsstaatsprinzip.⁸³⁷

Prinzipiell ließe sich einwenden, das Opportunitätsprinzip wirke im Strafrecht zugunsten des Bürgers und rechtsstaatliche Bedenken seien daher weniger gravierend. Allerdings wirkt sich die Selektivität der Strafverfolgung trotz ihrer Systemimmanenz auch auf die Legitimation des Opportunitätsprinzips aus. Die Möglichkeit der Unterscheidung zwischen strafwürdigem und strafunwürdigem Verhalten im Einzelfall entbindet nicht von der Pflicht, überhaupt eine Entscheidung zu treffen. Sollten die Ressourcen der Behörden zu gering sein, um in allen Fällen zu entscheiden oder eine umfassende Strafverfolgung durchzuführen, werden sie in der Regel Aspekte des Ressourcenmanagements in ihr Ermessen einbeziehen.⁸³⁸ Wenn aufgrund dessen nur ein sehr geringer Teil der begangenen Taten tatsächlich der Verfolgung zugeführt wird, wirkt Opportunität nicht mehr in

832 Hassemer, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 532; Heyden, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 99.

833 Greenawalt, New York University JILP 39 (2007), 538, 650; La Fave, American JCL 18 (1970), 532, 538.

834 Hassemer, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529, 531; Kühne, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 307; La Fave, American JCL 18 (1970), 532, 540.

835 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 6 – 7; Went, Das Opportunitätsprinzip, S. 19.

836 Pott, Die Außerkraftsetzung der Legalität, 143.

837 Bohnert, Die Abschlußentscheidung des Staatsanwalts, S. 220.

838 Freund, GA 1995, 4, 14; Pott, Die Außerkraftsetzung der Legalität, S. 53; Weßlau, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, Vor § 151 ff. Rn. 30.

erster Linie zugunsten der nicht verfolgten Bürger, sondern sie belastet vor allem diejenige Minderheit an Personen, die der Strafverfolgung zugeführt wird. Die Abwägung zwischen Verfolgung und Nichtverfolgung wird insbesondere im Bereich schwerer Kriminalität zugunsten der Strafverfolgung ausfallen, sodass man dort im Endeffekt zum selben Ergebnis wie beim Legalitätsprinzip gelangt.⁸³⁹

Kritik lässt sich ebenso an der straftheoretischen und rechtsphilosophischen Begründung des Opportunitätsprinzips anführen. Weil der Utilitarismus auf den Gesamtnutzen einer Handlung abstellt, sind Fälle denkbar, bei denen um des Gesamtnutzens willen der Einzelne ungerecht behandelt wird. *Seelmann* und *Demko* nennen in ihrem Lehrbuch ein Beispiel, wonach in den Südstaaten der USA ein unschuldiger farbiger Mensch hart verurteilt wird, um zu verhindern, dass ein weißer Mob eine Siedlung farbiger Menschen angreift.⁸⁴⁰ Bei Unschuldigen ist die Ungerechtigkeit bereits gegeben, weil sie ohne eigene Selbstbestimmtheit „als bloße Objekte [s]einer Rettungsaktion zum Schutz anderer“⁸⁴¹ Opfer für das Gemeinwohl bringen müssen. Aber selbst dann, wenn man entgegen dem Beispiel eine schuldige Person annimmt, kann die Strafverfolgung der farbigen Person generalpräventiv stärker geboten sein als die Verfolgung einer weißen Person, weil Letztere den gesellschaftlichen Hass weiter schüren würde. Die farbige Person würde dann allein deswegen der Strafverfolgung zugeführt, weil ihre Benachteiligung zufälligerweise den Gesamtnutzen stärker steigert.

Das Opportunitätsprinzip begegnet diesem Problem mit Regeln und Richtlinien zur Ermessensausübung, mithilfe derer Willkür und diskriminierende Behandlungsweisen unterbunden werden sollen.⁸⁴² Das Potenzial einer auf Utilitarismus basierenden Straftheorie zur Instrumentalisierung

839 *Freund*, GA 1995, 4, 14; *Diemer*, in: Barthe/ Gericke (Hrsg.), KK-StPO, § 152 Rn. 4; *Pott*, Die Außerkraftsetzung der Legalität, S. 53; *Went*, Das Opportunitätsprinzip, S. 19.

840 *Seelmann/ Demko*, Rechtsphilosophie, § 10 Rn. 6.

841 So auch die Argumentation des BVerfG in seinem Urteil zum Luftsicherheitsgesetz, in dem es den Abschluss eines von Terroristen gekaperten Passagierflugzeugs mit dem Ziel der Herbeiführung eines schweren Unglücksfalls vor allem deswegen als Verstoß gegen die Menschenwürde ansieht, weil sich die vom erlaubten Abschuss betroffenen unschuldigen Passagiere durch bloßen Zufall in der Hand der Terroristen befinden und dennoch für das Gemeinwohl getötet werden sollen, BVerfGE 115, 118, 154.

842 *Zipf*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 487, 500 – 501.

bleibt jedoch grundsätzlich bestehen.⁸⁴³ Darüber hinaus ist es oftmals schwer zu bestimmen, wie sich im konkreten Fall der bezweckte Gesamtnutzen bemessen soll.⁸⁴⁴ Auf praktischer Ebene wird der Vorteil der Effektivität durch derart komplexe Abwägungsentscheidungen gefährdet.⁸⁴⁵

5. Synthese

Die Prinzipien der Legalität und der Opportunität scheinen sich auf den ersten Blick grundlegend zu widersprechen.⁸⁴⁶ In den Worten *Hassemers*: „Das Legalitätsprinzip steht, in dieser Sicht, für Automatismus, Gleichmäßigkeit und gerechte Tatvergeltung, das Opportunitätsprinzip steht für Abwägung im Einzelfall, Würdigung der jeweiligen Besonderheiten und kluge Rücksicht auf die Folgen.“⁸⁴⁷ Bereits die unterschiedlichen Rechtssysteme der Staaten zeigen allerdings, dass keines der Prinzipien in vollkommener Reinform existiert.⁸⁴⁸ Vielmehr nähern sie sich an ihren Rändern dem jeweils anderen Prinzip an. Wie oben dargelegt, sind ihre jeweiligen Legitimationen durch zu geringe Ressourcen der Behörden sowie die Selektivität der Strafverfolgung negativ tangiert. Beim Legalitätsprinzip auf der einen Seite entsteht außergesetzliches Ermessen, das insbesondere im Bereich leichter Kriminalität zur Nichtverfolgung führt.⁸⁴⁹ Beim Opportunitätsprinzip auf der anderen Seite überwiegt insbesondere bei schwerer Kriminalität das Strafverfolgungsinteresse vor anderen Interessen, sodass dort eine Quasi-Verfolgungspflicht entsteht.⁸⁵⁰ Vieles deutet also auf eine Synthese anstelle eines Widerspruchs hin.

843 *Duff*, in: Schünemann et al. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 181, 188; *Hörnle*, *Straftheorien*, S. 53; *Kindhäuser*, *ZStW* 107 (1995), 701, 728 – 729.

844 *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, S. 79.

845 *Greenawalt*, *New York University JILP* 39 (2007), 538, 654.

846 *Beulke/Swoboda*, *Strafprozessrecht*, § 2 Rn. 47; *Pott*, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 79, 96; *Kühne*, *Strafprozessrecht*, § 18 Rn. 309; *Vultejus*, *ZRP* 1999, 135, 136.

847 *Deiters*, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, S. 56 – 57; vgl. auch *Hassemer*, in: *Ostendorf* (Hrsg.), *FS StA Schleswig-Holstein*, 529, 538.

848 *Heyden*, *Begriff, Grundlagen und Verwirklichung*, S. 21 – 22; *Hörnle*, *ZStW* 117 (2005), 801, 825 – 826; *Weigend*, *ZStW* 109 (1997), 103, 105; *Albrecht*, in: *Albrecht/Guangzhong* (Hrsg.), *Non-Prosecution Policies*, 203; *Went*, *Das Opportunitätsprinzip*, S. 13 – 16.

849 Näher bereits unter (D. I. 2.).

850 Näher bereits unter (D. I. 4.).

Die normativen Grundlagen beider Prinzipien unterfüttern diese Behauptung. Opportunität verfolgt Einzelfallgerechtigkeit, wohingegen Legalität absolute Gerechtigkeit mittels formaler Gleichheit zu erreichen versucht. Auf straftheoretischer Ebene haben sich – jedenfalls für das deutsche Recht – Vereinigungstheorien etabliert, welche die Bestrafung aus einem Kombinationsmodell relativer und absoluter Straftheorien legitimieren.⁸⁵¹ So hat das BVerfG als Strafzwecke „Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht [...] als Aspekte einer angemessenen Strafe“ bezeichnet.⁸⁵² Sieht man das materielle und das prozessuale Strafrecht als legitimatorische Einheit,⁸⁵³ ist eine Übertragung der Vereinigungstheorie auf das Strafprozessrecht die logische Konsequenz. Es kommt aus dieser Sicht also nicht auf eine Alternativentscheidung zwischen diesem oder jenem Prinzip an, sondern auf die Schwere ihrer Gewichtung im Rahmen einer Kombination.⁸⁵⁴

Zwei Wege sind demnach denkbar. Einerseits kann ein System grundsätzlich dem Legalitätsprinzip folgen, allerdings für gesetzlich bestimmte Fälle Opportunitätsentscheidungen der Exekutive zulassen.⁸⁵⁵ Das kann durch ausdrückliche Ermessensvorschriften oder durch unbestimmte Rechtsbegriffe wie das „öffentliche Interesse“ geschehen, wodurch ohnehin bestehendes außergesetzliches Ermessen legalisiert wird.⁸⁵⁶ Andererseits ist ein System denkbar, dass im Grundsatz dem Opportunitätsprinzip folgt,

851 BVerfGE 45, 187, 253; BGHSt 24, 40, 42; *Werkmeister*, Straftheorien im Völkerstrafrecht, S. 348 – 351; zur Vereinigung des Utilitarismus mit Gerechtigkeitsprinzipien auf philosophischer Ebene, *Seelmann/ Demko*, Rechtsphilosophie, § 10 Rn. 9.

852 BVerfGE 45, 187, 253 – 254. Hierbei handelt es sich zwar um ein deutsches Urteil vor dem Hintergrund der nationalen Rechtskultur, der Grundgedanke einer Vereinigung verschiedener Strafzwecke gilt jedoch auch auf internationaler Ebene, vgl. *Werkmeister*, Straftheorien im Völkerstrafrecht, S. 348 – 351.

853 *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, S. 59 – 60; *Hassemer*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 529; *Freund*, GA 1995, 4, 12.

854 *Mavany*, in: Becker et al. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg-StPO, § 152 Rn. 51.

855 *Kühne*, Strafprozessrecht, § 18 Rn. 309; *Schroeder*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 411, 416. Nach *Heyden* können die Deliktsart, die Person des Täters, die Auswirkung der Strafverfolgung auf die Betroffenen, das Maß des Verschuldens oder der Tatort als Anknüpfungspunkt für eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips dienen, *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 23 – 24.

856 *Bottke*, GA 1980, 298, 308; anders hingegen *Zipf*, wonach Ausnahmen vom Legalitätsprinzip allein durch unbestimmte Rechtsbegriffe legitimierbar seien, *Zipf*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 487, 500 – 501.

bei dem allerdings für gewisse Fälle eine Verfolgungspflicht besteht.⁸⁵⁷ Diese kann sich aus dem Wortlaut des Gesetzes oder aus Richtlinien zur Ermessensausübung ergeben, welche in gewissen Konstellationen ein klares Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses vorgeben.⁸⁵⁸

II. Grundsätzliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten

Im vorherigen Abschnitt wurde argumentiert, dass auf theoretischer Ebene eine Synthese zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip am ehesten der Selektivität der Ermittlungen und Strafverfolgungen bei geringen Ressourcen der zuständigen Behörde gerecht wird. Nunmehr soll erörtert werden, ob sich dieser Gedanke im positiven Recht des ICC wiederfindet. Dazu wird im Wesentlichen auf Art. 53 ICCSt zurückgegriffen, welcher in einem komplexen Regelungssystem die Entscheidung zur (Nicht-)Einleitung von Ermittlungen und Strafverfolgungen normiert.⁸⁵⁹ Einige Autoren sehen Art. 53 ICCSt als Ausdruck des traditionellen *Common Law*-Systems, wonach der Anklagebehörde ein weites Ermessen mit eng begrenzter richterlicher Kontrolle zukomme.⁸⁶⁰ Andere Autoren sehen in derselben Vorschrift eine Verankerung des Legalitätsprinzips, ähnlich dem deutschen § 152 II StPO.⁸⁶¹

Auf den folgenden Seiten soll zunächst argumentiert werden, dass dem Statut eine jedenfalls im Grundsatz umfassende Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht zugrunde liegt. Dies geschieht in drei Schritten: (1) Darlegung der Pflicht zur Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation nach Aktivierung der Gerichtsbarkeit; (2) Darlegung der anschließenden Pflicht zur Durchführung umfassender Ermittlungen in jedem einzelnen Fall innerhalb der Situation; (3) Darlegung der Pflicht zur umfassenden Strafverfolgung in jedem Fall der Situation sowie (4)

857 In der Literatur wird diese Möglichkeit zumeist implizit vorausgesetzt, *Côté*, JICJ 3 (2005), 162, 174; *Schroeder*, in: Baumann/ Tiedemann (Hrsg.), FS Peters, 411, 416; kritisch, *Heyden*, Begriff, Grundlagen und Verwirklichung, S. 26.

858 *Danner*, American JIL 97 (2003), 511 – 512.

859 Näher zu den Anwendungsbereichen der einzelnen Absätze der Vorschrift bereits unter (C.).

860 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 76; *Danner*, American JIL 97 (2003), 510, 519; *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 599.

861 *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 785, 800 – 801; *Tomuschat*, Die Friedens-Warte 73 (1998), 335, 344; *Van Heeck*, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 190; *Wilhelmi*, Die Verfahrensordnung des IStGH, S. 48.

Bestätigung der Ergebnisse. Nachdem der Grundsatz der umfassenden Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten aufgezeigt wurde, ist in einem späteren Abschnitt auf die weitreichenden Ausnahmen der Opportunitätsklauseln einzugehen.⁸⁶²

I. Pflicht zur Einleitung der Ermittlungen in einer Situation

Die anzuwendende Rechtsnorm für die Einleitung der formalen Ermittlungen hängt nach der Rechtsprechung der AC davon ab, ob eine Überweisung vorliegt (dann Art. 53 I ICCSt) oder ob das OTP die Ermittlungen *proprio motu* einleitet (dann Art. 15 ICCSt).⁸⁶³ Dementsprechend ist für die Begründung einer Pflicht zur Einleitung formaler Ermittlungen eine entsprechende Unterscheidung zu treffen.

a) Ermittlungen infolge einer Überweisung

Art. 53 I ICCSt regelt uneingeschränkt die Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation, die durch den Sicherheitsrat oder einen Staat an den ICC überwiesen wurde.⁸⁶⁴ Für die Rechtsfolge des Art. 53 I 1 ICCSt wurde eine verbindliche Wortwahl gewählt, die darauf hindeutet, dass das OTP die formalen Ermittlungen in einer Situation einleiten muss, sobald eine hinreichende Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt besteht.⁸⁶⁵ So besagt

862 Näher unter (D. III.).

863 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), paras. 29 – 33.

864 Cassese, *International Criminal Law*, S. 364; Cryer *et al.*, *An Introduction to ICL and Procedure*, S. 421 – 422.

865 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 20; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 28; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), paras. 14 – 15; ICC, *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18-143, Decision on the Prosecution Request for a Ruling on Territorial Jurisdiction (5 February 2021), para. 65; Bergsmo/ Bekou, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 6; Kremens, in: Krzan (Hrsg.), *Prosecuting International Crimes*, 176, 187; Poes, *Prosecutorial Discretion at the*

die englische Fassung: „*The Prosecutor shall [...] initiate an investigation unless he or she determines that there is no reasonable basis to proceed.*“ An anderen Stellen des Statuts findet sich statt des Begriffs „*shall*“ das unverbindliche „*may*“.⁸⁶⁶ Die verbindliche französische und die unverbindliche deutsche Fassung sind noch eindeutiger, indem sie vollständig auf Begriffe verzichten, die den Anschein einer Ermessensvorschrift erwecken könnten. Die Negativformulierung des Art. 53 I 1 ICCSt verstärkt den Eindruck einer grundsätzlichen Ermittlungspflicht, da nicht das Vorliegen, sondern das Nichtvorliegen einer hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt als Abweichung vom Normalfall angesehen wird.⁸⁶⁷

Allerdings stellt die Wortwahl kein hinreichendes Kriterium für einen grundsätzlichen Ermittlungszwang dar. So ließe sich durchaus annehmen, dem Statut liege ein ungeschriebenes anklagebehördlichen Ermessen zugrunde.⁸⁶⁸ Unter dieser Prämisse ließe sich Art. 53 I 1 ICCSt als primär kompetenzzuschreibende Vorschrift verstehen, in der klargestellt wird, dass die Entscheidung zur Einleitung der Ermittlungen in den Zuständigkeitsbereich des OTP fällt.⁸⁶⁹ Immerhin kommt dem Wortlaut aber eine starke indizielle Wirkung zu.⁸⁷⁰ Neben dem Wortlaut spricht vor allem die in Art. 53 III ICCSt vorgesehene gerichtliche Kontrolle für eine Pflicht zur Aufnahme der Ermittlungen. Eine Überprüfung durch die PTC findet allein im Fall einer Negativentscheidung des OTP statt, weswegen die

ICC, S. 65 – 66; *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1151.

866 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 143; die Begriffe hingegen für austauschbar haltend, *Bassiouni*, *Introduction to ICL*, S. 681.

867 *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 8 Rn. 23; *De Souza Dias*, *Leiden JIL* 30 (2017), 732, 735; *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, § 7 Rn. 60.

868 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 5 Fn. 5.

869 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–98–Anx, Partly Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji (2 September 2019), para. 7; im Ergebnis ablehnend, *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 65 – 67.

870 Vgl. ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 13; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 16.

gesetzliche Wertung zugunsten einer Positiventscheidung spricht.⁸⁷¹ Verfahrenseinstellungen erfolgen demgegenüber ausnahmsweise nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip.⁸⁷²

Würde man annehmen, dass das OTP auch im Fall einer bestehenden hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt nicht zur Einleitung der formalen Ermittlungen verpflichtet wäre, müsste man von einem ungeschriebenen Rechtsfolgenermessen ausgehen. Ein solches hätte zur Folge, dass das OTP Kriterien, die nicht bereits in den Buchstaben des Art. 53 I 2 ICCSt normiert sind, berücksichtigen könnte. Weil sich die Überprüfungscompetenz der PTC gem. Art. 53 III ICCSt auf die Buchstaben des Art. 53 I 2 ICCSt beschränkt, lägen derartige Erwägungen außerhalb der gerichtlichen Kontrolle.⁸⁷³ Es wäre widersprüchlich, wenn Art. 53 I ICCSt auf Tatbestandsebene explizit geregelte und der gerichtlichen Kontrolle unterliegende Beurteilungsspielräume enthielte, zugleich aber ein unkontrolliertes Rechtsfolgenermessen vorsähe.⁸⁷⁴ Systematisch stimmig ist daher eine Auslegung, wonach Art. 53 I 1 ICCSt ein Rechtsfolgenermessen des OTP ausschließt und stattdessen eine Pflicht zur Einleitung der Ermittlungen enthält.⁸⁷⁵ Nach der Rechtsprechung der PTC I beginnen die formalen Ermittlungen in einer Situation sogar automatisch,

871 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 144; *Van Heeck*, *Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts*, S. 187 – 190.

872 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 250; *Tomuschat*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), 335, 344.

873 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–399, Decision on the Requests of the Legal Representative for Victims (26 September 2007), S. 5; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 28; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019). 585, 597; *Robinson*, *European JIL* 14 (2003), 481, 487 – 488.

874 Vgl. auch die Ausführungen der PTC I: "The Chamber recalls that the conditions of article 53(1)(a) and (b) of the Statute are 'exacting legal requirements'. If met, article 53(1) of the Statute dictates that the Prosecutor 'shall' open an investigation. The Prosecutor does not have discretion to decline to initiate an investigation when the requirements of article 53(1)(a) and (b) of the Statute are met, unless she determines that an investigation would not serve the interests of justice (article 53(1)(c) of the Statute).", ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 101.

875 ICC, *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18–143, Decision on the Prosecution Request for a Ruling on Territorial Jurisdiction (5 February 2021), para. 65; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 2;

sobald die Voraussetzungen des Art. 53 I erfüllt sind, ohne dass es einer Verkündung des OTP bedarf.⁸⁷⁶

b) Ermittlungen proprio motu

Für die Aufnahme der Ermittlungen *proprio motu* gilt nicht Art. 53 I ICCSt, sondern Art. 15 ICCSt.⁸⁷⁷ Zur Beurteilung, ob eine hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 15 III ICCSt für ein Autorisierungsersuchen besteht, zieht das OTP gem. Rule 48 RPE die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt heran.⁸⁷⁸ Der Terminus der „hinreichenden Grundlage“ befindet sich sowohl in Art. 15 III ICCSt als auch in Art. 53 I ICCSt auf Tatbestandsebene, was auf einen identischen Inhalt hindeutet.⁸⁷⁹ Daraus eine Verpflichtung zur Beantragung einer Autorisierung der Aufnahme formaler Ermittlungen zu schließen, die der Verpflichtung zur Einleitung der formalen Ermittlungen infolge einer Überweisung gleicht, wäre allerdings verfrüht. Rule 48 RPE verweist nämlich auf die Buchstaben des Art. 53 I ICCSt und nicht auf die in dem Absatz enthaltene Rechtsfolge.⁸⁸⁰ Indikatoren für eine eventuelle Pflicht zur Einleitung der Ermittlungen sind stattdessen allein in Art. 15 ICCSt zu suchen.

Turone, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1151; Rohrer, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH*, S. 343.

876 ICC, *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18-143, Decision on the Prosecution Request for a Ruling on Territorial Jurisdiction (5 February 2021), para. 65.

877 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), paras. 29 – 33.

878 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 20; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 35; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 35; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 8 Rn. 21; *De Guzman*, *Fordham ILJ* 32 (2008), 1400, 1412; *De Gurmendi/ Friman*, *YIHL* 3 (2000), 289, 294.

879 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 21.

880 Die ebenfalls nicht in die Verweisung mit einbezogenen Informationspflichten gem. Art. 53 I 3 ICCSt hat die AC bereits verneint, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 30.

Der Wortlaut der Vorschrift ist mehrdeutig. Gem. Art. 15 I ICCSt kann (“*may*“) das OTP aus eigener Initiative Ermittlungen einleiten, was auf eine Ermessensvorschrift hindeutet.⁸⁸¹ Für Art. 15 III ICCSt wurde hingegen eine verbindliche Wortwahl getroffen, wonach das OTP bei der PTC eine Autorisierung beantragen soll (“*shall*“),⁸⁸² wenn eine hinreichende Grundlage i.S.d. Art. 15 III ICCSt besteht.⁸⁸³ Die unverbindliche Wortwahl des Art. 15 I ICCSt wird bisweilen auf fehlende Abstimmungen der unter Zeitdruck stehenden Arbeitsgruppen zum Ende der Verhandlungen um das Statut zurückgeführt.⁸⁸⁴ Darüber hinaus lässt sich mit Blick auf den Wortlaut des Art. 15 VI ICCSt argumentieren, dass sich das Ermessen des Art. 15 I ICCSt allein auf die Einleitung der Vorermittlungen und nicht auf die der formalen Ermittlungen bezieht.⁸⁸⁵

Art. 15 III ICCSt enthält einen Autorisierungsvorbehalt für den Fall einer Positiventscheidung.⁸⁸⁶ Demgegenüber normierten die Vertragsparteien in Art. 53 III ICCSt für Überweisungen richterliche Kontrollmöglichkeiten für eine Negativentscheidung.⁸⁸⁷ Der Autorisierungsvorbehalt soll vor al-

881 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 672; *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 32; *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 62.

882 Im Englischen: “*Shall*“. Für die deutsche Fassung wurde auf jegliche Ermessensbegriffe verzichtet.

883 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 20; ICC, *Application under Regulation 46 (3)*, ICC-RoC46(3)-01/18-37, Decision on the Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction (6 September 2018), para. 84; *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 785, 792; hingegen für eine Wortlautauslegung der französischen Fassung, wonach Art. 15 III ICCSt keine zwingende Rechtsfolge enthalte, *Schabas*, The ICC, Art. 15 S. 404.

884 *Olásolo*, ICLR 5 (2005), 121, 122 – 123.

885 *De Guzman*, Fordham LJ 32 (2008), 1400, 1411; *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 33 – 34; eine Entscheidungsphase vor Einleitung der Vorermittlungen hingegen ablehnend, ICC, *Application under Regulation 46 (3)*, ICC-RoC46(3)-01/18-37, Decision on the Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction (6 September 2018), para. 82.

886 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 24; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 28; *Olásolo*, The Triggering Procedure of the ICC, S. 65 – 70.

887 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 32.

lem die Durchführung politisch motivierter Ermittlungen verhindern.⁸⁸⁸ Hieraus lässt sich schließen, dass die Vertragsparteien bei Überweisungen eher eine Ermittlungspflicht implementieren wollten als bei Ermittlungen *proprio motu*.

Aus der Angst der Vertragsparteien vor politisch motivierten Verfahren zu folgern, dass das OTP nicht zur Einleitung der Ermittlungen *proprio motu* verpflichtet wäre, ist allerdings verfehlt. Wenn das OTP in ausnahmslos allen Situationen ermitteln muss, für die es im Zuge der Vorermittlungen eine hinreichende Grundlage für die Einleitung der formalen Ermittlungen festgestellt hat, ist ein politisches Handeln des OTP nämlich erst recht ausgeschlossen.⁸⁸⁹ Es liegt gerade in der Natur des Legalitätsprinzips, der Rechtsanwendung durch strikt vorgegebene Rechtsfolgen Missbrauchsmöglichkeiten zu entziehen.⁸⁹⁰ Ein auf Fakten basierender Anfangsverdacht der Begehung eines völkerrechtlichen Verbrechens innerhalb der Gerichtsbarkeit genügt, um den Vorwurf politisch motivierter Ermittlungen entgegenzutreten.⁸⁹¹ Entsprechend prüft die PTC bei der Autorisierung der Ermittlungen gem. Art. 15 IV ICCSt lediglich, “*whether there is a reasonable factual basis to proceed with an investigation and whether the potential case(s) arising from such investigation would appear to fall within the Court’s jurisdiction.*”⁸⁹²

888 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 32; ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11–14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 21; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 28; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 31; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 127.

889 *Danner*, American JIL 97 (2003), 510, 537 – 538; *Knoops*, CLF 15 (2004), 365, 377; *Röben*, MPYUNL 7 (2003), 513, 522; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 162.

890 Näher bereits unter (D. I. 1.).

891 ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 127.

892 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 39.

Während das OTP gem. Rule 48 RPE bei der Einleitung der Ermittlungen *proprio motu* dieselben Kriterien heranzieht wie bei der Einleitung der Ermittlungen gem. Art. 53 I ICCSt, prüft die Kammer im Zuge einer Autorisierung weder die Zulässigkeit der Ermittlungen in der Situation⁸⁹³ noch die Interessen der Gerechtigkeit.⁸⁹⁴ Die PTC kontrolliert also nur im eingeschränkten Maß, ob das OTP richtig entschieden hat.⁸⁹⁵ Das bedeutet, dass das OTP auf Tatbestandsebene einen außerhalb der richterlichen Kontrolle liegenden, weitreichenden Beurteilungsspielraum zur Feststellung der hinreichenden Grundlage zur Aufnahme der formalen Ermittlungen hat.⁸⁹⁶ Ein weitergehendes Rechtsfolgenermessen wäre in Anbetracht der bereits bestehenden Opportunität auf Tatbestandsebene unnötig und systematisch unstimmtig.⁸⁹⁷

Als verbliebenes Argument für ein Rechtsfolgenermessen wird eine absehbare Überlastung des OTP angeführt. Es müsste in jeder die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt erfüllenden Situation ermitteln.⁸⁹⁸ Von den Vertragsstaaten sei ihm daher bewusst ein erhöhtes Maß an Opportunität eingeräumt worden.⁸⁹⁹ Letztendlich kommt es darauf aber nicht an, weil die auf Tatbestandsebene zu berücksichtigenden Faktoren bereits einen weiten Beurteilungsspielraum enthalten, sodass ressourcentaktische Erwägungen in einem gewissen Umfang dort berücksichtigt werden können.⁹⁰⁰ Auf diesen Aspekt wird im Zuge der Ausführungen zu den einzelnen Beurteilungskriterien näher einzugehen sein.⁹⁰¹ Für die Begründung einer grundsätzli-

893 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 43.

894 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 34.

895 Vgl. *Tsereteli*, in: Stahn/ Van den Herik (Hrsg.), *Future Perspectives on ICJ*, 625, 633.

896 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 35; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH, S. 161.

897 *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH, S. 161 – 162.

898 *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 519 – 520; *De Guzman*, *Fordham LJ* 32 (2008), 1400, 1411; *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 62 – 65. *Junck*, *Die Gerichtsbarkeit des IstGH*, Rn. 645.

899 *Danner*, *American JIL* 97 (2003); *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 63.

900 In Richtung ressourcentaktischer Erwägungen im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 95.

901 Näher unter (D. III. 3. c) dd) (6)).

chen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht sind die Ausnahmeklauseln zunächst nicht relevant.

2. Pflicht zu umfassenden Ermittlungen innerhalb einer Situation

Im engen systematischen Zusammenhang mit der Einleitung der Ermittlungen steht die Pflicht zur Wahrheitssuche aus Art. 54 I a ICCSt.⁹⁰² Demnach muss das OTP die Ermittlungen zum Zweck der Wahrheitsfindung auf alle Tatsachen und Beweismittel ausdehnen, die für die Beurteilung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dem Statut erforderlich sind, und dabei gleichermaßen die belastenden wie die entlastenden Umstände erforschen.⁹⁰³ Die Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit endet nicht mit dem Ende der Vorermittlungen.⁹⁰⁴ Sie geht sogar über die Bestätigung der Anklage in einzelnen konkreten Fällen hinaus.⁹⁰⁵

Manche verstehen die Vorschrift lediglich als Aufforderung, sowohl belastendes als auch entlastendes Material zu sammeln.⁹⁰⁶ Das OTP ist allerdings ein objektives Organ der Rechtspflege,⁹⁰⁷ was Ausdruck eines konti-

902 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 60; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 107.

903 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–568, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 October 2006), para. 52; *Buisman*, Leiden JIL 27 (2014), 205, 223.

904 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–154, Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision (3 August 2015), para. 73; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 63; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 129.

905 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–568, Judgement on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review (13 October 2006), para. 52; ICC, *Prosecutor v. Kenyatta*, ICC-01/09–02/11–728, Decision on Defence Application (26 April 2013), para. 119.

906 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 19; *Danner*, American JIL 97 (2003), 510, 519.

907 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05–185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 12; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–62, Decision on the Prosecutor and Victims’ Requests for Leave to Appeal (17 September 2019), para. 31; *Buisman*, Leiden JIL 27 (2014), 205, 206; *Cassese*, European JIL 10 (1999), 144, 162.

mentaleuropäisch geprägten Prozessverständnisses ist.⁹⁰⁸ Die Verankerung der Pflicht zur Wahrheitssuche im Ermittlungsstadium deutet auf eine Implementierung des Prinzips der Legalität anstelle der Opportunität hin.⁹⁰⁹ Kloss folgert, dass die Behörde wegen der Pflicht zur Wahrheitssuche grundsätzlich alle infrage kommenden Verbrechen des Statuts innerhalb einer Situation ermitteln müsse.⁹¹⁰ Das ist konsequent. Schließlich muss das Ergebnis der Vorermittlungen mit Blick auf den begrenzten Informationsstand, den das OTP in diesem Verfahrensabschnitt hat, nicht eindeutig in Richtung des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines oder mehrerer Verbrechen deuten.⁹¹¹ Zweifel können allein durch formale Ermittlungen ausgeräumt werden.⁹¹² Die Pflicht zur Wahrheitssuche erstreckt sich auf sämtliche Konfliktparteien und Täterkategorien innerhalb der aktivierten Gerichtsbarkeit.⁹¹³

908 *Ambos*, ICLR 3 (2003), 1, 9; *Bock*, Das Opfer vor dem IstGH, S. 215 – 216; *Danner*, American JIL 97 (2003), 510, 519; *Kremens*, in: Krzan (Hrsg.), Prosecuting International Crimes, 176, 177; *Safferling*, International Criminal Procedure, S. 55; *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC II, 1137, 1164 – 1165.

909 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), para. 82; *Côté*, in: Reydam/Wouters/ Ryngaert (Hrsg.), International Prosecutors, 319, 359; *Ambos*, Treatise III, S. 128 Fn. 286.

910 Kloss, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 42 – 43; anders das OTP, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 19.

911 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19–Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 27; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11–14–Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 24; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17–9–Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 38; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 43.

912 ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 128; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 43.

913 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 42; *Olásolo*, ICLR 5 (2005), 121, 130.

Die Rechtsprechung hat in verschiedenen Entscheidungen aus Art. 54 ICCSt geschlossen, dass die Ermittlungskompetenzen des OTP über den Wortlaut eines Autorisierungsersuchens hinausgehen.⁹¹⁴ Wenn bereits eine Person für eine spätere Anklage identifiziert wurde, genügt es nicht, die Wahrheit allein in Bezug auf einzelne Verbrechen zu ermitteln.⁹¹⁵ Eine Ermittlungspflicht besteht lediglich im Fall offensichtlich falscher Informationen nicht.⁹¹⁶ Nach den Worten der AC müssen („*must*“) die Ermittlungen mit Blick auf die Situation als Ganzes geführt werden, um ein Gesamtbild aller relevanten Fakten, ihrer rechtlichen Würdigung als Verbrechen i.S.d. Art. 5 I ICCSt sowie der Verantwortlichkeit involvierter Akteure zu erhalten.⁹¹⁷ Zur Situation in der Republik Kenya hat sich die PTC II indirekt für eine umfassende Ermittlungspflicht ausgesprochen: *“At the same time, the Chamber agrees [...] that the ‘obligation to investigate under article 54(1) continues as long as evidence exists [sic] which is relevant to criminal liability – it has no mandated end.’”*⁹¹⁸

Die Draft Reg. OTP aus dem Jahr 2003 normierten die umfassende Ermittlungspflicht aus Art. 54 I a ICCSt sogar eindeutig. Demnach sollten die Vorschriften des 5. Teils des Statuts („Ermittlungen und Strafverfolgung“) *“ensure that all investigations respect the obligation to the endeavour to establish the truth in every case, as stipulated by article 54(1)(a) of the Statute”* (Reg. 14 a Draft Reg. OTP unter der Überschrift *“Values and Principles”*). Diesem Aspekt sollte aber höchstens eine indizielle Wirkung beigemessen werden. So findet sich in den finalen Reg. OTP keine vergleichbare For-

914 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 63; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 128; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 60.

915 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–568, Judgement on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review (13 October 2006), para. 52.

916 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 35; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25.

917 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 60.

918 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision (5 November 2015), para. 14.

mulierung. Hieraus wiederum zu schließen, die umfassenden Ermittlungspflichten seien bewusst aus den Draft Reg. OTP herausgenommen worden, wäre allerdings ebenso verfrüht. Die letztendlich umgesetzten Reg. OTP ähneln ihrer *Draft*-Fassung nur rudimentär und sie enthalten keine Norm, die mit den ursprünglichen *“Values and Principles“* vergleichbar wäre, wobei die entsprechenden Gründe nicht dokumentiert sind.

Eine umfassende Wahrheitssuche mag zeitaufwendig sein. Jedoch unterliegen die Verbrechen des ICCSt gem. Art. 29 ICCSt keiner Verjährung,⁹¹⁹ wodurch das Problem langwieriger Ermittlungen zu einem wesentlichen Teil entkräftet ist.⁹²⁰ Dementsprechend hat das OTP betont, es könne als permanente Institution in einer Situation ermitteln *„as long as needed.“*⁹²¹ Aus der Pflicht zur Wahrheitssuche folgt, dass das OTP grundsätzlich alle Fälle einer Situation, darunter sämtliche Taten eines Verdächtigen, ermitteln muss und das Verfahren in der Situation nicht ohne Weiteres vor Erfüllung dieser Aufgabe einstellen darf. Eine Entscheidung zur Einstellung des Verfahrens wegen bestimmter Taten, wie sie im Fall *Lubanga* erfolgte,⁹²² mag dem auf den ersten Blick widersprechen. Allerdings erfolgte die Einstellung zumindest offiziell nur vorläufig. Außerdem kann das OTP das Verfahren auch vor dem Hintergrund des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips einstellen, wenn dies auf Grundlage einer gesetzlichen Opportunitätsklausel geschieht.

3. Pflicht zur umfassenden Strafverfolgung innerhalb einer Situation

Bis hierhin wurde dargelegt, dass das OTP stets zur Einleitung der formalen Ermittlungen verpflichtet ist, wenn die Gerichtsbarkeit des ICC

919 *Schabas*, European JIL 6 (1998), 84, 103; *Tomuschat*, Die Friedens-Warte 73 (1998), 335, 341.

920 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 14; vgl. jedoch die später aufgehobene Entscheidung der PTC II zur Autorisierung der Ermittlungen in Afghanistan, wonach ein großer zeitlicher Abstand zu den Verbrechen gegen die Interessen der Gerechtigkeit nach Art. 53 I 1 ICCSt sprechen kann, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 91 – 93.

921 Zitiert nach, ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04–01/10–290, Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court (19 July 2011), para. 25.

922 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–170, Prosecutor's Information on Further Investigation (28 June 2006), para. 7.

aktiviert wurde.⁹²³ Sind die formalen Ermittlungen eingeleitet, muss das OTP jeden Fall innerhalb der Situation umfassend ermitteln.⁹²⁴ Damit ist aber noch nicht gesagt, dass es auch prinzipiell jeden Fall zur Anklage bringen muss. Eine solch umfassende Strafverfolgungspflicht folgt aus Art. 53 II ICCSt. Der Wortlaut der Norm beinhaltet keinerlei Ermessensbegriffe auf Rechtsfolgenseite, sondern setzt mit der Negativformulierung stillschweigend voraus, dass das OTP im Regelfall Strafverfolgung betreibt.⁹²⁵ Die in der Vorschrift normierten Einstellungskriterien geben dem OTP lediglich eine Möglichkeit an die Hand, unter bestimmten Voraussetzungen eine fallbezogene Verfahrenseinstellung zu begründen.⁹²⁶ Eine formale Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt kann, muss aber nicht getroffen werden.⁹²⁷ Die Vermutung spricht für eine Entscheidung zugunsten von Strafverfolgung.⁹²⁸

Trifft das OTP keine formale Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt, geht das Verfahren irgendwann in die Strafverfolgung über.⁹²⁹ In dem Fall ist der Umfang der gerichtlichen Überprüfung geringer als im Fall einer Entscheidung gegen Strafverfolgung.⁹³⁰ Bei der Entscheidung zum Erlass eines Haftbefehls oder einer Vorladung überprüft die PTC nämlich nur ausnahmsweise die Zulässigkeit eines Falls nach Art. 19 I ICCSt,⁹³¹ während die Interessen der Gerechtigkeit nicht Gegenstand der Überprüfung sind.⁹³² Demgegenüber umfasst die auf eine Kontrolle der Entscheidung

923 Näher bereits unter (D. II. 1.).

924 Näher bereits unter (D. II. 2.).

925 Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 36; *Tomuschat*, *Die Friedens-Warte* 73 (1998), 335, 344.

926 Cassese, *European JIL* 10 (1999), 144, 162; *Friman*, in: Fischer et al. (Hrsg.), *International and National Prosecution*, 191, 201 – 202; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 418 – 419; anders das OTP, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 53 – 54; näher bereits unter (C. II. 2.).

927 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 146 – 147.

928 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 1.

929 *Ambos*, *Treatise III*, S. 381; Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 36; *Röben*, *MPYUNL* 7 (2003), 513, 522 – 523; *Schabas*, *The ICC*, Art. 53 S. 839.

930 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 420.

931 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05–185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 25; ICC, *Prosecutor v. Al-Bashir*, ICC-02/05–01/09–3, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest (4 March 2009), para. 47.

932 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05–185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 22.

gegen Strafverfolgung bezogene Überprüfung nach Art. 53 III ICCSt auch die Kriterien der Zulässigkeit und der Interessen der Gerechtigkeit.⁹³³

Art. 53 II ICCSt gewährt dem OTP ausnahmsweise Opportunität nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip.⁹³⁴ Es wäre systematisch inkonsequent, würde man einerseits eine generelle Ermittlungspflicht aus Art. 53 I 1 ICCSt und eine Pflicht zur Wahrheitssuche aus Art. 54 I 1 a ICCSt annehmen, aber andererseits eine Pflicht zur Strafverfolgung aus Art. 53 II ICCSt ablehnen.⁹³⁵ Könnte das OTP nach ungeregeltem Ermessen über die Durchführung einer Strafverfolgung entscheiden, käme Art. 53 II ICCSt nur zur Anwendung, wenn sich das OTP entschließt, in keinem einzigen Fall einer Situation Strafverfolgung zu betreiben.⁹³⁶ In der Folge würde die richterliche Kontrolle auf ein absolutes Minimum reduziert und eine Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt wäre faktisch eine Redundanz der Entscheidung nach Art. 53 I ICCSt.⁹³⁷ Wie bereits dargelegt, ist dieser Rechtsauffassung aus vielerlei Gründen entgegenzutreten.⁹³⁸ Das OTP muss vielmehr grundsätzlich in jedem Fall einer Situation Strafverfolgung betreiben.

4. Bestätigung der Ergebnisse

Die bisherigen Argumente genügen bereits, um eine im Grundsatz umfassende Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht zu begründen. Das Ergebnis lässt sich aber noch weiter bekräftigen.

a) Präambel

Hierzu sei zunächst auf die Präambel verwiesen, die das Gericht entsprechend Art. 31 I, II VCLT zur Auslegung des Statuts heranzieht.⁹³⁹ Abs. 2 Prä-

933 *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 841; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 321.

934 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 739; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 61; *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 839; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 418 – 419.

935 *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 365, 380 – 381.

936 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 53 – 54.

937 *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 115.

938 Näher bereits unter (C. II. 2. b) dd).

939 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-168, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review (13 July 2006), para. 33; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of

ambel ICCSt ist ein Gedenk an die Opfer unvorstellbarer Gräueltaten, die das Gewissen der Menschheit zutiefst erschüttern.⁹⁴⁰ Abs. 4 Präambel ICCSt bekräftigt den Willen der Vertragsparteien, dass die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, nicht unbestraft bleiben dürfen, und dass ihre wirksame Verfolgung gewährleistet sein muss.⁹⁴¹ Abs. 5 Präambel ICCSt zeugt darüber hinaus von der Entschlossenheit der Vertragsstaaten, der Straflosigkeit der Täter ein Ende zu setzen und so zur Verhütung völkerrechtlicher Verbrechen beizutragen,⁹⁴² wobei Abs. 6 Präambel ICCSt daran erinnert, dass es die Pflicht der Staaten ist, Strafgerichtsbarkeit über die Verbrechen des Statuts auszuüben.⁹⁴³ Kommen die Staaten dem nicht nach, soll der ICC als komplementäre Institution die so entstandene Lücke bei der Bekämpfung der Straflosigkeit schließen.⁹⁴⁴

Möglichst umfassende Ermittlungen und Strafverfolgungen entsprechen am ehesten den in der Präambel formulierten Zielen.⁹⁴⁵ Vor allem das Ziel der Beendigung der Straflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen deutet in die Richtung, dass der ICC sein Engagement in einer Situation erst beenden soll, wenn die Strafverfolgung in einer Situation tatsächlich erfolgreich abgeschlossen wurde.⁹⁴⁶ Unabhängig von der Frage, ob der ICC tatsächlich völkerrechtliche Verbrechen verhindern kann, ist jedenfalls der Wille der Vertragsparteien auf eine möglichst weitreichende präventive Wirkung gerichtet.⁹⁴⁷ Diese ist wiederum geringer, wenn die Strafverfolgung nur einge-

Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 48; *Grover*, European JIL 21 (2010), 543, 545; *Klamberg*, Nordic JIL 79 (2010), 279, 294 – 295.

940 *Cassese*, European JIL 10 (1999), 144, 168; *Triffterer et al.*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Preamble Rn. 8.

941 *Davidson*, St. John's LR 91 (2017), 37, 92; *Grover*, European JIL 21 (2010), 543, 557; *Zimmermann*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 5 Rn. 15.

942 ICC, *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18-143, Decision on the Prosecution Request for a Ruling on Territorial Jurisdiction (5 February 2021), para. 104; *Davidson*, St. John's LR 91 (2017), 37, 93 – 94; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 746; *Dukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 698; *Robinson*, European JIL 14 (3003), 481, 484; *Wharton*, Canadian YIL 52 (2014), 129, 177 – 178.

943 *Triffterer et al.*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Preamble Rn.17.

944 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Pikić (13 July 2006), para. 16.

945 *Stahn*, A Critical Introduction to ICL, S. 2; *Jo/Simmons*, International Organization 70 (2016), 443, 448 – 449.

946 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 85; *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 40.

947 *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 633 – 634; *Tallgren*, European JIL 13 (2002), 561, 572.

schränkt erfolgt.⁹⁴⁸ Gleichzeitig nennt die Präambel weitere Ziele, wie etwa Frieden, Sicherheit und das Wohl der Welt.⁹⁴⁹ Jene Ziele können im Einzelfall zwar durchaus gegen Ermittlungen oder Strafverfolgung sprechen,⁹⁵⁰ auf grundsätzlicher Ebene steht die Präambel dennoch für prinzipiell umfassende Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten.

b) Interessen der Opfer

Die Interessen der Opfer helfen bei der Auslegung des Statuts.⁹⁵¹ Das folgt bereits aus dem zweiten Absatz der Präambel, wo der Opfer völkerrechtlicher Verbrechen gedacht wird.⁹⁵² Im Bereich der internationalen Strafjustiz erstrecken sich die Opferinteressen allgemein gesprochen auf Anerkennung, Gerechtigkeit, Wahrheit, Zugang zur Justiz und gegebenenfalls Reparationen sowie Wiedergutmachung.⁹⁵³ Vor allem das Interesse, die Wahrheit über die Taten zu erfahren,⁹⁵⁴ korreliert mit einer umfassenden Ermittlungspflicht.⁹⁵⁵ Das Recht auf Wahrheit ist bei Opfern völkerrechtli-

948 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 74; *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 378.

949 *Cassese*, *International Criminal Law*, S. 11; *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 196; *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, § 4 Rn. 65.

950 Vgl. *Robinson*, *European JIL* 14 (2003), 481, 504; *Rodman*, *Leiden JIL* 22 (2009), 99, 109.

951 *Kotecha*, *JICJ* 18 (2020), 107, 109; *Klamberg*, *Nordic JIL* 79 (2010), 279, 284; *Tsereteli*, in: Stahn/ Van den Herik (Hrsg.), *Future Perspectives on ICJ*, 625, 630.

952 *Burke-White*, *CLF* 19 (2008), 59, 65 – 66; *Cassese*, *European JIL* 10 (1999), 144, 16.

953 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), paras. 31 – 44; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-24, Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation (3 November 2010), para. 5; ICC, *Application under Regulation 46 (3)*, ICC-RoC46(3)-01/18-37, Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction (6 September 2018), para. 88; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-62, Decision on the Prosecutor and Victims' Requests for Leave to Appeal (17 September 2019), para. 25; *Bock*, *Das Opfer vor dem IStGH*, S. 177.

954 Hierzu, *Bock*, *Das Opfer vor dem IStGH*, S. 173 – 174.

955 Vgl. *Keenan*, *Michigan JIL* 37 (2016), 421, 466; *Klamberg*, *Nordic JIL* 79 (2010), 279, 290.

cher Verbrechen international akzeptiert.⁹⁵⁶ Opfer haben ein grundsätzlich anerkanntes Interesse an Ermittlungen und Strafverfolgungen.⁹⁵⁷

Auf der anderen Seite ist die tatsächliche Opferbeteiligung umso begrenzter, je geringer die Anzahl der durchgeführten Strafverfahren in einer Situation ist.⁹⁵⁸ Werden zu hohe Erwartungen geweckt, die von der internationalen Strafjustiz letztendlich nicht erfüllt werden können, kann dies zu Frustration und Enttäuschung führen. Aus ebendiesem Grund möchte das OTP die formalen Ermittlungen in den Situationen in Georgien, Uganda und der Zentralafrikanischen Republik beenden.⁹⁵⁹ Auch die PTC II autorisierte im April 2019 die Einleitung der Ermittlungen in Afghanistan unter anderem unter diesem Gesichtspunkt zunächst nicht.⁹⁶⁰ Folgt man der PTC II, ergibt sich aus einem Umkehrschluss, dass im Fall bereits aufgenommener Ermittlungen eine möglichst hohe Strafverfolgungsrate

956 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), para. 32; ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05–144, Consolidated Statement of the Legal Representatives of the Participating Victims (24 June 2008), para. 45; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), para. 23; Bock, Das Opfer vor dem IStGH, S. 173.

957 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), para. 35; ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05–144, Consolidated Statement of the Legal Representatives of the Participating Victims (24 June 2008), para. 44; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), para. 23; Bock, Das Opfer vor dem IStGH, S. 174; Callavin, King’s College LJ 14 (2003), 179, 184; Hoven, ZIS 2014, 679, 685; Keenan, Michigan JIL 37 (2016), 421, 466; Klamberg, Nordic JIL 79 (2010), 279, 290.

958 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 96.

959 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

960 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 96. Warum das OTP nur wenige Monate vor Verkündung der Beendigung der formalen Ermittlungen in Georgien und der Zentralafrikanischen Republik die PTC II um eine Wiederaufnahme der Ermittlungen in Afghanistan ersucht hat, obwohl mutmaßlich keine erfolgreichen Verfahren zu erwarten waren, scheint insoweit inkonsequent, vgl. ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–161, Request to Authorise Resumption of Investigation (27 September 2021).

am ehesten den Opferinteressen entspricht.⁹⁶¹ Je weniger Täter tatsächlich angeklagt werden, desto eher ist die internationale Strafjustiz bloß symbolischer Natur.⁹⁶²

Dennoch können Opferinteressen für sich allein keine Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht begründen. Opfer haben nach dem ICCSt kein Recht, eine gerichtliche Kontrolle einer Entscheidung gegen die Einleitung der formalen Ermittlungen oder gegen die Durchführung von Strafverfolgung herbeizuführen.⁹⁶³ Sie können lediglich der PTC Informationen zukommen lassen, damit diese eigeninitiativ gem. Art. 53 III b ICCSt tätig wird.⁹⁶⁴ Im Vergleich zu einer überweisenden Partei wurde den Opfern eine schwächere Position im Statut eingeräumt.⁹⁶⁵ Ihnen fällt keine „Art Wächterstellung über das Legalitätsprinzip“ zu.⁹⁶⁶

Trotz des grundsätzlichen Interesses der Opfer an juristischer Aufarbeitung können im Einzelfall Konstellationen bestehen, in denen eine Strafverfolgung gerade nicht dem Interesse des Opfers entspricht.⁹⁶⁷ Weil es sich dabei um Einzelfälle handelt, ist es konsequent, dass das OTP diese Opferinteressen im Rahmen der als Ausnahmeklausel formulierten Interessen der Gerechtigkeit berücksichtigt.⁹⁶⁸ Im Grundsatz sprechen die Opferinteressen aber für umfassende Ermittlungen und Strafverfolgungen.

961 Vgl. auch die kritische Auseinandersetzung des OTP in der Rechtsmittelbegründung, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), paras. 157 – 166.

962 *Akhavan*, HRQ 20 (1998), 737, 775; *Burke-White*, Duke LJ 50 (2010), 637, 652.

963 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 20; *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 521; *Hoven*, ZIS 2014, 679, 699; *Tsereteli*, in: Stahn/Van den Herik (Hrsg.), *Future Perspectives on ICJ*, 625, 632.

964 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-399, Decision on the Requests of the Legal Representative for Victims (26 September 2007), S. 2.

965 Kritisch zu diesem Befund, *Hoven*, ZIS 2014, 679, 699.

966 *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 521.

967 *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 175; *Webb*, CLQ 50 (2005) 305, 329 – 330; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 184; mit Fokus auf die ECCC, *Hoven*, ZIS 2014, 679, 701 – 702.

968 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 5; *Webb*, CLQ 50 (2005) 305, 329, 330; *Tsereteli*, in: Stahn/Van den Herik (Hrsg.), *Future Perspectives on ICJ*, 625, 632.

c) Kein Völkergewohnheitsrecht

Mitunter wird diskutiert, ob das OTP einer generellen, völkergewohnheitsrechtlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht unterliegt.⁹⁶⁹ Manche Autoren nehmen sogar zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) an.⁹⁷⁰ Eine derartige Verpflichtung bestünde zusätzlich zum Statut. Völkergewohnheitsrecht entsteht nach klassischem Verständnis durch eine allgemeine Staatenpraxis in Verbindung mit einer korrespondierenden Rechtsauffassung (*opinio iuris*) der Staaten.⁹⁷¹ Der ICC ist als Institution mit Völkerrechtspersönlichkeit an einschlägiges Völkergewohnheitsrecht gebunden, soweit dessen Geltung nicht innerhalb des rechtlich möglichen Rahmens vertraglich ausgeschlossen wurde.⁹⁷² Völkergewohnheitsrecht ist als von Art. 21 I b ICCSt umfasste Rechtsquelle Teil des vom ICC anzuwendenden Rechts.⁹⁷³ Sollte es eine Verpflichtung zur Ermittlung und Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen enthalten, wäre das Statut in diesem Licht auszulegen.⁹⁷⁴

aa) Allgemein

Bezüglich der *opinio iuris* ist der Wille der Staaten zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen noch nie so stark zum Ausdruck gekommen wie bei der Errichtung des ICCSt.⁹⁷⁵ Abs. 6 Präambel ICCSt erinnert an die Verpflichtung der Staaten, Strafgerichtsbarkeit über die für internationale Verbrechen Verantwortlichen auszuüben und scheint einen entsprechenden Willen zu umfassenden Ermittlungen und Strafverfolgungen zum Ausdruck

969 Bassiouni/ Wise, Aut Dedere Aut Judicare, S. 22 – 25; El Zeidy, Michigan JIL 23 (2002), 869, 949; Schabas, CLF 7 (1996), 523, 555; teilweise aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableitend, Ambos, AVR 37 (1999), 318, 355.

970 Bassiouni/ Wise, Aut Dedere Aut Judicare, S. 24 – 25; El Zeidy, Michigan JIL 23 (2002), 869, 947.

971 Ambos, AVR 37 (1999), 318, 328; Dörr, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, § 19 Rn. 2; Hobe, Einführung in das Völkerrecht, S. 164.

972 Dörr, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, § 23 Rn. 3; Hobe, Einführung in das Völkerrecht, S. 175; einschränkend, Bleckmann, ZaöRV 37 (1977), 119 – 121.

973 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Judgment (7 March 2014), para. 47; Ambos, Internationales Strafrecht, § 5 Rn. 6.

974 Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim ISTGH, S. 111.

975 ICC, *Application under Regulation 46 (3)*, ICC-RoC46(3)-01/18-37, Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction (6 September 2018), paras. 40 – 48; *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 282.

zu bringen.⁹⁷⁶ Es ist anzunehmen, dass die große Anzahl der beteiligten Staaten ein Statut errichten wollte, das ihrer Rechtsauffassung zum Umfang der Verfolgungspflicht entspricht.⁹⁷⁷

Tatsächlich ist einer umfassenden Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht des OTP auf Grundlage von Völkergewohnheitsrecht entgegenzutreten. Zunächst einmal hat sich zwar eine große Anzahl an Staaten an den Verhandlungen zur Schaffung des ICCSt beteiligt. Zahlreiche Staaten sind dem Statut allerdings nicht beigetreten, darunter die USA, Russland, China oder Indien. Außerdem würde eine völkergewohnheitsrechtliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht primär die Staaten betreffen, nicht aber zwangsläufig den ICC als internationale Organisation.⁹⁷⁸ Die Kompetenzen internationaler Organisationen reichen nur so weit, wie sie ihnen von den Vertragsstaaten eingeräumt wurden.⁹⁷⁹ Die Vertragsstaaten haben sich bewusst für ein System der Komplementarität entschieden, wonach die primäre Verantwortung zur Ausübung von Strafergerichtsbarkeit nicht beim ICC, sondern bei den Staaten liegt.⁹⁸⁰ Abs. 6 Präambel ICCSt kann vor diesem Hintergrund nicht uneingeschränkt als Ausdruck einer generellen, völkerrechtlichen Strafverfolgungspflicht, sondern vor allem als Aufruf zur Kooperation mit dem ICC verstanden werden.⁹⁸¹

Im Statut enthaltene Opportunitätsvorschriften und Klauseln sind darüber hinaus Ausdruck des Willens der Vertragsparteien, dass unter bestimmten Voraussetzungen nicht jeder Fall durch den ICC verfolgt werden soll.⁹⁸² Das bedeutet zwar nicht, dass ihr Wille auf die Implementierung

976 *Triffterer et al.*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Preamble Rn. 17.

977 Vgl. auch die Ausführungen des ICTY zu Art. 10 ICCSt: "In many areas the Statute may be regarded as indicative of the legal views, i.e. *opinio juris* of a great number of States. Notwithstanding article 10 of the Statute, the purpose of which is to ensure that existing or developing law is not "limited" or "prejudiced" by the Statute's provisions, resort may be had *cum grano salis* to these provisions to help elucidate customary international law.", ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Judgment (10 December 1998), para. 227.

978 *Bleckmann*, *ZaöRV* 37 (1977), 119 – 121; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 113 Fn. 386.

979 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (2 October 1995), para. 28.

980 ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-451, Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court (26 October 2011), para. 21; *Benzing*, *MPYUNL* 7 (2003), 591, 592; *Lattenzi*, in: Bellelli (Hrsg.), *International Criminal Justice*, 181, 189; *Olásolo*, *ICLR* 3 (2003) 87, 96.

981 *Triffterer et al.*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Preamble Rn. 17.

982 *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 112.

eines reinen Opportunitätsprinzips gerichtet war. Würden die Staaten aber von einer uneingeschränkten Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht bei völkerrechtlichen Verbrechen ausgehen, hätten sie sich wohl nicht auf Opportunitätsklauseln verständigt, die ihrem eigenen Rechtsverständnis widersprechen. Darüber hinaus ist keine für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht erforderliche allgemeine Staatenpraxis erkennbar, sondern vielmehr eine weithin zu beobachtende Straflosigkeit.⁹⁸³ Bisweilen agieren die Staaten sogar konträr zur Strafverfolgung. Diesbezüglich sei auf den Fall *Al-Bashir* hingewiesen, bei dem der Tatverdächtige über viele Jahre trotz bestehenden Haftbefehls nicht verhaftet wurde.⁹⁸⁴ Auch die Überweisungen des Sicherheitsrats, von denen bis heute explizit Angehörige von UN-Missionen ausgenommen sind,⁹⁸⁵ sprechen gegen einen allgemeinen Verfolgungswillen. Eine den ICC bindende, generelle völkergewohnheitsrechtliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht ist nach dem derzeitigen Stand des Völkerrechts nicht anzunehmen.

bb) Insbesondere Völkermord

Speziell mit Blick auf den Tatbestand des Völkermords ist eine Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht hingegen naheliegender.⁹⁸⁶ Die Strafbarkeit des Genozids ist anerkanntermaßen Teil des Völkergewohnheitsrechts.⁹⁸⁷ Ausgangspunkt ist die Völkermordkonvention von 1948,⁹⁸⁸ in der neben der Strafbarkeit eine allgemeine Strafverfolgungspflicht für die Staaten festge-

983 *Ambos*, AVR 37 (1999), 318, 330; *Eser*, in: Sieber et al. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 36 Rn. 60; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 112.

984 ICC, *Prosecutor v. Al-Bashir*, ICC-02/05–01/09–302, Decision on the Non-Compliance with the Request by the Court (6 July 2017), para. 123.

985 UN-SC, *Resolution 1593*, UN Doc S/RES/1593 (31 March 2005), Nr. 6; UN-SC, *Resolution 1970*, UN Doc S/RES/1970 (26 February 2011), Nr. 6.

986 *Bassiouni/ Wise*, Aut Dedere Aut Judicare, S. 21 – 25; *Ben-Naftali/ Sharon*, JICJ 5 (2007), 859, 869; *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 65 – 66; *El Zeidy*, Michigan JIL 23 (2002), 869, 947; *Eser*, in: *Eser* (Hrsg.), FS Meyer-Gossner, 3, 25; *Webb*, CLQ 50 (2005) 305, 308.

987 ICTY, *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95–10–T, Judgement (14 December 1999), para. 60; ICTY, *Prosecutor v. Tolimir*, IT-05–88/2–T, Judgement (12 December 2012), para. 733; ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96–4–T, Judgment (2 September 1998), para.495; *Bassiouni/ Wise*, Aut Dedere Aut Judicare, S. 21 – 25.

988 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

schrieben wurde.⁹⁸⁹ Der ICJ urteilte 1996, dass die Verpflichtungen aus der Völkermordkonvention *erga omnes*-Wirkung entfalten.⁹⁹⁰ Die beabsichtigte Zerstörung ganzer Gruppen hat dem Verbrechen des Völkermords das Stigma des “*crime of crimes*“ eingebracht.⁹⁹¹ *Vesper-Gräske* bemerkt, dass die bislang vor internationalen Gerichten wegen Völkermords verhängten Strafen im Vergleich zu Strafen, die wegen anderer Taten verhängt wurden, im Durchschnitt höher lagen.⁹⁹² Sie kommt zu dem Ergebnis einer vom Verbrechen des Völkermords angeführten Schwerehierarchie der Tatbestände des ICCSt.⁹⁹³ Vor diesem Hintergrund ließe sich schließen, dass das OTP im Fall von Völkermord einer besonderen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht auf Grundlage von Völkergewohnheitsrecht unterliegt, welche über die der anderen Verbrechen hinausgehe.⁹⁹⁴

Diesem Gedanken ist aber letztendlich nicht zu folgen. So bemerkt auch *Vesper-Gräske*, dass sich ihre Untersuchung auf eine abstrakte Rangordnung der Verbrechenkategorien beschränkt.⁹⁹⁵ Implikationen für mögliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten seitens des OTP enthält ihre Arbeit nicht. Ohnehin gaben die Vertragsstaaten dem OTP in Art. 53 I, II ICCSt bewusst Opportunitätsklauseln auf Tatbestandsebene an die Hand, um im Ausnahmefall ein Verfahren einzustellen.⁹⁹⁶ Das ist ein Zeichen dafür, dass die zahlreichen Vertragsstaaten des ICCSt jedenfalls seit den Verhandlungen um das Statut nicht von einer unbedingten Verfolgungspflicht von Völkermord in jedem Einzelfall ausgehen, weswegen bereits das Entstehen eines entsprechenden Völkergewohnheitsrechts äußerst fraglich ist.

989 ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Judgment (2 September 1998), para. 496; Eser, in: Eser (Hrsg.), FS Meyer-Gossner, 3, 22 – 23; Meyer, HRRS 8 (2007), 218, 220.

990 ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*, Judgment (11 July 1996), para. 31.

991 ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, Judgment (2 August 2001), para. 700; ICTR, *Prosecutor v. Kambanda*, ICTR-97-23-S, Judgment and Sentence (4 September 1998), para. 14; ICTR, *Prosecutor v. Serushago*, ICTR-98-39-S, Sentence (25 February 1999), para. 15; Meyer, HRRS 8 (2007), 218.

992 *Vesper-Gräske*, Zur Hierarchie der Völkerrechtsverbrechen, S. 47.

993 *Vesper-Gräske*, Zur Hierarchie der Völkerrechtsverbrechen, S. 323.

994 *Webb*, CLQ 50 (2005) 305, 308.

995 *Vesper-Gräske*, Zur Hierarchie der Völkerrechtsverbrechen, S. 323.

996 *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 112.

Die Schwere eines Verbrechens kann innerhalb der Opportunitätsklauseln im konkreten Einzelfall beurteilt werden.⁹⁹⁷ Eine abstrakte Rangordnung von Verbrechenskategorien ist für diese Zwecke nicht zielführend. Wie zudem der Fall *Al-Bashir* zeigt, ist es nicht so, dass eine Person deswegen von den Staaten eher verfolgt wird, weil sie wegen Völkermords und nicht wegen eines anderen Verbrechens gesucht wird.⁹⁹⁸ Wenn sich eine große Anzahl an Staaten über einen langen Zeitraum hinweg der Vollziehung eines wegen des Verdachts auf Völkermord erlassenen Haftbefehls aktiv widersetzt, darf eine allgemeine Staatenpraxis hinsichtlich eines Verfolgungszwangs auch bei Genozid bezweifelt werden.⁹⁹⁹

cc) Insbesondere Kriegsverbrechen im internationalen bewaffneten Konflikt

Ähnlich wie bei Völkermord nehmen verschiedene Autoren eine völkerrechtliche Bestrafungspflicht bei Kriegsverbrechen im internationalen bewaffneten Konflikt an.¹⁰⁰⁰ Als Argument dient Art. 146 GC IV.¹⁰⁰¹ Demnach verpflichteten sich die Vertragsparteien unter anderem dazu, alle notwendigen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Festsetzung von angemessenen Strafbestimmungen wegen schwerer Verletzungen der Regeln des internationalen bewaffneten Konflikts zu treffen. Darüber hinaus ist jede Vertragspartei zur Ermittlung der Personen verpflichtet, die der Begehung oder der Erteilung eines Befehls zur Begehung einer schweren Verletzung beschuldigt sind. Ungeachtet ihrer Nationalität sollen die Vertragsstaaten sie vor ihre eigenen Gerichte stellen.

Im Hinblick auf Art. 146 GC IV sind die oben genannten Argumente, die gegen eine völkergewohnheitsrechtliche Ermittlungs- und Verfol-

997 Danner, *American JIL* 97 (2003), 510, 542 – 543; Longobardo, *JICJ* 14 (2016), 1011, 1014; Olásolo, *ICLR* 5 (2005), 121, 136.

998 Für eine detaillierte Liste der Staaten, die den unter anderem wegen Völkermords erlassenen Haftbefehl bislang nicht vollzogen haben, https://asp.icc-cpi.int/EN_Menu/asp/non-cooperation/pages/default.aspx (Stand 09.04.2024).

999 Allgemein, *Ambos*, AVR 37 (1999), 318, 330.

1000 *Ambos*, AVR 37 (1999), 318, 337; Henckaerts, *JICJ* 7 (2009), 683, 698 – 700; Stewart, *JICJ* 7 (2009), 854, 870; Werle/ Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 277.

1001 Fleck, *JICJ* 7 (2009), 833, 835; Henckaerts, *JICJ* 7 (2009), 683, 693; Werle/ Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 277.

gungspflicht für Völkermord sprechen,¹⁰⁰² auch bei dieser Kategorie der Kriegsverbrechen einschlägig. Insbesondere haben sich die Vertragsstaaten für eine unterschiedslose Geltung der Opportunitätsklauseln des Art. 53 I, II ICCSt entschieden. Es wäre für sie problemlos möglich gewesen, die Geltung der Klauseln von vornherein auf bestimmte Verbrechen zu beschränken. Das OTP unterliegt keiner allgemeinen Verpflichtung zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im internationalen bewaffneten Konflikt allein auf Grundlage von Völkergewohnheitsrecht.

5. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat bislang keine eindeutige Entscheidung zur Frage einer grundsätzlich umfassenden Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht getroffen. Im Kontext der Situation in der Republik Kenia befasste sich die PTC II mit einer Entscheidung des OTP, die Ermittlungen vorübergehend auszusetzen. Demnach betreffe ein zeitweises Aussetzen der Ermittlungen nicht *“the Prosecutor’s powers and obligations with respect to investigation and prosecution, also in light of the fact that crimes within the jurisdiction of the Court are not subject to any statute of limitations.”*¹⁰⁰³ Die Verpflichtung zur Durchführung weiterer Ermittlungen bestehe, solange es Beweise für das Vorliegen strafrechtlicher Verantwortlichkeit gebe.¹⁰⁰⁴

In anderen Zusammenhängen betonte die Rechtsprechung, dass der Umfang eines Autorisierungsersuchens die Ermittlungen nicht einschränke, solange die Verbrechen einen hinreichenden Nexus zur Situation aufweisen.¹⁰⁰⁵ Zweifel über das Vorliegen eines Verbrechens seien allein durch

1002 Näher bereits unter (D. II. 4. c) bb)).

1003 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision (5 November 2015), para. 14.

1004 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision (5 November 2015), para. 14.

1005 ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04–01/10–451, Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court (26 October 2011), para. 21; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 63; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 128; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 60.

formale Ermittlungen zu beseitigen.¹⁰⁰⁶ Ausführungen der PTC I lassen sich dahingehend interpretieren, dass das OTP alle Fälle einer Situation zumindest ermitteln müsse: „Hence, the Statute makes the Prosecution the organ primarily in charge of conducting the investigation of the situations with which the Court is seized, and of every case arising out of the situations under investigation.”¹⁰⁰⁷

Im Kontext der Situation im Sudan sprach sich dieselbe Kammer scheinbar ausdrücklich gegen eine grundsätzliche Strafverfolgungspflicht aus: “[N]either article 58 (1) nor article 58 (7) of the Statute require the Prosecution to request the issuance of an arrest warrant or a summons to appear whenever there is [sic] reasonable grounds to believe that a person is criminally liable under the Statute.”¹⁰⁰⁸ Aus besagtem Zitat schließt Pues, dass die Rechtsprechung die Auswahl der Angeklagten zum Zweck der Strafverfolgung als ausschließliche Ermessensangelegenheit des OTP betrachte.¹⁰⁰⁹ Eine Einzelrichterentscheidung der PTC II im Fall *Bemba*, wonach sich die Kammer nicht mit der Selektion von Fällen befasse,¹⁰¹⁰ scheint diese Sicht zu bestätigen. In der Tat stünde es konträr zu einer grundsätzlich umfassenden Strafverfolgungspflicht, wenn man dem OTP ein unkontrolliertes Ermessen bei der Frage zugestehen würde, ob es einen Haftbefehl oder eine Vorladung beantragt.

Ebenjene Aussage lässt sich den zitierten Entscheidungen bei genauerem Hinsehen allerdings nicht entnehmen. Die PTC I stellte in den folgenden Absätzen der Sudan-Entscheidung klar, dass der Grund für das Ermessen, einen Haftbefehl oder eine Vorladung zu beantragen, in der Existenz des

1006 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 27; ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 24; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 38; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 16.

1007 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), para. 82.

1008 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05-185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 14.

1009 Pues, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 87.

1010 ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-453, Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations (17 July 2009), para. 10.

Art. 53 II ICCSt liege.¹⁰¹¹ Die dortigen Beurteilungsspielräume lassen nur innerhalb des ausdrücklich normierten Rahmens eine Negativentscheidung zu, die ihrerseits der gerichtlichen Kontrolle gem. Art. 53 III ICCSt unterliegt.¹⁰¹² Die Kammer hat also lediglich auf eine gesetzliche Opportunitätsvorschrift verwiesen und sich nicht grundsätzlich für das Opportunitätsprinzip ausgesprochen. Ähnlich steht es um die Entscheidung im Fall *Bemba*. Dort bezog sich die Einzelrichterin mit ihrer Aussage, dass die Fallselektion außerhalb der richterlichen Kontrolle liege, ausdrücklich auf einen Verfahrensstand nach dem Erlass eines Haftbefehls.¹⁰¹³ Eine Entscheidung gegen Strafverfolgung gem. Art. 53 II ICCSt hätte in dem Fall zu diesem Zeitpunkt bereits getroffen sein müssen.¹⁰¹⁴ Die Fallselektion durch das OTP war mit Blick auf *Bemba* also abgeschlossen.

Klare Grenzen der Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten hat die Rechtsprechung dort gezogen, wo die Regeln des Komplementaritätsprinzips ein Strafverfahren vor dem ICC verbieten.¹⁰¹⁵ Hieraus lässt sich allerdings keine Positionierung für oder gegen eine grundsätzliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht entnehmen. Schließlich müssen die jeweiligen Voraussetzungen des Art. 17 ICCSt auf Tatbestandsebene des Art. 53 I, II ICCSt geprüft werden,¹⁰¹⁶ ohne dass sich daraus ein Rechtsfolgen gemessen ableiten ließe. Letztendlich hat sich noch keine eindeutige Rechtsprechung gebildet.

1011 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05-185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), paras. 15 – 18.

1012 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05-185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 15; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-51, Decision on the Admissibility of the Prosecutor's Appeal (6 November 2015), para. 58 Fn. 133.

1013 ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-453, Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations (17 July 2009), para. 9.

1014 Näher zum zeitlichen Anwendungsbereich des Art. 53 II ICCSt bereits unter (C. II. 3.).

1015 ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-451, Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court (26 October 2011), para. 21; ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi and Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-254, Decision Requesting Libya to Provide Observations (18 January 2013), para. 10.

1016 Vgl. *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 161 – 162.

6. Sicht des OTP

Inwieweit das OTP sich selbst einer Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht unterworfen sieht, ergibt sich in erster Linie aus den Reg. OTP sowie den Strategiepapieren,¹⁰¹⁷ die es bislang veröffentlicht hat.¹⁰¹⁸

a) Reg. OTP

Die zentrale Vorschrift zur Fallselektion innerhalb der Reg. OTP ist Reg. 33 Reg. OTP. Die Norm trägt die Überschrift „*Selection of cases within a situation*“. Demnach soll das OTP bei der Auswahl potenzieller Fälle innerhalb einer Situation die in den Buchstaben des Art. 53 I 2 ICCSt genannten Kriterien zur Beurteilung der Gerichtsbarkeit, Zulässigkeit und der Interessen der Gerechtigkeit heranziehen.¹⁰¹⁹ Unklar ist allerdings, wie sich die Vorschrift in das Statut einfügt.¹⁰²⁰ So könnte man einerseits annehmen, dass die Norm vorgibt, nach welchem Maßstab das OTP im Rahmen des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips unter Berufung auf Ausnahmenvorschriften einzelne Fälle vorläufig auswählt und priorisiert. Andererseits ließe sich vertreten, dass das Statut grundsätzlich von einem ungeschriebenen Auswahlermessen i.S.d. Opportunitätsprinzips ausgeht, welches durch Reg. 33 S. 2 Reg. OTP konkretisiert werden soll. Es wurde bereits argumentiert, dass die erstgenannte Sicht zutreffend ist.¹⁰²¹ Unter Zugrundelegung welcher Rechtsauffassung Reg. 33 Reg. OTP geschaffen wurde, ist aus der Vorschrift selbst nicht erkennbar.

1017 Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 106.

1018 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003); ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007); ICC-OTP, *Policy Paper on Victims' Participation* (April 2010); ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013); ICC-OTP, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes* (June 2014); ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016); ICC-OTP, *Policy on Cultural Heritage* (June 2021); ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021); ICC-OTP, *Policy on Gender-Based Crimes* (December 2023); ICC-OTP, *Policy on Children* (November 2023).

1019 *Ambos/ Stegmüller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; *Bådagård/Klamberg*, *Georgetown JIL* 48 (2017), 639; 675 – 676.

1020 *Ambos/ Stegmüller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

1021 Näher zur Begründung des grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs bereits unter (D. II).

Weiterhin ist Reg. 29 I, III, IV Reg. OTP zu nennen. Demnach soll das OTP für die gesamte Dauer der formalen Ermittlungen in einer Situation das Fortbestehen der hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt evaluieren. Eine solche Evaluation kann durchaus abseits eines Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs vorteilhaft sein.¹⁰²² Eine mindestens ebenso große Bedeutung kommt ihr aber unter der Prämisse zu, dass das OTP so lange ermitteln muss, wie die hinreichende Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt fortbesteht. Jedenfalls liefert der Verweis der Reg. OTP auf die Kriterien des Art. 53 I, II ICCSt keine eindeutige Antwort auf die Frage eines grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs.

b) Strategiepapiere des OTP

Die Rechtssysteme zahlreicher Staaten, die das Prinzip der Opportunität implementiert haben, enthalten ermessensleitende Richtlinien, wobei diese Funktion der Richtlinien auf die internationale Ebene übertragbar ist.¹⁰²³ Sie beschränken sich nicht auf die Ausübung von Rechtsfolgenermessen, sondern erstrecken sich ebenso auf Beurteilungsspielräume mit rechtlichem Ausnahmecharakter.¹⁰²⁴ Die schiere Existenz der vom OTP veröffentlichten Strategiepapiere ist ein Zeichen dafür, dass die Ermittlungs- und Anklagebehörde von Opportunität ausgeht. Damit ist aber nicht klar, ob es die Opportunität als Ausnahme vom Legalitätsprinzip oder als dem Statut zugrundeliegenden Grundsatz versteht.

Innerhalb der Strategiepapiere tätigt das OTP zahlreiche Aussagen zu seiner Rechtsauffassung. Im aktuellen *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* scheint es von einem ungeschriebenen Ermessen bei der Selektion von Fällen auszugehen: *“In the discharge of its mandate, the Office exercises its discretion in determining which cases should be selected and*

1022 Vgl. *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 67.

1023 *Angermaier*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 201, 202; *Cassese*, JICJ 2 (2004), 585, 587; *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 541 – 546; *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 402 – 405; *Olásolo*, ICLR 5 (2005), 121, 143; *Webb*, CLQ 50 (2005) 305, 324; kritisch, *Greenawalt*, *New York JILP* 39 (2007), 583, 652 – 658.

1024 *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 542; *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 15 – 16.

*prioritised for investigation and prosecution.*¹⁰²⁵ Das OTP nennt in dem Zusammenhang keine explizite Rechtsgrundlage zur Ermessensausübung. Stattdessen schreibt es *vage* in einer Fußnote: *“The Prosecutor’s discretion is reflected, inter alia, in articles 14(1), 42(1) and 58(1) of the Statute.”*¹⁰²⁶ In der *Policy on Situation Completion* spricht sich das OTP explizit gegen die grundsätzliche Geltung des Legalitätsprinzips innerhalb einer Situation aus:

*„While the progress of an individual case is relatively easy to measure, the progress of a situation is more complicated; it is [...], crucially, how many and which cases the Office will ultimately investigate in that situation. This is decided by the Prosecutor within the broad discretionary powers under articles 42, 53–54, and 58 of the Statute, in light of the material circumstances. It is distinct from the decision whether or not to prosecute a particular case, which is made solely on its own individual merits.”*¹⁰²⁷

Jene Aussagen des OTP sind problematisch. Art. 14 ICCSt regelt die Staatenüberweisung im Vorfeld der Vorermittlungen,¹⁰²⁸ nicht jedoch das Verfahren nach Einleitung der formalen Ermittlungen. Art. 54 I a ICCSt verpflichtet das OTP zu umfassenden Ermittlungen innerhalb einer Situation.¹⁰²⁹ Es handelt sich um eine allgemeine Norm, wonach die Behörde geeignete Maßnahmen trifft, um die wirksame Ermittlung und Strafverfolgung von der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechen zu gewährleisten.¹⁰³⁰ Art. 42 I ICCSt garantiert die Unabhängigkeit des OTP.¹⁰³¹

1025 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 5.

1026 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 5 Fn. 5.

1027 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 5.

1028 Krefß, JICJ 2 (2004), 944, 945; Chaitidou, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 14 Rn. 40 – 41.

1029 Näher bereits unter (D. II. 2.); anders das OTP, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 19.

1030 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–717, Decision on the Confirmation of Charges (30 September 2008), para. 144; Buisman, *Leiden JIL* 27 (2014), 205, 225.

1031 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 63; Kotecha, JICJ 18 (2020), 107, 126; Röben, *MPYUNL* 7 (2003), 513, 517; Wei, *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, S. 14.

Prinzipiell ließe sich aus den beiden letztgenannten Vorschriften eine allgemeine Kompetenz zur Selektion von Fällen herleiten.¹⁰³² Soweit speziellere Regelungen des ICCSt einschlägig sind, verdrängen diese jedoch allgemeine Normen.¹⁰³³ Diesbezüglich sind die ebenfalls vom OTP genannten Art. 53 ICCSt und Art. 58 ICCSt zu nennen. Art. 58 I ICCSt gibt die Voraussetzungen zum Erlass eines Haftbefehls oder einer Vorladung vor.¹⁰³⁴ Nach eigener Aussage entscheidet sich das OTP für die Beantragung eines Haftbefehls oder einer Vorladung, wenn eine hinreichende Grundlage i.S.d. Art. 53 II ICCSt und eine begründete Aussicht auf eine Verurteilung besteht.¹⁰³⁵ Damit ist der zitierte Art. 58 ICCSt zwar eine für den Kontext der Strafverfolgung relevante Vorschrift. Auf die Frage, in wie vielen aller in Betracht kommenden Fälle das OTP einen Haftbefehl oder eine Vorladung beantragen muss, liefert sie jedoch keine Antwort.

Im *Policy Paper on the Interests of Justice* bezieht sich das OTP implizit auf Art. 53 ICCSt und nimmt dabei eine mittlerweile nicht mehr eindeutig zu verortende Position ein. Demnach bestehe eine Vermutung zugunsten von Ermittlungen und Strafverfolgungen, wobei eine ermessensbasierte Verfahrenseinstellung in einer Situation oder in einem Fall aufgrund der Interessen der Gerechtigkeit nur ausnahmsweise erfolge.¹⁰³⁶ Indem es Verfahrenseinstellungen nur ausnahmsweise auf Grundlage von Art. 53 ICCSt vornehmen möchte, konnte diese Aussage lange als Hinwendung zu einer grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht verstanden werden.

Vor dem Hintergrund der siebeneinhalb Jahre später veröffentlichten *Policy on Situation Completion* ist ebenjene Interpretation mittlerweile hinfällig. Im Sinne einer harmonischen Auslegung der Strategiepapiere sollten die nicht eindeutigen Aussagen des *Policy Paper on the Interests of Justice* dahingehend verstanden werden, dass das OTP ein Verfahren

1032 Vor allem zur Unabhängigkeit des OTP, *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 146; *Wei*, *Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs*, S. 12 – 16.

1033 ICC, *Prosecutor v. Al-Bashir*, ICC-02/05–01/09–397-Corr, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (6 May 2019), para. 144.

1034 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 43; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 8 Rn. 24.

1035 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 35.

1036 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 1; ebenso, ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 71.

gem. Art. 53 II c ICCSt nur ausnahmsweise vor Erlass des ersten Haftbefehls oder der ersten Vorladung für sämtliche Fälle der Situation einstellen möchte, während es sich im Übrigen die Kompetenz zur freien Ermessensausübung zugesteht.¹⁰³⁷ Das OTP spricht sich also gegen eine grundsätzliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht innerhalb einer Situation im Stadium formaler Ermittlungen aus.

Gleichzeitig akzeptiert es im *Policy Paper on Preliminary Examinations* eine Verpflichtung zur Einleitung der Ermittlungen in einer Situation, sobald die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁰³⁸ Die Konsequenz jener Rechtsauffassung ist die Möglichkeit, dass das OTP die Ermittlungen in einer Situation zwar einleiten muss, innerhalb der Situation aber lediglich einen einzelnen Fall verfolgt und im Anschluss das Engagement in der Situation abseits jedweder Überprüfung durch das Gericht beendet.¹⁰³⁹ Dies darf als inkonsequent bezeichnet werden.

7. Bisherige Praxis

Die Praxis des OTP folgt keiner klaren Linie. Es hat mehrfach die Ermittlungen in einzelnen Fällen ganz oder teilweise für einen unbestimmten Zeitraum ausgesetzt, ohne dazu eine Rechtsgrundlage zu nennen. So beschloss das OTP im Verfahren gegen *Lubanga* “to temporarily suspend the further investigation in relation to other potential charges [...] up until the close of the present proceedings pertaining to the present charges.”¹⁰⁴⁰ Die PTC I ging nicht von einer Entscheidung nach einem der ersten beiden Absätze des Art. 53 ICCSt aus und betonte stattdessen die Absicht des OTP, zu einem späteren Zeitpunkt die Ermittlungen fortführen zu wollen.¹⁰⁴¹

1037 Vgl. ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 20.

1038 “[I]f the Office is satisfied that all the criteria established by the Statute for this purpose are fulfilled, it has a legal duty to open an investigation into the situation.”, ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 2.

1039 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–154, Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision (3 August 2015), para. 156.

1040 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–170, Prosecutor’s Information on Further Investigation (28 June 2006), para. 7.

1041 “[T]he Prosecutor did not take a decision not to investigate or not to prosecute, under paragraph 1(c) or 2(c) of article 53 of the Statute, in relation to the Situation in the DRC; and [...] the Prosecution continues to investigate in the DRC Situation; [...] the Prosecution has declared that he has only temporarily suspended the investigation of further crimes allegedly committed by Thomas Lubanga Dyilo [...]”, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–399,

Auf ähnliche Weise gestaltete sich später die Konstellation im Verfahren *Kenya II*, in der ein zeitweiser Stopp der Ermittlungen für einzelne Orte entschieden wurde, die PTC II ebenfalls keine formale Entscheidung nach Art. 53 ICCSt sah und infolgedessen ihre Kontrollfunktion nicht ausüben konnte.¹⁰⁴² Mittlerweile hat das OTP die Beendigung der formalen Ermittlungen in Kenia für die Zukunft angekündigt.¹⁰⁴³

Inwieweit das OTP seine Absicht, die Ermittlungen später fortführen zu wollen, zugleich als grundsätzliche rechtliche Verpflichtung betrachtete, ist unklar. Die PTC I schien in oben beschriebener Konstellation davon auszugehen, dass das OTP entweder weiter ermitteln oder irgendwann eine formale Entscheidung nach einem der ersten Absätze des Art. 53 ICCSt treffen werde.¹⁰⁴⁴ Dies deutet auf grundsätzliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten hin, die lediglich auf Grundlage expliziter Ausnahmenvorschriften durchbrochen werden können. Das OTP hingegen hatte bei genauerem Hinsehen eine unverbindliche Wortwahl getroffen, wonach die Entscheidung zur vorübergehenden Aussetzung der Ermittlungen „*does not exclude that he [the Prosecutor] may continue his investigation into crimes allegedly committed*“.¹⁰⁴⁵ Der Begriff „*may*“ deutet darauf hin, dass das OTP von einer Opportunitätsentscheidung ausging, wobei unklar ist, ob es diese auf einer gesetzlichen Ausnahmenvorschrift begründet sah oder nicht.

Eher in Richtung einer umfassenden Ermittlungspflicht argumentierte das OTP im Kontext der Autorisierung von Ermittlungen in Afghanistan. Die PTC II lehnte die Autorisierung ab, weil die Ermittlungen nicht im Interesse der Gerechtigkeit lägen.¹⁰⁴⁶ Dagegen wandte sich das OTP mit einer Beschwerde an die AC. Innerhalb des entsprechenden Schriftsatzes argumentierte es mit den Zwecken des ICCSt und einem „*absolute commitment in the Preamble that the international community, and the Court, should*

Decision on the Requests of the Legal Representative for Victims (26 September 2007), S. 5.

1042 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 25; hierzu, *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019). 585, 597.

1043 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Republic of Kenya* (27 November 2023).

1044 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–399, Decision on the Requests of the Legal Representative for Victims (26 September 2007), S. 5.

1045 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–170, Prosecutor's Information on Further Investigation (28 June 2006), para. 10.

1046 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 96.

*work to end impunity for all such crimes.*¹⁰⁴⁷ Eine besondere Betonung liegt auf dem im Originaltext durch Kursivschrift hervorgehobenen “*all*“. Die AC autorisierte die Ermittlungen später,¹⁰⁴⁸ ohne bei dieser Gelegenheit auf die soeben zitierte Passage einzugehen.

Nicht weniger interessant und widersprüchlich ist das Vorgehen in der Situation Uganda. Kurz nach Erhalt der Überweisung erklärte das OTP im Jahr 2004, es werde die Ermittlungen und Strafverfolgungen mit Blick auf sämtliche Konfliktparteien betreiben.¹⁰⁴⁹ Innerhalb eines Jahres ergingen fünf Haftbefehle gegen Angehörige der Rebellengruppe LRA.¹⁰⁵⁰ Daraufhin verkündete das OTP, die Ermittlungen in der Situation seien nahezu abgeschlossen.¹⁰⁵¹ In der Folge berief die PTC II eine Statuskonferenz ein “*with a view to considering the status of the investigation in the situation in Uganda in relation to the application of Article 53.*”¹⁰⁵² Kurz vor der Konferenz erklärte das OTP, dass es keine formale Entscheidung getroffen habe, keine weiteren Ermittlungen oder Strafverfolgungen in der Situation durchzuführen.¹⁰⁵³ Der Inhalt der folgenden Konferenz blieb der Öffentlichkeit entzogen.¹⁰⁵⁴ Im späteren Bericht an die ASP schrieb das OTP, die Ermittlungen in Uganda seien abgeschlossen und die Haftbefehle erlassen.¹⁰⁵⁵ Es reduzierte in der Folge das zuständige Ermittlerteam derart drastisch, dass ernsthafte Ermittlungen bezweifelt werden durften.¹⁰⁵⁶

1047 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 50.

1048 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 79.

1049 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01, Letter of the Prosecutor (17 June 2004).

1050 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–54, Warrant of Arrest for Vincent Otti (8 July 2005); ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–55, Warrant of Arrest for Raska Lukwiya (5 July 2005); ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–56, Warrant of Arrest for Okot Odhiambo (8 July 2005); ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–57, Warrant of Arrest for Dominic Ongwen (8 July 2005); ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–53, Warrant of Arrest for Joseph Kony, (27 September 2005).

1051 *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 50 – 51 Fn. 145.

1052 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–68, Decision to Convene a Status Conference on the Investigation in the Situation (2 December 2005), para. 17.

1053 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–76, OTP Submission Providing Information on Status of Investigation (11 January 2006), paras. 2, 6.

1054 *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 51 Fn. 145.

1055 ICC-ASP, *Report on Programme Performance 2006*, ICC-ASP/6/3 (30 May 2007), S. 20.

1056 *Hamilton*, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 8.

Erst im Dezember 2022 verkündete das OTP öffentlich einen wesentlichen Schritt zur *Situation Completion*, indem es bekannt gab, keine neuen Fälle in den Situationen in Georgien und der Zentralafrikanischen Republik ermitteln zu wollen.¹⁰⁵⁷ Ankündigungen für die Situationen in Kenia und Uganda folgten im darauffolgenden Jahr.¹⁰⁵⁸ Dabei betonte das OTP einerseits die erreichten Erfolge in den Situationen, gestand aber auch ein, dass die Straflosigkeit nicht vollständig beendet wurde. Diesbezüglich ist unklar, wie viele Verfahren momentan auf nationaler Ebene geführt werden und wie hoch das Dunkelfeld begangener Verbrechen ist, sodass das tatsächliche Ausmaß des Strafdefizits schwer einzuschätzen ist. Interessant ist allerdings die Begründung, die das OTP in seinen Mitteilungen nannte. Es verwies zunächst auf seine Ermessenskompetenz, wie es sie bereits in der *Policy on Situation Completion* dargelegt hatte.¹⁰⁵⁹ Außerdem berief es sich darauf, die Erwartungen der Opfer nicht enttäuschen zu wollen und die vorhandenen Ressourcen effektiv über verschiedene Situationen hinweg verwenden zu müssen. Gleichzeitig verkündete es, dass die Arbeit in den Situationen bei Weitem nicht abgeschlossen sei. Es gehe nun um den Vollzug der Haftbefehle, den Abschluss laufender Verfahren, Kooperation mit nationalen Behörden und eine generelle Beobachtung der Situationen für den Fall, dass die Ermittlungsphasen wieder aufgenommen werden.¹⁰⁶⁰

Das OTP schloss die Ermittlungsphasen in den Situationen laut eigener Aussage nach freiem Ermessen ab und berief sich dabei implizit auf das Opportunitätsprinzip. Zu einer gerichtlichen Überprüfung dieser Rechtsauffassung kam es bislang nicht. Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Rechtsauffassung wäre eine solche im Rahmen des Art. 53 III ICCSt möglich, wenn das OTP beschließt, sein Engagement vollständig zu beenden,¹⁰⁶¹ was nach den Pressemitteilungen noch nicht der Fall ist. Im Fall der Zentralafrikanischen Republik und Ugandas käme ein entsprechendes Ersuchen nach Art. 53 III a ICCSt in Betracht. Beide Staaten hatte die jeweilige Situation auf ihrem selbst Staatsgebiet an den ICC überwiesen. Käme es zu einem solchen Ersuchen, müsste sich die zu-

1057 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022).

1058 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Republic of Kenya* (27 November 2023); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

1059 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 5.

1060 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022).

1061 Näher bereits unter (D. III. 1. b)).

ständige PTC dazu verhalten, ob es eine gerichtliche Kontrolle für möglich erachtet oder nicht. Gänzlich ausgeschlossen erscheint dies nicht, da zumindest seitens Ugandas im Rahmen der letzten Vertragsstaatenkonferenz Unzufriedenheit mit der Entscheidung des OTP geäußert wurde.¹⁰⁶² Im Übrigen käme eine Überprüfung nach Art. 53 III b ICCSt in Betracht.

8. Konsequenzen

Das ICCSt folgt im Stadium formaler Ermittlungen grundsätzlich dem Legalitätsprinzip.¹⁰⁶³ In erster Linie sprechen Art. 53 I,¹⁰⁶⁴ II ICCSt sowie die Pflicht zur Wahrheitssuche aus Art. 54 I a ICCSt für diesen Befund.¹⁰⁶⁵ Die Präambel sowie die Interessen der Opfer stützen die Annahme eines grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs.¹⁰⁶⁶ Ein korrelierendes Völkergewohnheitsrecht hat sich bislang nicht etabliert.¹⁰⁶⁷ Aus den Pflichten zur Einleitung der Ermittlungen in einer Situation und zur Durchführung von Strafverfolgung in sämtlichen Fällen innerhalb der Situation folgt, dass das OTP die formalen Ermittlungen in einer Situation nicht ohne Weiteres beenden darf.¹⁰⁶⁸ Die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung ohne gesetzlich normierte Rechtsgrundlage steht im Widerspruch zur Rechtsfolge des Art. 53 I 1 ICCSt. Das OTP könnte im Fall einer hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt die Ermittlungen zunächst pflichtgemäß einleiten, diese aber im unmittelbaren Anschluss wieder beenden, ohne dass eine gerichtliche Kontrolle bestünde.¹⁰⁶⁹ Ein solches Vorgehen käme

1062 ICC-ASP, *Statement by H.E. Mirjam Blaak Sow* (7 December 2023), S. 4.

1063 So auch, *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 785, 800 – 801; Röben, MPYUNL 7 (2003), 513, 522; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 61; *Tomuschat*, Die Friedens-Warte 73 (1998), 335, 344; *Van Heeck*, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 190; *Wilhelmi*, Die Verfahrensordnung des IstGH, S. 48.

1064 Art. 15 ICCSt, wenn die Ermittlungen durch das OTP selbstständig eingeleitet wurden.

1065 Näher zu Art. 53 I ICCSt bereits unter (C. II. 1.); zu Art. 53 II ICCSt unter (C. II. 3.); zu Art. 54 I a ICCSt bereits unter (C. II. 2.).

1066 Näher bereits unter (D. II. 4. a) b)).

1067 Näher bereits unter (D. II. 4. c)).

1068 Ähnlich, *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 42 – 43; *Safferling*, International Criminal Procedure, S. 243; *Stegmüller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 262.

1069 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-154, Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (3 August 2015), para. 156; in die Richtung auch, *Van Heeck*, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 188 –

einem in Art. 53 I 1 ICCSt nicht vorgesehenen Rechtsfolgenermessungen gleich und würde insoweit der Wertung der Norm entgegenstehen und ihre Effektivität unterwandern. Das wäre ein widersprüchliches Auslegungsergebnis.¹⁰⁷⁰

Jeden konkretisierten Fall, den das OTP nicht der Strafverfolgung zuführen möchte, muss es im Wege einer formalen Entscheidung gem. Art. 53 II ICCSt einstellen. Damit korrespondiert die gerichtliche Kontrollfunktion des Art. 53 III ICCSt, die sich auf formale Entscheidungen zur Verfahrenseinstellung beschränkt.¹⁰⁷¹ Sie würde andernfalls unterlaufen. Kritiker wenden diesbezüglich ein, dass eine derartige Auslegung des Art. 53 II ICCSt zu einer unüberschaubaren Anzahl an Entscheidungen mit entsprechenden Informationspflichten sowie möglicher richterlicher Kontrollen führen würde.¹⁰⁷² Weil das OTP nach der hier vertretenen Auffassung aber eine beliebige Anzahl solcher Fälle in eine einzelne Entscheidung einbeziehen darf,¹⁰⁷³ verliert der Einwand an Brisanz. Darüber hinaus ist die Kammer nicht zur Ausübung ihrer Kontrolle verpflichtet.¹⁰⁷⁴

In Anbetracht der immensen Anzahl nicht ermittelter und verfolgter Fälle bestünde außerdem ein Legitimationsdefizit, wenn das OTP Opportunitätsabwägungen abseits konkreter gesetzlicher Vorgaben tätigen dürfte. Der Entschluss gegen Ermittlungen oder Strafverfolgung in einem Fall wirkt zwar grundsätzlich begünstigend.¹⁰⁷⁵ Auf internationaler Ebene ist die Nichtverfolgungsrate allerdings derart hoch, dass die Begünstigung zum Regelfall wird und die tatsächliche Verfolgung vom intendierten Regelfall

189; für ebenjene Möglichkeit, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 20.

1070 Zum Verbot einer die Effektivität einer Norm unterwandernden Auslegung, ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Judgment (7 March 2014), para. 46; ICC, *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18-143, Decision on the Prosecution Request for a Ruling on Territorial Jurisdiction (5 February 2021), para. 105.

1071 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 738 – 739, 744; *Robinson*, European JIL 14 (3003), 481, 487; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 61.

1072 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 54 Fn. 45; *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 38.

1073 Näher bereits unter (C. II. 2. b) bb)).

1074 *Kuczyńska*, *The Accusation Model Before the ICC*, S. 164; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 321.

1075 *La Fave*, American JCL 18 (1970), 532, 533; *Raiser*, *Das Opportunitätsprinzip im kolumbianischen Friedensprozess*, S. 57; *Hassemer*, in: Ostendorf (Hrsg.), FS StA Schleswig-Holstein, 538; *Went*, *Das Opportunitätsprinzip*, S. 20.

zur Belastung im Einzelfall.¹⁰⁷⁶ Als Konsequenz geraten Selektionsentscheidungen in die Kritik verbotener Diskriminierung, wenn sie auf einer ungesetzlichen Ermessensentscheidung basieren.¹⁰⁷⁷

Das OTP hingegen hat in der *Policy on Situation Completion* eindeutig Stellung für das Opportunitätsprinzip bezogen.¹⁰⁷⁸ Unter Zugrundelegung dieser Rechtsauffassung möchte das OTP die formalen Ermittlungen künftig in fünf Situationen einstellen.¹⁰⁷⁹ Eine solche Verfahrenseinstellung auf Grundlage des Opportunitätsprinzips wäre unproblematisch. Möglich ist sie aber auch vor dem Hintergrund eines grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs. Die einzelnen Kriterien des Art. 53 I, II ICCSt eröffnen unterschiedliche Wege, nach denen das OTP ein Verfahren infolge von Opportunitätsabwägungen als Ausnahme von der Regel einstellen darf.

III. Opportunitätsentscheidungen als Ausnahmefall

Die soeben begründeten Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten innerhalb einer Situation gelten keinesfalls absolut. Ein solches Ergebnis wäre nicht nur realitätsfern, sondern in Anbetracht des aus der Selektivität des Völkerstrafrechts herrührenden faktischen Ermessens schwer zu legitimieren.¹⁰⁸⁰ In den ersten beiden Absätzen des Art. 53 ICCSt finden sich zahlreiche Rechtsbegriffe, die Raum für Opportunitätsabwägungen bieten.¹⁰⁸¹ Sie stellen auf Tatbestandsebene eine gesetzliche Ausnahme vom Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang auf Rechtsfolgenseite dar.¹⁰⁸² Beide Absätze

1076 Vgl. *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 389 – 390; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 194.

1077 *Danner*, American LJ 97 (2003), 510, 521; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 194.

1078 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 5.

1079 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Republic of Kenya* (27 November 2023); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

1080 Näher zur Problematik außergesetzlichen Ermessens im Kontext des Legalitätsprinzips bereits unter (D. I. 2.).

1081 *De Guzman/ Schabas*, in: *Sluiter et al.* (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 146; *Turone*, in: *Cassese et al.* (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1175; *Schabas*, JICJ 6 (2008), 731, 747 – 749.

1082 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 262; *Wilhelmi*, *Die Verfahrensordnung des IStGH*, S. 48 – 49; *Van Heeck*, *Die Weiterentwicklung des formalen Völkerstrafrechts*, S. 190.

enthalten sich im Wesentlichen widerspiegelnde Kriterien, die sich im Bezugsobjekt der Entscheidung unterscheiden.¹⁰⁸³ Gemeint sind der Tatverdacht der Begehung eines Verbrechens innerhalb der Gerichtsbarkeit, die Zulässigkeit sowie die Interessen der Gerechtigkeit.

1. Tatverdacht und Gerichtsbarkeit

Gem. Art. 53 I 2 a ICCSt prüft das OTP, ob auf Grundlage der vorliegenden Informationen hinreichende Verdachtsgründe dafür vorliegen, dass ein der Gerichtsbarkeit unterfallendes Verbrechen begangen wurde oder wird.¹⁰⁸⁴ Art. 53 II a ICCSt verweist mit der Formulierung der hinreichenden rechtlichen oder sachlichen Grundlage zur Beantragung eines Haftbefehls oder einer Vorladung auf Art. 58 ICCSt.¹⁰⁸⁵

a) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 I 2 a ICCSt

Die Formulierung „hinreichende Verdachtsgründe“¹⁰⁸⁶ ähnelt der „hinreichenden Grundlage“¹⁰⁸⁷ in Art. 53 I 1 ICCSt.¹⁰⁸⁸ Sie ist aber enger zu verstehen, da die „hinreichende Grundlage“ in Art. 53 I 1 ICCSt neben den „hinreichenden Verdachtsgründen“ die Zulässigkeit und die Interessen der Gerechtigkeit umfasst.¹⁰⁸⁹ Die hinreichenden Verdachtsgründe stellen die niedrigste Schwelle aller Verdachtsgrade des Statuts dar.¹⁰⁹⁰ Es genügt eine

1083 Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 418 – 419.

1084 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 26; Ambos/ Bock, in: Reydam/Wouters/ Ryngaert (Hrsg.), *International Prosecutors*, 488, 535.

1085 Im Englischen: “[S]ufficient legal or factual basis to seek a warrant or summons under article 58.”

1086 Im Englischen: “Reasonable basis to believe.”

1087 Im Englischen: “Reasonable basis to proceed.”

1088 De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 240.

1089 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 26.

1090 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 27; ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 23; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 36; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111,

vernünftige, nachvollziehbar begründbare Annahme, dass ein Verbrechen innerhalb der Zuständigkeit des Gerichts begangen wurde oder wird.¹⁰⁹¹ Im Zweifel ist dies zu bejahen.¹⁰⁹² Dafür ist der Verdacht des Vorliegens eines einzelnen Verbrechens innerhalb der Gerichtsbarkeit ausreichend.¹⁰⁹³ Das Ergebnis der Vorermittlungen muss nicht eindeutig sein, weil erst die formalen Ermittlungen bestehende Zweifel beseitigen.¹⁰⁹⁴ Ein gewisser Beurteilungsspielraum kommt dem OTP insoweit zu, als dass die Beurteilung eines Verdachts zwangsläufig mit einem Maß an menschlicher Prognose verknüpft ist.¹⁰⁹⁵

Die Prüfung der Gerichtsbarkeit wird im Allgemeinen als eine reine Subsumtion der rechtlichen Voraussetzungen ohne Beurteilungsspielraum verstanden.¹⁰⁹⁶ Tatsächlich geht die Prüfung der Gerichtsbarkeit aber unter Umständen darüber hinaus. Weil nämlich die Ausübung der Gerichtsbar-

Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 16.

1091 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 35; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 24; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 30.

1092 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 13; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 30.

1093 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 13.

1094 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 27; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 24; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 38; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 16.

1095 *Botke*, GA 1980, 298, 303; *Deiters*, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, S. 113.

1096 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 14; ICC-OTP, *Policy Paper*

keit im Fall des Art. 13 a, b ICCSt durch den Umfang der Überweisung beschränkt ist,¹⁰⁹⁷ muss diese gegebenenfalls statutskonform ausgelegt werden.¹⁰⁹⁸ Das Ergebnis der Auslegung determiniert, welche Vorfälle das OTP im Rahmen des Art. 53 I ICCSt betrachtet, wobei die Auslegung einer Überweisung mehr als eine reine Subsumtion darstellt.

Ferner kann die Frage aufkommen, ob ein bestimmtes Verbrechen den Parametern einer Situation zuzuordnen ist oder nicht. Im Wesentlichen bestimmt der Konflikt, welcher der Aktivierung der Gerichtsbarkeit zugrunde liegt, die zeitlichen und räumlichen Parameter der Situation.¹⁰⁹⁹ Das damit einhergehende Maß an Opportunität ist bislang wenig erforscht. Immerhin wurde erkannt, dass die Anwendung der Vorschriften zur Gerichtsbarkeit Beurteilungsspielräume enthält.¹¹⁰⁰ Für Erwägungen zur Zweckmäßigkeit oder Verhältnismäßigkeit bietet Art. 53 I 2 a ICCSt hingegen keinen Raum.¹¹⁰¹

b) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 II a ICCSt

Der Verdachtsgrad im Kontext der Strafverfolgung ist im Vergleich zu demjenigen bei der Einleitung formaler Ermittlungen höher und konkreter.¹¹⁰² Speziell zu den Anforderungen an die Beurteilung eines Falls anhand des Art. 53 II a ICCSt existieren in der Rechtsprechung und Wissenschaft kaum nennenswerte Ausführungen.¹¹⁰³ Wegen des Verweises auf die Voraussetzungen zum Erlass eines Haftbefehls oder einer Vorladung ist letztendlich von einem identischen Standard hinsichtlich des Verdachtsgrads

on *Preliminary Examinations* (November 2013), para. 41; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 131; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 320.

1097 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-577, Prosecution's Submissions on Jurisdiction (10 September 2010), para. 15; *Junck*, Die Die Gerichtsbarkeit des IStGH, Rn. 470.

1098 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01, Letter of the Prosecutor (17 June 2004); *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 271; *Olásolo*, The Triggering Procedure of the ICC, S. 94; kritisch *Kreß*, JICJ 2 (2004), 944, 947.

1099 Näher bereits unter (B. II. 7.)).

1100 Vgl. *Zakerhossein*, ICLR 18 (2018), 686, 707; *Zakerhossein*, Situation Selection Regime at the ICC, S. 182.

1101 *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 241.

1102 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 676; *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 79 – 80; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 312.

1103 *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 168.

auszugehen.¹¹⁰⁴ Nach den Worten *Brubachers* sei für die Beantragung einer Vorladung entscheidend, ob die erlangten Beweise und Informationen eine Verurteilung durch das Gericht wahrscheinlicher als eine Nichtverurteilung erscheinen lassen.¹¹⁰⁵ Der leicht unterschiedliche Wortlaut lässt sich dadurch erklären, dass es sich bei Art. 53 II a ICCSt um eine prognostische Beurteilung unter stärkerer Berücksichtigung der Verfügbarkeit von Beweisen und möglicher Verteidigungseinwände handelt.¹¹⁰⁶

Eine Entscheidung gegen Strafverfolgung gem. Art. 53 II a ICCSt ist dann möglich, wenn die Beurteilung der Voraussetzungen sowohl für einen Haftbefehl als auch für eine Vorladung negativ ist. Aus diesem Grund kommt es allein auf den in Art. 58 I a ICCSt niedergeschriebenen Verdachtsgrad für eine Vorladung und nicht auf die zusätzlichen Voraussetzungen zum Erlass eines Haftbefehls an.¹¹⁰⁷ In Art. 58 I a ICCSt ist von einem begründeten Verdacht, dass die betreffende Person ein der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegendes Verbrechen begangen hat, die Rede.¹¹⁰⁸ Der Verdachtsgrad des Art. 58 I a ICCSt ist niedriger als der zur Bestätigung der Anklage,¹¹⁰⁹ aber höher als der des Art. 55 II ICCSt.¹¹¹⁰ Die Rechtsprechung zieht hier Parallelen zu Art. 5 I c ECHR.¹¹¹¹ Aus den Beweisen muss nicht

1104 Vgl. *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 39; *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 79 – 80; *Safferling*, International Criminal Procedure, S. 240.

1105 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 80.

1106 *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 839.

1107 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 676.

1108 Im Englischen: [R]easonable grounds to believe that the person has committed a crime within the jurisdiction of the Court.

1109 ICC, *Prosecutor v. Al-Bashir*, ICC-02/05–01/09–73, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (3 February 2010), para. 30.

1110 *Ambos*, Treatise III, S. 400.

1111 Art. 5 I c ECHR: „Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: [...] rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern [...]“; zur Übertragbarkeit auf das Recht des ICC, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–520-Anx2, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 12; ICC, *Prosecutor v. Al-Bashir*, ICC-02/05–01/09–73, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (3 February 2010), para. 31; ICC, *Prosecutor v. Gbagbo*, ICC-02/11–01/11–9-Red, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 (30 November 2011), para. 27.

zwingend die Begehung eines Verbrechens durch die betroffene Person folgen.¹¹¹²

2. Zulässigkeit

Die Zulässigkeitsbeurteilung besteht bei der Einleitung der formalen Ermittlungen (Art. 53 I 2 b ICCSt) und bei der Entscheidung für oder gegen Strafverfolgung (Art. 53 II b ICCSt) aus denselben zwei Komponenten,¹¹¹³ namentlich Komplementarität (Art. 17 I a – c ICCSt) und Schwere (Art. 17 I d ICCSt).¹¹¹⁴ Nach der Rechtsprechung der PTC I ergebe sich das Ergebnis der Prüfung aus der reinen Anwendung rechtlicher Voraussetzungen.¹¹¹⁵ Die AC hat hingegen erkannt, dass die Beurteilung kein reiner Subsumtionsvorgang ist.¹¹¹⁶ Unterschiede bei der Zulässigkeitsprüfung im Rahmen der beiden Absätze ergeben sich in erster Linie aus den verschiedenen Bezugsobjekten der Beurteilung. Für die Komponenten der Komplementarität und Schwere sollen im Folgenden jeweils ihre Inhalte sowie Beurteilungsspielräume und anschließend die Besonderheiten bei der Anwendung im Rahmen der ersten beiden Absätze des Art. 53 ICCSt beleuchtet werden.

1112 ICC, *Prosecutor v. Al-Bashir*, ICC-02/05–01/09–73, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (3 February 2010), paras. 31 – 33; zum konkreten Standard des Art. 58 I a ICCSt auf die Rechtsprechung des ECHR verweisend: “[Art. 5 I c ECHR] requires the existence of some facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned *may* [Hervorhebung durch den Autor] have committed the offence.”, ICC, *Prosecutor v. Gbagbo*, ICC-02/11–01/11–9–Red, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 (30 November 2011), para. 27.

1113 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–520-Anx2, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 29; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn. 10; *Ambos/ Bock*, in: *Reydam/Wouters/ Ryngaert* (Hrsg.), International Prosecutors, 488, 536.

1114 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–520-Anx2, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 29; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 52.

1115 Vg. ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 14.

1116 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 40.

a) Komplementarität

Das Komplementaritätsprinzip liegt dem gesamten Statut zugrunde und ist Ausdruck des Grundsatzes, dass der ICC seine Strafgerichtsbarkeit nur subsidiär gegenüber den Staaten über die völkerrechtlichen Verbrechen des ICCSt ausüben soll.¹¹¹⁷ Kommen die Staaten ihrer Pflicht zur Ausübung eigener Strafgerichtsbarkeit nicht nach, soll der ICC die dadurch entstehende Lücke bei der Strafverfolgung schließen.¹¹¹⁸ Eine Sache ist unzulässig, wenn ein Staat ein Verfahren durchführt, außer der Staat ist nicht willens oder in der Lage zu einem ernsthaften Verfahren (Art. 17 I a ICCSt). Ebenso unzulässig ist eine Sache, wenn der primär zuständige Staat Ermittlungen durchgeführt und sich infolgedessen gegen Strafverfolgung entschieden hat, es sei denn, die Entscheidung ist das Ergebnis mangelnden Willens oder Unvermögens (Art. 17 I b ICCSt). Darüber hinaus ist ein Verfahren vor dem ICC gem. Art. 17 I c ICCSt unzulässig, wenn die betreffende Person bereits gerichtlich belangt wurde und ein Verfahren beim ICC gem. Art. 20 III ICCSt nicht anhängig gemacht werden kann. Auf diese Weise soll das ICCSt dem Problem vertikaler Jurisdiktionskonflikte zwischen den Nationalstaaten und dem ICCSt begegnen und Doppelbestrafungen verhindern.¹¹¹⁹

Die Zulässigkeit im Rahmen des Komplementaritätsprinzips ist kein statischer Zustand, sondern bedarf einer konstanten Überprüfung.¹¹²⁰ Verfahren vor dem ICC können im Laufe der Ermittlungen unzulässig oder zulässig werden, wenn der primär zuständige Staat eigene Verfahren einleitet oder einstellt.¹¹²¹ Reg. 29 I, IV Reg. OTP trägt dem Rechnung, indem sie das OTP während der gesamten Dauer der formalen Ermittlungen zu einer

1117 ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04–01/10–451, Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court (26 October 2011), para. 21; *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 591, 592; *Junck*, Die Gerichtsbarkeit des IStGH, Rn. 464.

1118 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 85.

1119 *Eser*, in: Sieber et al. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 36 Rn. 83.

1120 ICC, *Prosecutor v. Kony et al.*, ICC-02/04–01/05–377, Decision on the Admissibility of the Case (10 March 2009), para. 28; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 73; *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 35.

1121 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 56; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 37.

Evaluation der Zulässigkeit verpflichtet. Das Gericht hingegen kann die Zulässigkeit nur anhand der ihm zur Verfügung stehenden Informationen zum Zeitpunkt einer Entscheidung bewerten.¹¹²² Art. 19 I ICCSt ermöglicht der PTC eine richterliche Überprüfung *proprio motu*,¹¹²³ wenn die Umstände dies erfordern.¹¹²⁴

aa) Berücksichtigung nationalstaatlicher Strafverfahren

In Art. 17 ICCSt ist nicht explizit genannt, welche Staaten nach dem Komplementaritätsgrundsatz primär zuständig sind. Unstreitig sind Staaten erfasst, deren Strafverfolgungskompetenz auf dem Territorialitäts- oder Personalitätsprinzip beruht.¹¹²⁵ Dabei ist unerheblich, ob der betreffende Staat dem Statut beigetreten ist oder nicht.¹¹²⁶ Korrespondierend beinhaltet Art. 18 I 1 ICCSt eine Benachrichtigungspflicht des OTP gegenüber Vertragsstaaten und Staaten, welche „im Regelfall die Gerichtsbarkeit über die betreffenden Verbrechen ausüben würden“.¹¹²⁷ Art. 19 II b ICCSt räumt jedem Staat, der Gerichtsbarkeit über die im Raum stehenden Taten hat, ein Anfechtungsrecht ein, wenn er in der Sache Ermittlungen oder Strafverfolgung betreibt.¹¹²⁸

Strittig ist vor allem, ob auch solchen Staaten, die allein nach dem Universalitätsprinzip Strafgewalt ausüben, eine primäre Kompetenz gegenüber dem ICC zukommt. Alle Staaten haben völkerrechtlich auch dann die Möglichkeit zur Verfolgung der meisten Verbrechen des ICCSt, wenn

1122 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 56.

1123 ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04–02/06–1-Red-tENG, Decision on the Prosecution Application for a Warrant of Arrest (6 March 2007), para. 11; ICC, *Prosecutor v. Kony et al.*, ICC-02/04–01/05–377, Decision on the Admissibility of the Case (10 March 2009), paras. 28 – 29.

1124 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 53.

1125 *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 192.

1126 *Tharakan*, *Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips*, S. 89; *Razesberger*, *The ICC*, S. 33 – 34.

1127 *Benzing*, *MPYUNL 7* (2003), 591, 622 – 625; *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 124 – 126.

1128 *Cryer et al.*, *An Introduction to ICL and Procedure*, S. 420; *El Zeidy*, *Michigan JIL* 23 (2002), 869, 916.

diese keinen Inlandsbezug aufweisen.¹¹²⁹ Sieht man darin eine primäre Zuständigkeit gegenüber dem ICC, müsste das Gericht sämtliche nationalen Verfahren weltweit beachten, die in der jeweiligen Sache geführt werden.¹¹³⁰ Dies gestaltet sich nicht zuletzt im Hinblick auf die Informationspflichten des Art. 18 I 1 ICCSt als schwierig, weil das OTP faktisch jeden Staat der Welt informieren müsste.¹¹³¹

Dennoch ist die Einbeziehung sämtlicher Staaten in Art. 17 ICCSt konsequent. Das ergibt sich zunächst aus einer Auslegung der Vorschrift im Licht der Präambel. In Abs. 6 Präambel ICCSt ist ohne nähere Differenzierung von einer Verpflichtung aller Staaten zur Ausübung ihrer Strafgewalt die Rede.¹¹³² Der ICC soll die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit lediglich ergänzen (Abs. 10 Präambel ICCSt) und dabei als letztes Mittel dienen, um Lücken bei der Beendigung der Straflosigkeit zu schließen.¹¹³³ Unabhängig von der völkerrechtlichen Grundlage nationaler Verfahren besteht keine Lücke, wenn ein Staat Strafgewalt ausübt, sodass ein Verfahren vor dem ICC auch im Fall der Ausübung nationaler Strafgewalt auf Grundlage des Universalitätsprinzips der Ergänzungsfunktion widersprechen würde.¹¹³⁴

Jedwede Art nationaler Verfahren dient zudem der Entlastung der internationalen Strafjustiz.¹¹³⁵ Der Staatsbegriff des Art. 17 ICCSt sollte in Anbetracht dieser Gründe weit ausgelegt werden und sämtliche Staaten umfassen.¹¹³⁶ Alle Staaten, die tatsächlich Ermittlungen oder Strafverfolgungen durchführen, können infolgedessen die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch den ICC anfechten.¹¹³⁷ Dem Problem der weiten Benachrichtigungspflicht des Art. 18 I 1 ICCSt lässt sich zum einen im Wege einer öffentlichen

1129 *Bock/ Preis*, HuV-I (2007), 148, 151 – 153; *Fleck*, JICJ 7 (2009), 833, 851; *Henckaerts*, JICJ 7 (2009), 683, 698; kritisch, *Scheffer*, Cornell ILJ 32 (1999), 528, 533.

1130 Zu dieser Kritik, *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 270; *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 90.

1131 *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 276.

1132 *Razesberger*, *The ICC*, S. 36; *Stahn*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 238.

1133 *Ambos/ Bock*, in: *Reydams/Wouters/ Ryngaert* (Hrsg.), *International Prosecutors*, 488, 536 – 537; *Lattanzi*, in: *Bellelli* (Hrsg.), *International Criminal Justice*, 181, 189; *Stahn*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 238.

1134 Vgl. *Olásolo*, *The Triggering Procedure of the ICC*, S. 155.

1135 *Bibas/ Burke-White*, *Duke LJ* 59 (2010), 631, 684.

1136 Entsprechende Verfahren zumindest implizit bereits akzeptierend, ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11–14–Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), paras. 195, 200.

1137 *Razesberger*, *The ICC*, S. 35 – 36.

Bekanntgabe begegnen.¹¹³⁸ Zum anderen ist dort nur von einer Benachrichtigung gegenüber Staaten die Rede, die „im Regelfall Gerichtsbarkeit über die betreffenden Verbrechen ausüben“. Das kann man als Einschränkung auf Staaten, die auf Grundlage des Territorialitäts- oder Personalitätsprinzips tätig werden und damit ein spezifisches Strafverfolgungsinteresse haben,¹¹³⁹ verstehen.

bb) Berücksichtigung nicht nationalstaatlicher Strafverfahren

Weiterhin ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich das OTP in Zukunft vermehrt mit Strafverfahren konfrontiert sieht, die nicht auf nationalstaatlicher Ebene geführt werden. Das betrifft zunächst Verfahren, die von nichtstaatlichen Konfliktakteuren mit quasi-staatlicher Gewalt geführt werden.¹¹⁴⁰ Diesbezüglich ist das Rechtsregime des Art. 17 ICCSt eindeutig auf staatliche Strafverfahren ausgelegt, weswegen nichtstaatliche Verfahren die Zulässigkeit vor dem ICC unberührt lassen.¹¹⁴¹

Anders steht es um die Beurteilung internationaler und internationalisierter Strafgerichte. Theoretisch kann der Sicherheitsrat künftig weitere UN-Tribunale errichten und diesen eine primäre Verfolgungskompetenz gegenüber den Nationalstaaten einräumen. Dann wäre es widersprüchlich, wenn der ICC gegenüber den Staaten lediglich subsidiär tätig werden dürfte, das Komplementaritätsprinzip aber nicht gegenüber dem Tribunal gelten würde. Ebenso können die Staaten internationale oder internationalisierte Strafgerichte auf vertraglicher Basis errichten. Derartige Institutionen leiten ihre Existenz aus der Delegation staatlicher Gewalt ab und sollten mit Blick auf die ergänzende Funktion des ICC gegenüber diesem primär zuständig sein.¹¹⁴² Damit korrespondiert das Ziel, die Achtung und die Durchsetzung der internationalen Rechtspflege dauerhaft zu gewährleisten (Abs. 11 Präambel ICCSt).

1138 *Razesberger*, The ICC, S. 80.

1139 *Ambos*, Treatise III, S. 236 – 238.

1140 *Kleffner*, in: Stahn/ El Zeidy (Hrsg.), The ICC and Complementarity II, 707, 714 – 716.

1141 *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 66; *Kleffner*, in: Stahn/ El Zeidy (Hrsg.), The ICC and Complementarity II, 707, 717.

1142 *Jackson*, JICJ 14 (2016), 1061, 1071 – 1072.

cc) Zu beurteilende Aktivität

Bei der Prüfung des Art. 17 I a, b ICCSt untersucht das Gericht zunächst, ob überhaupt nationale Verfahren durchgeführt werden oder wurden, bevor es sich mit Fragen mangelnden Willens oder Unvermögens befasst.¹¹⁴³ Ebenso verfährt das OTP.¹¹⁴⁴ Im Fall von Inaktivität ist ein Verfahren vor dem ICC automatisch zulässig, sofern die hinreichende Schwere gegeben ist.¹¹⁴⁵ Nur wenn der primär zuständige Staat tätig wird, kommt es auf die übrigen Voraussetzungen an. Der von der Rechtsprechung aufgestellte Beurteilungsmaßstab zur Feststellung staatlicher Aktivität ist dem Grundgedanken nach auf die Frage gerichtet, ob sich ein nationales Strafverfahren gegen dieselbe Person wegen des im Wesentlichen selben Verhaltens richtet, wie es in einem Verfahren vor dem ICC der Fall wäre.¹¹⁴⁶ Sowohl das Verhalten als auch die Person sind konstituierende Merkmale für einen im Rahmen der Komplementaritätsprüfung zu beurteilenden Fall.¹¹⁴⁷

Nach dem Wortlaut des Art. 17 ICCSt muss der primär zuständige Staat Ermittlungen und Strafverfolgungen „ernsthaft“ durchführen. Ob der Ernsthaftigkeit eine eigenständige Bedeutung zukommt, ist nicht eindeutig

1143 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 78; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 53; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), par92; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 146; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 146.

1144 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-1459, Prosecution's Consolidated Response to the Observations of the Legal Representatives (7 September 2009), para. 12.

1145 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 78; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn. 11; *Müller/ Stegmiller*, JICJ 8 (2010), 1267, 1282.

1146 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 31; ICC, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-307, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya (30 August 2011), para. 34; ICC, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, ICC-01/09-02/11-274, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya (30 August 2011), para. 39; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 147.

1147 *Rastan*, JICJ 15 (2017), 1, 9 – 10.

geklärt. Eine Sache ist vor dem ICC ohnehin zulässig, wenn der primär zuständige Staat nicht willens oder in der Lage zur Durchführung eigener Verfahren ist.¹¹⁴⁸ Semantisch jedenfalls steht der Begriff im Zusammenhang mit den Ermittlungen und Strafverfolgungen und nicht mit den Kriterien mangelnden Willens oder Unvermögens.¹¹⁴⁹

Razesberger versteht den Terminus als gesteigerten Ausdruck eines „good faith“, bei dem ein Verfahren im Licht der Ziele und Grundsätze des Statuts ausnahmsweise auch dann zulässig sein könne, wenn der primär zuständige und aktiv tätige Staat willens und in der Lage zur eigenen Verfahrensführung ist.¹¹⁵⁰ Laut anderer Autoren komme es darauf an, ob das nationale Verfahren international anerkannten Menschenrechten entspricht.¹¹⁵¹ Dagegen wird mitunter eingewandt, die Vereinbarkeit eines Verfahrens mit international anerkannten Menschenrechten sei ein Aspekt, der im Rahmen des fehlenden Willens zur eigenen Verfahrensführung zu berücksichtigen sei.¹¹⁵² Dies widerspricht wiederum dem Wortlaut „nicht willens“. Wenn nämlich ein Staat die Rechte eines Beschuldigten entgegen international anerkannter Menschenrechte beschränkt, ist dies eher ein Zeichen eines besonders ausgeprägten Verfolgungswillens. Das Kriterium der Ernsthaftigkeit ist vor diesem Hintergrund besser auf den Aspekt der Vereinbarkeit eines Verfahrens mit völkerrechtlichen Grundsätzen eines ordnungsgemäßen Verfahrens zugeschnitten. Dabei ist zu beachten, dass der ICC kein Gericht zur Überwachung nationaler Verstöße von Angeklagtenrechten ist.¹¹⁵³ Um dem gerecht zu werden, scheint ein Ansatz angebracht, wonach das Kriterium der Ernsthaftigkeit nur dann zu verneinen ist, wenn offensichtliche und schwerwiegende Verstöße vorliegen.

Bei der Untersuchung des Begriffs der „Ermittlungen“ stellt sich die Frage einer engen Auslegung im Sinne ausschließlich strafrechtlicher Ermittlungen oder eines offenen Verständnisses unter Einschluss von Wahrheitskommissionen, alternativer Verfolgungsmechanismen oder sogar Am-

1148 Aus diesem Grund den Begriff für überflüssig haltend, *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 178.

1149 *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 592, 604 – 605; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 314; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 216.

1150 *Razesberger*, The ICC, S. 53.

1151 *El Zeidy*, The Principle of Complementarity, S. 166; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 219.

1152 *Stahn*, CLF 19 (2008), 87, 97.

1153 *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 592, 607; anders, *Stahn*, CLF 19 (2008), 87, 97.

nestien.¹¹⁵⁴ Der Begriff lässt sich prinzipiell weit verstehen.¹¹⁵⁵ Die Folge wäre ein ausgedehnter Beurteilungsspielraum des OTP. Es hätte zu prüfen, ob ein außerstrafrechtlicher Mechanismus auf nationalstaatlicher Ebene zur Unzulässigkeit eines Verfahrens vor dem ICC führt.¹¹⁵⁶ Aus zahlreichen Gründen ist einem solch offenen Verständnis der Komplementarität entgegenzutreten.

Allen voran regelt das ICCSt das Verfahren vor einem Strafgericht, weshalb die in ihm enthaltenen Normen entsprechend auszulegen sind. Ermittlungen und Strafverfolgungen können nicht losgelöst voneinander betrachtet werden, vielmehr bilden Ermittlungen eine logische Vorstufe zur Strafverfolgung.¹¹⁵⁷ In Art. 17 I b ICCSt ist von einer nationalen Entscheidung gegen Strafverfolgung die Rede, was die Möglichkeit einer Entscheidung zugunsten von Strafverfolgung impliziert.¹¹⁵⁸ Speziell Verfahren ohne strafrechtliche Konsequenzen widersprechen darüber hinaus Art. 17 II b ICCSt, der ausdrücklich Konstellationen erfasst, in denen ein nationales Verfahren zum Schutz einer Person vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit geführt wird.¹¹⁵⁹ Dem Gedanken der Komplementarität nach soll der ICC die nationale Strafgerichtsbarkeit ergänzen (vgl. Abs. 10 Präambel ICCSt).¹¹⁶⁰ Eine komplementäre Ergänzung setzt ein gewisses Maß an Äquivalenz voraus, welches zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Aufarbeitungsmechanismen nicht existiert.¹¹⁶¹

Das OTP befasst sich im Kontext der Interessen der Gerechtigkeit und nicht der Komplementarität mit Formen alternativer Gerechtigkeit.¹¹⁶² Diese Klausel ist aufgrund ihrer offenen Gestaltung besser auf die Beurteilung

1154 Cardenas, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH, S. 193; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 167.

1155 Cardenas, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH, S. 58; Robinson, European JIL 14 (2003), 481, 500; Stahn, JICJ (2005), 695, 697.

1156 Cardenas, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH, S. 195 – 196; Olásolo, ICLR 5 (2005), 121, 139.

1157 Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 168 – 169.

1158 Robinson, European JIL 14 (2003), 481, 500.

1159 El Zeidy, The Principle of Complementarity, S. 175; Gropengießer/ Meißner, ICLR 5 (2005), 267, 285; Stahn, JICJ (2005), 695, 714.

1160 Safferling, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 22; Stahn, ICLR 19 (2008), 87, 91.

1161 Gropengießer/ Meißner, ICLR 5 (2005), 267, 287; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 169; mit Blick auf vergleichbare Methoden bei strafrechtlichen Verfahren und Wahrheitskommissionen kritisch, Robinson, European JIL 14 (2003), 481, 500.

1162 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7 – 8; näher unter (D. III. 3. c) dd) (5).

außerstrafrechtlicher Maßnahmen zugeschnitten.¹¹⁶³ Allgemeine Grundsätze lassen sich zu diesem Aspekt schwer finden, weil alternative Aufarbeitungsmechanismen im Unterschied zu Strafverfahren sehr unterschiedlich ausfallen können und stets eine verstärkte Beurteilung im Einzelfall erfordern.¹¹⁶⁴ Mit dem erhöhten Beurteilungsspielraum korrespondiert ein erhöhtes Bedürfnis nach richterlicher Kontrolle, was vor dem Hintergrund des Art. 53 III b ICCSt auf die Interessen der Gerechtigkeit zutrifft.¹¹⁶⁵ Die Zulässigkeitsbeurteilung der Ermittlungen durch das OTP ist demnach auf rein strafrechtliche Verfahren vor nationalen Gerichten begrenzt.

dd) Ausnahmeklauseln

Nur wenn ein primär zuständiger Staat tätig wird, kommt es darauf an, ob der Staat nicht willens oder nicht in der Lage zur Durchführung eines ernsthaften Verfahrens ist.¹¹⁶⁶ Ist eines der Kriterien erfüllt, ist ein Prozess vor dem ICC trotz nationaler Aktivität zulässig.

(1) Nicht willens

Ob der Staat nicht willens ist, richtet sich in abschließender Aufzählung danach, ob das Verfahren dem Schutz vor einem Verfahren vor dem ICC dient oder diente (Art. 17 II a ICCSt), eine nicht gerechtfertigte Verfahrensverzögerung vorlag (Art. 17 II b ICCSt) oder das nationale Verfahren nicht unabhängig oder unparteiisch geführt wird oder wurde (Art. 17 II c ICCSt).¹¹⁶⁷ Die beiden letztgenannten Kriterien erfordern zu-

1163 *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 36; *Gropengießer/ Meißner*, ICLR 5 (2005), 267, 296; *Robinson*, European JIL 14 (2003), 481, 500; hingegen für Art. 17 I 1 ICCSt als geeignete Vorschrift, *Stahn*, JICJ (2005), 695, 719; differenzierend zwischen Aufarbeitungsformen mit und ohne Mechanismus zur Feststellung strafrechtlicher Verantwortung, *Gordon*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), The ICC and Complementarity II, 745, 805.

1164 Vgl. *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 36; *Razesberger*, The ICC, S. 175 – 176.

1165 Vgl. *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 716; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 603 Fn. 85.

1166 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 78.

1167 *Holmes*, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC IB, 667,675; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 24.

sätzlich, dass das nationale Verfahren mit der Absicht unvereinbar ist, die betreffenden Person vor Gericht zu stellen.¹¹⁶⁸ Aufgrund des normativen und stigmatisierenden Gehalts birgt die Feststellung fehlenden Willens enormes politisches Konfliktpotenzial.¹¹⁶⁹ Die Vertragsparteien waren sich dessen bewusst und haben mit Bedacht möglichst objektive Alternativkriterien ausgewählt.¹¹⁷⁰ Bei ihrer Auslegung ist von einem grundsätzlichen Gestaltungsspielraum der Staaten hinsichtlich ihrer Verfahren auszugehen.¹¹⁷¹ Das Prüfobjekt ist nicht der Verfolgungswille einer einzelnen Institution oder Person, sondern derjenige des Staats in seiner Gesamtheit.¹¹⁷²

Das erste Kriterium erfasst vor allem Strafverfahren, die nur zum Schein geführt werden und in Wahrheit den Täter schützen sollen.¹¹⁷³ Dazu ist der schwer zu erbringende Nachweis erforderlich, dass das Verfahren gerade dem Zweck dient, den Täter zu schützen.¹¹⁷⁴ Letztendlich ist der Zweck des Scheinverfahrens aus den objektiven Umständen abzuleiten.¹¹⁷⁵ Laut *Stigen* kommen hierzu zahlreiche Indikatoren in Betracht, beispielsweise eine auffallend geringe Anzahl gegebenenfalls einseitig geführter nationaler Verfahren, geringe Ermittlungs- und Strafverfolgungsressourcen, Anklagen wegen „gewöhnlicher“ Verbrechen oder Vergehen anstelle völkerrechtlicher Verbrechen, auffallend geringe Sanktionen mit mangelhaftem Vollzug, bedingungslose Amnestien, wirtschaftliche und politische Kooperationen zwischen den potenziellen Tätern und dem zur Verfolgung verpflichteten Staat

1168 *Stahn*, JICJ (2005), 695, 716; *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 105.

1169 *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 24; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 14 Rn. 18.

1170 *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 591, 606; *Cardenas*, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH, S. 132 – 133; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 257 – 258; *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 108; für eine beispielhafte Aufzählung, *Robinson*, European JIL 14 (2003), 481, 500.

1171 *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 14 Rn. 18.

1172 ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05–01/08–802, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges (24 June 2010), para. 246; *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 117.

1173 *Razesberger*, The ICC, S. 43; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 304.

1174 *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 591, 609 – 610; *El Zeidy*, Michigan JIL 23 (2002), 869, 900 – 901.

1175 *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 304; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 262 – 263.

oder politische Einmischung in die Verfahren.¹¹⁷⁶ Die Regelung enthält vor dem Hintergrund jener Schwierigkeiten ein nicht unerhebliches Maß an Beurteilungsspielräumen.¹¹⁷⁷ *El Zeidy* spricht sich aus diesem Grund sogar für eine Erarbeitung von Richtlinien zur Beurteilung fehlenden Willens aus.¹¹⁷⁸

Konkreter ist demgegenüber das Kriterium der nicht gerechtfertigten Verfahrensverzögerung. Als Maßstab einer Verzögerung kommt zum einen ein Vergleich der wegen der fraglichen völkerrechtlichen Verbrechen geführten Prozesse mit anderen innerstaatlichen Verfahren in Betracht.¹¹⁷⁹ Ebenso denkbar ist ein international verallgemeinerter Maßstab, der sich am international anerkannten Recht auf ein Verfahren innerhalb angemessener Zeit orientiert.¹¹⁸⁰ Letzteres scheint konsistent mit der Formulierung der „völkerrechtlich anerkannten Grundsätze eines ordnungsgemäßen Verfahrens“ in Art. 17 II ICCSt. Anwendung und Auslegung des Rechts müssen gem. Art. 21 III ICCSt mit international anerkannten Menschenrechten vereinbar sein.

Neben dem Verzögerungsmaßstab ist die Frage ungeklärt, wann die Verzögerung ungerechtfertigt ist. In der Literatur wird bisweilen auf die Vermeidbarkeit der Verzögerung bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt abgestellt.¹¹⁸¹ Außergewöhnliche Umstände können demnach dazu führen, dass eine Verfahrensverzögerung unvermeidbar oder gerechtfertigt ist.¹¹⁸² Tatsächlich liegt der Kern der Vorschrift in der Frage, ob der Staat seine Verfahren derart verzögert, das daraus der mangelnde Wille zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens zum Vorschein kommt.¹¹⁸³ Im Einzelfall kann eine Verfahrensverzögerung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt sein.¹¹⁸⁴

1176 Mit einer ausführlichen Auflistung, *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 263 – 288.

1177 *Rohrer*, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*, S. 190.

1178 *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 175.

1179 *Cardenas*, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH*, S. 119; *Holmes*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC IB*, 667, 676; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 305.

1180 *Benzing*, *MPYUNL 7* (2003), 591, 611.

1181 *Cardenas*, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH*, S. 120.

1182 *Benzing*, *MPYUNL 7* (2003), 591, 611.

1183 *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 182 – 183; *Rohrer*, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*, S. 192.

1184 *Ambos*, *Treatise III*, S. 310 – 311; *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 182 – 184.

Die letzte in Art. 17 II ICCSt aufgeführte Variante betrifft die Konstellation, dass der Staat kein unabhängiges oder unparteiisches Verfahren führt. Unabhängigkeit bedeutet, dass Entscheidungen frei von äußeren Einflüssen getroffen werden, wohingegen sich Unparteilichkeit vor allem auf die Unvoreingenommenheit der mit einem Verfahren befassten Organe bezieht.¹¹⁸⁵ Abermals kommt es auf die Beurteilung der Umstände im Einzelfall an,¹¹⁸⁶ wobei sich noch keine Rechtsprechung etabliert hat. Auch hier ist zu prüfen, ob das Verfahren mit der Absicht der ordnungsgemäßen Durchführung eines Strafverfahrens unvereinbar ist.¹¹⁸⁷

(2) Nicht in der Lage

Art. 17 III ICCSt nennt drei abschließend normierte Konstellationen für Unvermögen: Ein völliger oder weitgehender Zusammenbruch oder Unverfügbarkeit des nationalen Justizsystems.¹¹⁸⁸ Mindestens einer der Faktoren muss ursächlich dafür sein, dass der Staat nicht in der Lage ist, des Beschuldigten habhaft zu werden oder die erforderlichen Beweismittel und Zeugenaussagen zu erlangen, oder dass er aus anderen Gründen nicht in der Lage zur Durchführung eines Verfahrens ist.¹¹⁸⁹ Es scheint fraglich, ob sich hierzu eine entsprechende Rechtsprechung etablieren wird. Schließlich dürfte das Kriterium des Unvermögens in der Regel bereits daran scheitern, dass der betreffende Staat von Anfang an kein Verfahren durchführt. So befand etwa die PTC I das Verfahren gegen *Kushayb* ohne Ausführungen zu Art. 17 III ICCSt für zulässig, weil das sudanesisches Verfahren nicht dasselbe Verhalten wie dasjenige vor dem ICC umfasse,¹¹⁹⁰ obwohl sie Gelegenheit zu weiteren Ausführungen zum Kriterium des Unvermögens gehabt hätte.¹¹⁹¹

1185 *Ambos*, Treatise III, S. 311; *Razesberger*, The ICC, S. 46.

1186 Vgl. ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi and Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-466-Red, Decision on the Admissibility of the Case (11 October 2013), para. 245.

1187 *Holmes*, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC IB, 667, 676.

1188 *Cardenas*, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IstGH, S. 126 – 130; *El Zeidy*, Michigan JIL 23 (2002), 869, 903.

1189 ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi and Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-565, Judgment on the appeal of Mr. Abdullah Al Senussi (24 July 2014), para. 265.

1190 ICC, *Prosecutor v. Harun and Kushayb*, ICC-02/05-01/07-1-Corr, Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) (27 April 2007), para. 21.

1191 *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 131.

Ein Zusammenbruch liegt vor, wenn das System kollabiert ist und als solches nicht mehr funktioniert, was insbesondere auf sogenannte *“Failed States“* zutrifft.¹¹⁹² Von erhöhter Relevanz ist die Alternative des weitgehenden Zusammenbruchs, weil sie die Untergrenze des Unvermögens beschreibt.¹¹⁹³ Sie umfasst in erster Linie Konstellationen, in denen das Justizsystem innerhalb eines Staats regional kollabiert ist.¹¹⁹⁴ Nicht zuletzt wegen der stigmatisierenden Wirkung einer Feststellung, das nationale Justizsystem sei zur Durchführung von Strafverfahren nicht in der Lage, sollte die Schwelle hoch anzusetzen sein.¹¹⁹⁵ Darüber hinaus bedarf es einer konstanten Überprüfung.¹¹⁹⁶ Beispielsweise können die Auswirkungen des weitgehenden Zusammenbruchs durch eine Verlegung des Gerichtsorts umgangen werden,¹¹⁹⁷ wodurch ein Verfahren vor dem ICC zulässig werden kann.

Unverfügbar ist ein Justizsystem, wenn es zwar an sich funktionsfähig ist, sich aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mit einem Fall befassen kann.¹¹⁹⁸ Das kann vor allem dann gegeben sein, wenn nicht genügend Kapazitäten zur Verfahrensführung vorhanden sind.¹¹⁹⁹ Enthält das nationale Recht keinerlei Vorschriften zur Bestrafung eines Verhaltens, das als völkerrechtliches Verbrechen zu klassifizieren ist, liegt rechtliche Unverfügbarkeit vor.¹²⁰⁰ Dabei ist umstritten, ob die Bestrafung entsprechenden Verhaltens als „gewöhnliche“ Verbrechen anstelle völkerrechtlicher Verbrechen ausreichend ist, damit ein Verfahren vor dem ICC unzulässig ist. Kritiker monieren, sie bringe weder die besondere Schwere völkerrechtlicher Verbrechen noch ihren kollektiven Kontext zum Ausdruck.¹²⁰¹ Tatsächlich

1192 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 74 – 75; *Cardenas*, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH, S. 126.

1193 *Cardenas*, Die Zulässigkeitsprüfung vor dem IStGH, S. 126 – 127.

1194 *El Zeidy*, Michigan JIL 23 (2002), 869, 903 – 904; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 311.

1195 *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 197; *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 128.

1196 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 36.

1197 *Holmes*, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC IB, 667, 677.

1198 *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 128.

1199 ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-802, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges (24 June 2010), para. 246.

1200 *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 23.

1201 *Satzger*, Internationales Strafrecht, § 17 Rn. 10; *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 131.

aber knüpft Art. 17 ICCSt mit dem Begriff der „Sache“ an das Verhalten und nicht an dessen rechtliche Charakterisierung an, weswegen die nationale Verfolgung desselben Verhaltens ausreicht, wenn das Strafmaß der besonderen Schwere entspricht.¹²⁰²

(3) *Ne bis in idem*

Art. 17 I c ICCSt steht im Zusammenhang mit Art. 20 ICCSt, der wiederum ein Ausdruck des *ne bis in idem*-Grundsatzes ist.¹²⁰³ Der völkerrechtlich anerkannte Grundsatz soll verhindern, dass so lange Verfahren gegen eine Person geführt werden, bis das gewünschte Ergebnis eintritt.¹²⁰⁴ Ein gegen den Grundsatz verstößendes Verfahren ist unzulässig, außer eine der Ausnahmen des Art. 20 III ICCSt ist einschlägig. Diese betreffen nationale Verfahren, die dem Zweck dienen, die betreffende Person vor strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu schützen (Art. 20 III a ICCSt) oder die in sonstiger Hinsicht nicht unabhängig und unparteiisch entsprechend den völkerrechtlichen Grundsätzen eines ordnungsgemäßen Verfahrens in einer Weise geführt wurden, die unter den gegebenen Umständen mit der Absicht, die Person vor Gericht zu stellen, unvereinbar waren (Art. 20 III b ICCSt). Die Vorschrift des Art. 20 III a ICCSt spiegelt das Kriterium des Art. 17 II b ICCSt wider.¹²⁰⁵ Der Wortlaut des Art. 20 III b ICCSt entspricht im Wesentlichen demjenigen des Art. 17 II d ICCSt. Beide Vorschriften sind einander entsprechend auszulegen.¹²⁰⁶ Soll ein Verfahren vor dem ICC nach dem *ne bis in idem*-Grundsatz unzulässig sein, muss das nationale Verfahren rechtskräftig sein.¹²⁰⁷

1202 *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 591, 616; *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 131; *Razesberger*, *The ICC*, S. 155.

1203 *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 285.

1204 *Bassiouni*, *Duke JCIL* 3 (1993), 235, 287.

1205 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 315.

1206 ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi and Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-565, Judgment on the appeal of Mr. Abdullah Al Senussi (24 July 2014), para. 222.

1207 ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-695, Judgment on the Appeal of Mr. Saif Al Islam Gaddafi (9 March 2020), para. 61.

ee) Beurteilungsspielräume

Die Staaten haben Art. 17 ICCSt einen abschließenden Katalog an Kriterien zur Feststellung der Komplementaritätsvoraussetzungen zugrunde gelegt, sodass dem OTP prinzipiell keine darüberhinausgehenden Ermessensspielräume zustehen.¹²⁰⁸ Trotzdem sind die einzelnen Kriterien bisweilen unbestimmt, weswegen ihre Anwendung über einen reinen Subsumtionsvorgang hinausgeht. Allen voran betrifft das die Frage, ob ein Staat willens und in der Lage zur Durchführung ernsthafter Verfahren ist. Dem OTP kommt insoweit zwangsläufig ein Beurteilungsspielraum zu.¹²⁰⁹

Ein oftmals unbeachteter Ermessensspielraum betrifft die Dauer der Beurteilung. Im Statut ist nicht festgeschrieben, wie lange das OTP die nationalen Strafverfolgungsbemühungen beobachten muss und darf, bevor es eine Entscheidung zur Zulässigkeit trifft.¹²¹⁰ Die grundsätzliche Vorgabe der Rechtsprechung zur Dauer der Vorermittlungen lautet vage auf eine *“reasonable time“*.¹²¹¹ Sie wurde allerdings allgemein und nicht mit Blick auf die Zulässigkeitsbeurteilung getätigt. Da das Statut keine konkrete Regel für den Beobachtungszeitraum enthält, ist dem OTP ein erhöhter Ermessensspielraum zuzusprechen. Beispielsweise eröffnete das OTP im Jahr 2004 die Vorermittlungen in Kolumbien und beobachtete über 17 Jahre nationale Maßnahmen zur Beendigung der Straflosigkeit,¹²¹² was bisweilen als unangemessen langer Zeitraum kritisiert wird.¹²¹³ Erst am 28.10.2021 beendete das OTP die Vorermittlungen mit dem Abschluss eines Kooperationsabkommens, in dem die Fähigkeiten und der Wille des kolumbianischen

1208 Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 242.

1209 Olásolo, ICLR 3 (2003), 87, 134; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 242.

1210 Allgemein zur fehlenden Frist der Dauer der Vorermittlungen, Pues, JICJ 15 (2017), 435, 451 – 452.

1211 ICC, *Situation in the Central African Republic*, ICC-01/05–6, Decision on Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination (30 November 2006), S. 4; ICC, *Application under Regulation 46 (3)*, ICC-RoC46(3)-01/18–37, Decision on the Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction (6 September 2018), para. 84.

1212 Hierzu, Arévalo-Ramírez/ Martini, JICJ 20 (2022), 1001.

1213 So bereits im Jahr 2015, Seils, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 305, 323.

Staats zur Verfolgung der Verbrechen nach dem ICCSt hervorgehoben werden.¹²¹⁴

ff) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 I 2 b ICCSt

Bei der Komplementaritätsbeurteilung geht es grundsätzlich um die Frage, ob sich ein nationales Strafverfahren gegen dieselbe Person wegen des im Wesentlichen selben Verhaltens richtet, wie es in einem Verfahren vor dem ICC der Fall wäre.¹²¹⁵ Die Mindestschwelle liegt bei *“tangible, concrete and progressive investigative steps“*.¹²¹⁶ Ein Vergleich zwischen nationalen Verfahren und solchen vor dem ICC ist problemlos bei Fällen möglich, in denen konkrete Personen und Verhalten bereits hinreichend ermittelt sind.¹²¹⁷ Im Rahmen des Art. 53 I 2 b ICCSt ist die Beurteilung hingegen erschwert.¹²¹⁸ Das OTP hat nur rudimentäre Informationen zu den in Frage stehenden Vorfällen und Verantwortlichen, weshalb es die Zulässigkeit

1214 „Noting the demonstrated ability and willingness of Colombia to date to genuinely administer justice related to crimes under the jurisdiction of the International Criminal Court, and noting the requirement for the Office of the Prosecutor to determine, in the context of its preliminary examination, admissibility against the applicable legal test set out in article 17 of the Rome Statute on the basis of the facts as they presently exist“, Preamble of the Cooperation Agreement between the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court and the Government of Columbia; kritisch mit Blick auf Unterschiede zwischen den Sanktionen im kolumbianischen System und denen des ICCSt, *Arévalo-Ramírez/ Martini*, JICJ 20 (2022), 1001, 1007.

1215 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–520-Anx2, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 31; ICC, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-307, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya (30 August 2011), para. 34; ICC, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, ICC-01/09–02/11–274, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya (30 August 2011), para. 39; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17–9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 147.

1216 ICC, *Prosecutor v. Gbagbo*, ICC-02/11–01/12–47-Red, Decision on Côte d’Ivoire’s Challenge to the Admissibility of the Case (11 December 2014), para. 65.

1217 *Tharakan*, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 93.

1218 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 40; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 115; *Rastan*, JICJ 15 (2017), 1, 28 – 29.

potenzieller Fälle beurteilt.¹²¹⁹ Dies kann nur generalisiert erfolgen.¹²²⁰ Die Beurteilung ist vorläufig, weswegen sich das Ergebnis im Laufe des weiteren Verfahrens ändern kann.¹²²¹ Die PTC II hat im Zuge der Autorisierung von Ermittlungen in der Republik Kenia folgenden Maßstab aufgestellt:

“[T]he admissibility assessment requires an examination as to whether the relevant State(s) is/are conducting or has/have conducted national proceedings in relation to the groups of persons and the crimes allegedly committed during those incidents, which together would likely form the object of the Court’s investigations. If the answer is in the negative, the ‘case would be admissible’, provided that the gravity threshold is also met.”¹²²²

Die weite Definition der potenziellen Fälle erfasst Gruppen von Personen und Vorfälle, die vermutlich Gegenstand der weiteren Verfahren in der Situation sein werden.¹²²³ Ob ein Staat gegenüber denselben Gruppen wegen derselben Vorfälle tätig wird, kann prinzipiell empirisch beantwortet werden.¹²²⁴ Ist die Antwort positiv, bleibt noch immer unklar, ob die staatlichen Verfahren auch explizit dieselben Personen innerhalb der Gruppen und die im Wesentlichen selben Verhaltensweisen erfassen, die Gegenstand eines Verfahrens vor dem ICC sein würden. Aus diesem Grund handelt es sich um eine Beurteilung mit einem gewissen Prognoseanteil,¹²²⁵ dessen Umfang von der Qualität der Vorermittlungen abhängt. Zumindest muss zu klären sein, ob sich die nationalen Behörden mit Personen der höchsten Verantwortlichkeit sowie den schwersten Verbrechen befassen.¹²²⁶ Sinnvoll

1219 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), paras. 46 – 47; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 115.

1220 Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 286.

1221 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 50.

1222 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 52.

1223 Näher bereits unter (B. I. 3.).

1224 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 47; Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 20.

1225 ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 194.

1226 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 188; ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of

erscheint außerdem eine Überprüfung, ob sich nationale Verfahren gegen Angehörige aller Konfliktparteien richten.¹²²⁷

Ist eine Beurteilung der Existenz nationaler Verfahren bereits erschwert, gilt dies erst recht für die einzelnen Kriterien des Art. 17 I ICCSt mit ihrer teils subjektiven Ausgestaltung.¹²²⁸ So war die PTC I nicht in der Lage zur Beurteilung fehlenden Willens oder Unvermögens des russischen Staats zur Durchführung von Strafverfahren in der Situation Georgien. Sie befand die Ermittlungen in der Situation allein deswegen für zulässig, weil jedenfalls keine Ermittlungen wegen sämtlicher potenziell zulässiger Fälle stattfanden.¹²²⁹ Mit Blick auf Art. 17 I c ICCSt scheint eine Beurteilung auf Situationsebene sogar unmöglich. Schließlich setzt der *der ne bis in idem*-Grundsatz eine Konkretisierung des Verhaltens und der Person voraus.¹²³⁰ Für die Zulässigkeit der Ermittlungen vor dem Hintergrund des Komplementaritätsprinzips genügt es letztendlich, wenn der primär zuständige Staat nicht in sämtlichen vom OTP identifizierten potenziellen Fällen Verfahren durchführt.¹²³¹

gg) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 II b ICCSt

Bei der Beurteilung im Rahmen des Art. 53 II b ICCSt sind die Konturen eines Falls bereits hinreichend konkretisiert. Die Frage, ob der Fall auf nationaler Ebene und vor dem ICC derselbe ist, lässt sich daher einfacher beantworten¹²³² Soll ein Fall als unzulässig vor dem Hintergrund des Komplementaritätsprinzips gelten, muss sich das nationale Verfahren konkret

an Investigation (15 November 2011), para. 197; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 180.

1227 Stahn, ICLR 19 (2008), 87, 106 – 107.

1228 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 46; Satzger, Internationales Strafrecht, § 14 Rn. 18; auf Ausnahmen im Fall sogenannter Selbstüberweisungen und des damit implizit verbundenen Verzichts auf die Ausübung der Rechte aus dem Komplementaritätsprinzip hinweisend, Poes, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 35.

1229 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 50.

1230 El Zeidy, The Principle of Complementarity, S. 285.

1231 Poes, JICJ 15 (2017), 435, 444; ähnlich, Tharakan, Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips, S. 101.

1232 Stigen, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 198 – 199.

gegen dieselbe Person richten, wie es in einem Verfahren vor dem ICC der Fall wäre.¹²³³ Verfahren gegen Personen derselben Hierarchieebene genügen nicht.¹²³⁴ Der Vergleich bezieht sich ebenso auf das konkrete Verhalten der Person.¹²³⁵ Ein dem nationalen Verfahren zugrundeliegender Sachverhalt darf sich nicht wesentlich von demjenigen unterscheiden, der Gegenstand eines Verfahrens vor dem ICC wäre.¹²³⁶

b) Positive Komplementarität

Das OTP muss bei seinen Entscheidungen die subsidiäre Rolle des ICC gegenüber den Staaten bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen beachten.¹²³⁷ In diesem Zusammenspiel besteht eine Chance, dem immensen Missverhältnis zwischen der Anzahl an Fällen und der geringen Ressourcen des ICC sowie dem daraus resultierenden Defizit bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen zu begegnen.¹²³⁸ Mit der positiven Komplementarität verkündete das OTP nach mehrjähriger Entwicklungsphase im Jahr 2006 eine eben darauf ausgerichtete Strategie.¹²³⁹

1233 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1-Corr-Red, Decision Concerning Pre-Trial-Chamber I's Decision of 10 February 2006 (24 February 2006), para. 31; ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-4, Decision on the Evidence and Information (6 July 2007), para. 20; ICC, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-101, Decision on the Application by the Government of Kenya (30 May 2011), para. 56.

1234 ICC, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-307, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya (30 August 2011), para. 42.

1235 Kritisch zu diesem engen Verständnis, *Rastan*, JICJ 15 (2017), 1, 29.

1236 *Rastan*, JICJ 15 (2017), 1, 24 – 25; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 198.

1237 *Ambos/ Bock*, in: Reydam/Wouters/ Ryngaert (Hrsg.), International Prosecutors, 488, 536 – 537; *Pues*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 193.

1238 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), paras. 100 – 103; *Hall*, in: Stahn/ El Zeidy (Hrsg.), The ICC and Complementarity II, 1014, 1015 – 1016; *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 11 – 14, 57 – 58; *Pampalk/ Knust*, ZIS 2010, 669, 674; vgl. auch die Hervorhebung positiver Komplementarität durch das OTP bei der Beendigung von Ermittlungsphasen, ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022).

1239 ICC-OTP, *Report on Prosecutorial Strategy* (14 September 2006), S. 5.

aa) Begründung

Die Strategie ist darauf ausgerichtet, das Vorliegen einzelner oder mehrerer Komplementaritätsvoraussetzungen aktiv zu beseitigen, wodurch ein Verfahren vor dem ICC unzulässig wird.¹²⁴⁰ Positive Komplementarität geht damit über das obligatorische „passive“ Vergewissern der Verfahrensvoraussetzungen hinaus.¹²⁴¹ Im Idealfall wird der primär zuständige Staat zur Durchführung eigener Verfahren animiert, wodurch die Lücke der Straflosigkeit durch den Staat geschlossen wird.¹²⁴² Die ASP, welche die Strategie explizit befürwortet, hat eine nach eigenen Angaben nicht umfassende Definition zur positiven Komplementarität erarbeitet:

“[P]ositive complementarity refers to all activities/actions whereby national jurisdictions are strengthened and enabled to conduct genuine national investigations and trials of crimes included in the Rome Statute, without involving the Court in capacity building, financial support and technical assistance, but instead leaving these actions and activities for States, to assist each other on a voluntary basis.”¹²⁴³

Positive Komplementarität geht davon aus, dass der Erfolg des ICC nicht an der Anzahl seiner Verfahren zu messen ist, sondern vielmehr an der Abwesenheit von Verfahren als Folge funktionierender staatlicher Verfolgungsmechanismen.¹²⁴⁴ Tatsächlich wird die weit überwiegende Anzahl an Verfahren wegen völkerrechtlicher Verbrechen nicht auf internationaler, sondern auf nationaler Ebene geführt.¹²⁴⁵ Die Strategie der positiven Kom-

1240 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 7; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), paras. 100 – 103; *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 299 – 300; *Pampalk/ Knust*, ZIS 2010, 669, 627; *Pues*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 193.

1241 *Hall*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity II*, 1014, 1017 – 1018; *Stahn*, *A Critical Introduction to ICL*, S. 223.

1242 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 7; *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 305; *Stahn*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 267 – 273.

1243 ICC-ASP, *Resolution 9*, ICC-ASP/8/Res.9 (10 March 2010), para. 16.

1244 “As a consequence of complementarity, the number of cases that reach the Court should not be a measure of its efficiency. On the contrary, the absence of trials before this Court, as a consequence of the regular functioning of national institutions, would be a major success.”, ICC-OTP, *Statement at the Ceremony for the Solemn Undertaking of the Chief Prosecutor* (16 June 2003).

1245 *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, § 4 Rn. 11; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 12 Rn. 9.

plementarität macht sich diesen Umstand zunutze, indem sie sicherstellt, dass die Staaten ihrer primären Verantwortung zur Durchführung eigener Ermittlungen und Strafverfolgungen nachkommen und den ICC auf diese Weise entlasten.¹²⁴⁶ Wird der primär zuständige Staat zur Durchführung eines Verfahrens gegen dieselbe Person wegen des im Wesentlichen selben Verhaltens, wie es Gegenstand eines Prozesses vor dem ICC wäre, animiert, ist das Verfahren vor dem ICC nicht mehr automatisch wegen nationaler Inaktivität zulässig.¹²⁴⁷ Zusätzlich kann der Staat durch entsprechende Maßnahmen und Kooperationen des OTP willens und in der Lage zur Durchführung eines eigenen Verfahrens versetzt werden.¹²⁴⁸

In erster Linie soll die Strategie der positiven Komplementarität zur Beseitigung der drei letztgenannten Zulässigkeitsvoraussetzungen beitragen.¹²⁴⁹ Dabei ist sie an kein bestimmtes Stadium während der Ermittlungen gebunden.¹²⁵⁰ Mehr oder minder explizite Hinweise auf eine Umsetzung der Strategie finden sich im *Policy Paper on Preliminary Examinations*,¹²⁵¹ dem *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*¹²⁵² und in der *Policy on Situation Completion*.¹²⁵³ Positive Komplementarität hat zumindest theoretisch das Potenzial, eine Entscheidung des OTP zu legitimieren, keine formalen Ermittlungen in einer Situation einzuleiten, einzelne Fälle innerhalb einer Situation nicht für ein Verfahren vor dem ICC zu selektieren oder die formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes zu beenden.¹²⁵⁴ So hat das OTP die Beendigung der Ermittlungsphase in den Situationen in der Zentralafrikanischen Republik und in Georgien unter anderem damit begründet, dass die Staaten vermehrt eigene Verfahren füh-

1246 *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 299.

1247 Vgl. ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 78; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 8 Rn. II; *Müller/ Stegmüller*, JICJ 8 (2010), 1267, 1282.

1248 *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 305; *Shereshevsky*, JICJ 18 (2020), 1017, 1019; *Stahn*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 267 – 273.

1249 *Shereshevsky*, JICJ 18 (2020), 1017, 1019; *Stahn*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 267 – 273.

1250 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 734.

1251 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 100.

1252 Jedenfalls mit Blick auf nicht für ein Verfahren vor dem ICC selektierte Fälle, ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 7.

1253 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 51.

1254 Zu Letzterem, ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), R 265; *Hamilton*, *ILP* 47 (2014), I, II – 14, 57 – 58.

ren und mit dem OTP kooperieren.¹²⁵⁵ Die Begründung in der Situation in Uganda lässt sich ebenfalls auf diese Weise interpretieren.¹²⁵⁶ Auch bei der Beendigung der Vorermittlungen in Kolumbien betonte das OTP die erfolgreiche Implementierung positiver Komplementarität, die zur Unzulässigkeit der Ermittlungen geführt habe.¹²⁵⁷

bb) Rechtsgrundlagen

Bei der aktiven Förderung nationaler Verfahren durch das OTP handelt es sich um eine über die originären Aufgaben einer Anklagebehörde (Ermittlungen und Strafverfolgung) hinausgehende Tätigkeit. Weder in Art. 17 ICCSt noch an anderer Stelle des Statuts wird das Konzept der positiven Komplementarität genannt.¹²⁵⁸ Ausgehend von dem Befund, dass die Strategie nicht explizit verboten ist, sie nicht in Individualrechte eingreift und auch nicht implizit durch andere Vorschriften ausgeschlossen wird, lässt sie sich prinzipiell als ungeschriebene Kompetenz verstehen.¹²⁵⁹ Betrachtet man die Zulässigkeitsprüfung des Art. 17 ICCSt und des Art. 53 I 2 b; II b ICCSt vor dem Hintergrund der in der Präambel genannten Verpflichtung der Staaten zur eigenen Verfolgung und zur Kooperation mit dem ICC, lässt sich durchaus folgern, dass das OTP mehr als nur eine passive Rolle bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einnehmen soll.¹²⁶⁰

1255 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022).

1256 “The work ahead of all of us as accountability actors requires the long-term engagement of national, regional and international actors, civil society organisations and others. Reflecting this, and as part of this decision, my Office will seek to increase its engagement with Ugandan national institutions, with the goal of strengthening and supporting accountability efforts through an enhanced cooperation framework. Complementarity and cooperation can only be effective if the Court, the States Parties and partners work together to shoulder the weighty responsibilities envisaged by the Rome Statute and demanded by victims.”, ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

1257 ICC, *Request under Regulation 46 (3) of the Regulations of the Court*, ICC-RoC46(3)-01/22-4, Prosecution Response to FIDH and CAJAR Requests (6 June 2022), para. 11.

1258 Stahn, in: Stahn/ El Zeidy (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 265.

1259 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 64.

1260 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 65 – 68; *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 301.

Ebenso lässt sich auf die in Art. 54 I b ICCSt genannte Verpflichtung zur Durchführung wirksamer Ermittlungen und die Ermächtigung zum Ergreifen geeigneter Maßnahmen abstellen.¹²⁶¹ Damit korrespondierende konkrete Kompetenzen stehen dem OTP nach Art. 54 III ICCSt zu.¹²⁶² Darüber hinaus erlaubt Art. 93 X ICCSt dem Gericht, einzelnen Staaten Rechtshilfe zur Durchführung ihrer Verfahren zu leisten.¹²⁶³ Je nachdem, welche Maßnahme das OTP zur Förderung der positiven Komplementarität treffen möchte, stehen ihm unterschiedliche Mittel zur Verfügung.

cc) Maßnahmen

Maßnahmen positiver Komplementarität können unter anderem Tätigkeiten vor Ort, Konsultationen mit nationalen Behörden und der Zivilgesellschaft oder *Monitoring*-Aktivitäten umfassen.¹²⁶⁴ *Hall* hat eine umfangreiche Liste möglicher Aktivitäten erarbeitet. Demnach könne positive Komplementarität umfassen: Schaffung einer Vorbildfunktion für den jeweiligen Staat; Animierung der Staaten zum Erlass von Gesetzen zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen; Förderung internationaler Institutionen und Unterstützung nationaler Justizsysteme; generelle Ermutigung der Staaten, von ihren Gesetzen zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen Gebrauch zu machen; Ermutigung der Staaten zur Verfolgung bestimmter Verbrechen einer Situation; „Androhung“ zur Durchführung solcher Strafverfahren, die auf nationaler Ebene nicht geführt werden; Arbeitsteilung zwischen OTP und nationalen Behörden; Training nationaler Polizei- und Strafverfolgungsbehörden oder das Teilen von Informationen und Beweisen.¹²⁶⁵

Derart vielfältige Maßnahmen sind nicht zwangsläufig in jeder Situation gleichermaßen geeignet und effektiv.¹²⁶⁶ In der Praxis scheint das OTP der

1261 *Pues*, JICJ 15 (2017), S. 435, 446; *Stahn*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 265.

1262 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 67 – 68; *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 303; *Stahn*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity I*, 233, 265.

1263 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 31; *Pampalk/ Knust*, ZIS (2010), 669, 673; *Stahn*, ICLR 19 (2008), 87, 107.

1264 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 732.

1265 In freier Übersetzung von, *Hall*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity II*, 1014, 1019 – 1020.

1266 *Stahn*, *A Critical Introduction to ICL*, S. 228 – 229.

positiven Komplementarität bisweilen eine unterschiedliche Gewichtung beizumessen. So monierte die von der ASP eingesetzte unabhängige Expertengruppe zur Evaluierung der Effizienz des ICC, dass das OTP fast ausschließlich im Stadium der Vorermittlungen auf die genannten Maßnahmen zurückgreife.¹²⁶⁷ Dieser Umstand könne zu einer Verzögerung der Vorermittlungen führen.¹²⁶⁸ Dabei muss ein langer Zeitraum der Implementierung nicht zwangsläufig ein Indikator für Misserfolg sein.¹²⁶⁹ Das Statut sieht keine konkreten Fristen zum Abschluss der Ermittlungen vor.¹²⁷⁰ Theoretisch kann das OTP das Verfahren in einer Situation hinauszögern, bis der primär zuständige Staat effektiv tätig und die Sache dadurch unzulässig wird.¹²⁷¹ So vermutet Pues, dass die Einleitung nationaler Verfahren in Guinea auch ein Ergebnis der Beobachtung und Kommunikation des OTP mit nationalen Behörden war.¹²⁷² In Anbetracht dessen sollten sich lange Ermittlungen in einer Situation durch die Implementierung positiver Komplementarität unter Umständen rechtfertigen lassen.

Anhand der Ankündigungen des OTP, die Ermittlungsphasen in den Situationen in Georgien und der Zentralafrikanischen Republik zu beenden, wird die Bedeutung positiver Komplementarität auch im Stadium formaler Ermittlungen deutlich.¹²⁷³ So erwarte das OTP künftig vermehrt nationale Strafverfahren. Das OTP werde weiterhin Informationen und Beweise mit den nationalen Behörden teilen, bei Zeugenschutz, technischen Mitteln, forensischer Expertise und beim Aufbau von Kapazitäten unterstützen sowie in Kontakt mit politischen Entscheidungsträgern und der Zivilgesellschaft stehen. Positive Komplementarität sei mit Blick auf die Umsetzung einer *Situation Completion* ein dynamischer Prozess.¹²⁷⁴ Mit den genannten Maßnahmen geht das OTP über das ursprüngliche Verständnis der ASP von positiver Komplementarität hinaus. Diese sollte gerade nicht den Aufbau

1267 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 734 – 735.

1268 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 709.

1269 Pues, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 36 – 37.

1270 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 89; Pues, *JICJ* 15 (2017), 435, 451 – 452.

1271 Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 21; Stahn, *ICLR* 19 (2008), 87, 107.

1272 Pues, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 36.

1273 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022).

1274 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022).

von Kapazitäten oder technischer Mittel eines Staats enthalten, da dies Aufgabe der übrigen Vertragsstaaten sei.¹²⁷⁵

dd) Grenzen

Ein wesentlicher Kritikpunkt an positiver Komplementarität liegt in der bereits angesprochenen potenziell langen Dauer ihrer Implementierung und Evaluierung in der jeweiligen Situation. *Stahn* kritisiert ferner, dass es dem ICC an einem effektiven *Monitoring*-Mechanismus fehle.¹²⁷⁶ Ein solches Defizit lässt sich zwar durchaus beheben, der eigentliche Kritikpunkt ist aber, dass auch positive Komplementarität Ressourcen verbraucht. Sie sollte daher nicht in Konkurrenz zur eigentlichen Aufgabe des OTP, der Ermittlung und Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, geraten.¹²⁷⁷ Die Grenze positiver Komplementarität liegt in der Gefährdung effektiver Verfahrensführung,¹²⁷⁸ wobei sich diese regelmäßig erst im Nachhinein offenbart.¹²⁷⁹ Ebenso sollte positive Komplementarität nicht in Konkurrenz zu anderen Strategien des OTP umgesetzt werden. So besteht durchaus ein Widerspruch zwischen der auf die Beseitigung der Zulässigkeitsvoraussetzungen ausgerichteten Strategie positiver Komplementarität und der Strategie des OTP zur Förderung von Selbstüberweisungen, die ihrerseits an das Vorliegen der Zulässigkeit geknüpft ist.¹²⁸⁰

Darüber hinaus geht die Strategie der positiven Komplementarität mit einem immensen Maß an außerhalb richterlicher Kontrolle liegender Opportunität einher.¹²⁸¹ Das betrifft nicht allein die Wahl der einzusetzenden Maßnahme, sondern ebenso die Beurteilung ihres Erfolgs. In dem Zusammenhang darf die Kooperation mit dem jeweiligen Staat nicht zu einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des OTP

1275 ICC-ASP, *Resolution 9*, ICC-ASP/8/Res.9 (10 March 2010), para. 16.

1276 *Stahn*, A Critical Introduction to ICL, S. 228.

1277 In diese Richtung die Kritik, dass positive Komplementarität die Dauer der Vorermittlungen erhöhe, ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), R 264.

1278 *Pues*, JICJ 15 (2017), 435, 444.

1279 *Stahn*, A Critical Introduction to ICL, S. 228 – 229.

1280 *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 41; *Kress*, JICJ 2 (2004), 944, 946.

1281 *Stahn*, A Critical Introduction to ICL, S. 229.

führen.¹²⁸² Es muss sich der eigenen Interessen des gegebenenfalls nur vermeintlich kooperierenden Staats und einer möglichen Politisierung der geförderten Prozesse bewusst sein.¹²⁸³ So muss das OTP sicherstellen, dass sich nationale Verfahren nicht ausschließlich gegen bestimmte Konfliktparteien richten und dass positive Komplementarität keine diskriminierende Wirkung entfaltet.¹²⁸⁴ Positive Komplementarität setzt bereits ein gewisses Maß an Kooperationswillen voraus.¹²⁸⁵

c) Hinreichende Schwere

Gem. Art. 17 I d ICCSt ist eine Sache unzulässig, wenn sie nicht schwerwiegend genug ist, um weitere Maßnahmen des Gerichts zu rechtfertigen.¹²⁸⁶ In Abs. 4, 9 Präambel ICCSt ist zudem von den schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren, die Rede.¹²⁸⁷ Kaum ein Begriff des ICCSt wird derart kontrovers diskutiert wie derjenige der Schwere, was an seiner kontextabhängigen Anwendung liegen mag.¹²⁸⁸ Seine inhaltlichen Bestandteile im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung sind in den beiden ersten Absätzen des Art. 53 ICCSt im Grundsatz identisch, allerdings variieren die Bezugsobjekte der Beurteilung.¹²⁸⁹

1282 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 83; *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 305.

1283 Mit Blick auf Libyen, *Mégret/ Samson*, JICJ 11 (2013), 571, 588 – 589; zu politisierten Inhalten nationaler Urteilsfindung, *Shereshevsky*, JICJ 18 (2020), 1017, 1024.

1284 *El Zeidy*, *The Principle of Complementarity*, S. 305; *Hall*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity II*, 1014, 1033.

1285 So jeweils wortgleich das OTP: “Complementarity and cooperation can only be effective if the ICC and States Parties work together to shoulder the weighty responsibilities envisaged by the Rome Statute and demanded by victims.”, ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022).

1286 ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 47; *El Zeidy*, *Michigan JIL* 23 (2002), 869, 904; *Longobardo*, JICJ 14 (2016), 1011, 1023; *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, § 7 Rn. 25; *Satzger*, *Internationales Strafrecht*, § 14 Rn. 21.

1287 *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 391; *Lattanzi*, in: *Bellelli* (Hrsg.), *International Criminal Justice*, 181, 189 – 190; vgl. auch Art. 1 S. 2 ICCSt.

1288 *Greenawalt*, *New York JILP* 39 (2007), 583, 640; *Longobardo*, JICJ 14 (2016), 1011, 1027.

1289 *Stegmiller*, *ICLR* 9 (2009), 547, 564.

aa) Einschränkung der Ansatz

Einen ersten Ansatz zur Konkretisierung des Schwerekriteriums des Art. 17 I d ICCSt tätigte die PTC I im Jahr 2006 bei ihrer Entscheidung zum Erlass eines Haftbefehls gegen *Lubanga*. Als Ausgangspunkt diente ihr das systematische Argument, Art. 17 I d ICCSt verlange eine erhöhte Schwere gegenüber der bloßen Zuständigkeit über die im Statut definierten Verbrechen.¹²⁹⁰ Die Kammer erkannte in der Vorschrift eine höhere Schwelle im Vergleich zum bloßen materiellen Gehalt der Verbrechen, die sich aus drei zwingenden Voraussetzungen zusammensetze: (1) Der systematische Charakter und der große Umfang der Verbrechen unter besonderer Berücksichtigung ihres „*social alarms*“¹²⁹¹ in der internationalen Gemeinschaft; (2) die Position einer Person als Führungsperson oder Hauptverantwortliche innerhalb der Situation unter Berücksichtigung ihrer Position innerhalb einer Konfliktpartei sowie (3) die Position einer Person als Führungsperson oder Hauptverantwortliche unter Berücksichtigung ihrer Rolle bei der Begehung der Verbrechen und der Rolle der Konfliktpartei bei den Verbrechen in der Situation insgesamt.¹²⁹²

Als Konsequenz jener Kriterien sei die Strafverfolgungsbefugnis des ICC auf Personen beschränkt, bei denen die Ermittlungen eine Führungsposition ergeben.¹²⁹³ Diese seien am ehesten in der Lage, weitere Verbrechen effektiv zu verhindern.¹²⁹⁴ Hätte sich die Rechtsprechung der PTC I durch-

1290 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 46.

1291 Gemeint sind die Auswirkungen der Verbrechen auf die vom Konflikt betroffene Gesellschaft und die internationale Gemeinschaft sowie deren Reaktionen, *El Zeidy*, CLF 19 (2008), 35, 45; *Schabas*, JICJ 6 (2008), 731, 742; für eine Umschreibung der Formulierung als „social impact“, *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 48.

1292 In freier und verkürzter Übersetzung von, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 64.

1293 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 64; zur Kritik mit Blick auf den daraufhin zunächst abgelehnten Erlass eines Haftbefehls gegen *Ntaganda*, *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1426.

1294 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 54.

gesetzt, wäre die Anzahl der vor dem ICC zulässigen Fälle immens reduziert.¹²⁹⁵ Art. 17 I d ICCSt würde zu einem wesentlichen Teil die Selektion von Situationen und Fällen determinieren.¹²⁹⁶

bb) Ansatz einer niedrigschwelligen Mindestschwere

Die AC beurteilte die Auslegung des Art. 17 I d ICCSt durch die PTC I als falsch, ohne in ihrer Entscheidung einen eigenen Maßstab aufzustellen.¹²⁹⁷ Dabei ist der Aufhebung des einschränkenden Ansatzes der PTC I zuzustimmen. Alle Verbrechen des ICCSt sind schwerste Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes betreffen.¹²⁹⁸ In Abs. 5 Präambel ICCSt ist von einem Beitrag des ICC zur Verhütung völkerrechtlicher Verbrechen die Rede.¹²⁹⁹ Eine von vornherein eingeschränkter Ausübung der Strafgerichtsbarkeit mit alleinigem Blick auf eine enge Auswahl an Verbrechen würde diesem Gedanken widersprechen. Die präventive und abschreckende Wirkung des ICC wäre geschwächt, wenn bestimmte Täterkategorien ausgeklammert würden.¹³⁰⁰ Des Weiteren würden die Staaten weniger zur Durchführung umfassender Verfahren auf nationaler Ebene ermutigt.¹³⁰¹ Die Irrelevanz amtlicher Eigenschaften für die Geltung des Sta-

1295 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), paras. 73 – 75; *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1428; *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 631.

1296 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 144 – 145.

1297 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006); hierzu, *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 48 Fn. 140.

1298 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 72; ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic II*, Article 53(I) Report (24 September 2014), para. 252; *Lattanzi*, in: Bellelli (Hrsg.), *International Criminal Justice*, 181, 189 – 196.

1299 *Davidson*, St. John's LR 91 (2017), 37, 93 – 94; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 746; *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 698; *Robinson*, European JIL 14 (3003), 481, 484; *Wharton*, Canadian YIL 52 (2014), 129, 177 – 178.

1300 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 74; *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 378.

1301 ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), paras. 23 – 25; *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1428.

tuts (Art. 27 I ICCSt) sowie die Tatsache, dass Art. 33 ICCSt eine Strafbarkeit von Untergebenen impliziert, sprechen ebenso gegen eine Begrenzung auf Personen in Führungspositionen.¹³⁰² Andernfalls wäre die amtliche Eigenschaft gerade nicht irrelevant, da nur Personen in einer entsprechenden Position verfolgt werden könnten.

Hätten die Verbrechen systematisch und in großem Umfang stattzufinden, würde dies faktisch auf ein von den Vertragsstaaten nicht intendiertes, zusätzliches Tatbestandsmerkmal hinauslaufen.¹³⁰³ Das in dem Kontext genannte Kriterium des *“social alarm“* wird im Statut nicht genannt und wurde von der PTC I nicht näher definiert.¹³⁰⁴ Stattdessen bejahte sie den *“social alarm“* insbesondere vor dem Hintergrund, dass der UN-Generalsekretär die Rekrutierung von Kindersoldaten besonders hervorgehoben hatte.¹³⁰⁵ Nach einem solchen Verständnis würde das Kriterium von subjektiven Reaktionen abhängen und sich nicht als Element der prinzipiell objektiv zu bestimmenden Voraussetzungen des Art. 17 I d ICCSt eignen.¹³⁰⁶ Die Schwere stellt kein Kriterium der Gerichtsbarkeit, sondern der Zulässigkeit dar.¹³⁰⁷ Im Gegensatz zu anderen internationalen Strafgerichten ist die Zuständigkeit des ICC nicht auf bestimmte Täterkategorien beschränkt.¹³⁰⁸

Allein das Verbrechen der Aggression enthält eine ausdrückliche Schwellenklausel¹³⁰⁹ und erfasst zudem nur Personen, die tatsächlich in der Lage sind, das politische oder militärische Handeln eines Staats zu kontrollieren

1302 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 78; *Murphy*, CLF 17 (2006), 281, 286.

1303 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), paras. 70 – 71.

1304 *Stegmiller*, ICLR 9 (2009), 547, 555.

1305 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 46 Fn. 37.

1306 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 72; *Schabas*, JICJ 6 (2008), 731, 742; *Stegmiller*, ICLR 9 (2009), 547, 555.

1307 ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 54; ausführlich zur Diskussion während der Verhandlungen um die Errichtung des Statuts, *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1416 – 1425.

1308 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 80.

1309 Gem. Art. 8bis I ICCSt soll den Aggressionstatbestand nach dem ICCSt nur eine Aggression erfüllen, *“which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.“*

oder zu lenken.¹³¹⁰ Bei den übrigen Verbrechen fehlt eine entsprechende Formulierung. Dies ist ein weiterer Hinweis darauf, dass die Ausübung der Gerichtsbarkeit allein beim Verbrechen der Aggression von vornherein auf eine eng definierte Täterkategorie begrenzt werden sollte. Dem für alle Verbrechen geltenden Art. 17 I d ICCSt liegt ein anderes Verständnis zugrunde. Er soll der Ausgrenzung vergleichsweise peripherer und marginaler Taten dienen.¹³¹¹ Entsprechend niedrigschwellig ist die Voraussetzung des Art. 17 I d ICCSt als hinreichende Mindestschwere auszulegen.

cc) Schwerekriterien

Gem. Reg. 29 II Reg. OTP bemisst sich die Schwere eines Verbrechens aus verschiedenen, nicht abschließend zu verstehenden Elementen, namentlich dem Ausmaß, der Natur, der Art der Begehung sowie der Auswirkungen der Verbrechen.¹³¹² Die Regelung spiegelt die bis zu ihrem Erlass bestehende Praxis bei der Schwerebeurteilung wider.¹³¹³ Innerhalb der einzelnen Elemente betrachtet das OTP qualitative und quantitative Faktoren.¹³¹⁴ Sie entsprechen im Wesentlichen den bei der Bestimmung des Strafmaßes

1310 *Barriga*, ZIS 2010, 644.

1311 ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 59; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 22; *Pikis*, The Rome Statute for the ICC, S. 59; *Stegmiller*, ICLR 9 (2009), 547, 561 – 562.

1312 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 61; ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic II*, Article 53(I) Report (24 September 2014), para. 252; *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 187 – 288; vgl. auch das englische Original der hier frei übersetzten Kriterien der Reg. 29 II Reg. OTP: “ In order to assess the gravity of the crimes allegedly committed in the situation the Office shall consider various factors including their scale, nature, manner of commission, and impact.”

1313 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 668.

1314 ICC, *Prosecutor v. Abu Garda*, ICC-02/05–02/09–243-Red, Decision on the Confirmation of Charges (8 February 2010), para. 31; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 62; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11–14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 204; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 51; *Smeulers et al.*, ICLR 15 (2015), 1, 6.

anzuwendenden Kriterien (Rule 145 I c, II b RPE).¹³¹⁵ Ihre Liste ist nicht abschließend,¹³¹⁶ sondern stellt eine hilfreiche Richtlinie bereit.¹³¹⁷ Jedes der vier Schwerelemente muss im Einzelfall beurteilt werden.¹³¹⁸ Dabei muss das OTP die Umstände in ihrer Gesamtheit berücksichtigen.¹³¹⁹ Die von der ursprünglichen Rechtsprechung der PTC I entworfenen Kriterien können unter Umständen Einzug in die Beurteilung halten und sind damit trotz der aufhebenden Entscheidung der AC nicht völlig obsolet.

(1) Ausmaß der Verbrechen

Das Ausmaß der Verbrechen beinhaltet mit der Anzahl der Opfer zunächst ein quantitatives Element.¹³²⁰ Ein konkretes Mindestmaß an Opferzahlen existiert für Art. 17 I d ICCSt allerdings nicht.¹³²¹ In vielen Konstellationen ist es ohnehin nicht möglich, eine exakte Zahl zu bestimmen.¹³²² Eine

1315 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 62; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 93; Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 23.

1316 ICC, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges (23 January 2012), para. 50; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-459-tENG, Decision on the Admissibility Challenge (27 September 2019), para. 48.

1317 ICC, *Prosecutor v. Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Decision on the Confirmation of Charges (8 February 2010), para. 32; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 93.

1318 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 76; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 94.

1319 ICC, *Prosecutor v. Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11-185, Decision on the Defence Challenge to the Admissibility of the Case (12 November 2014), para. 19.

1320 ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 92.

1321 ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 184.

1322 Vgl. etwa die hinreichend erachtete Schwere bei der bloßen Zerstörung religiöser Gebäude trotz nicht exakt bestimmbarer Opferzahl, ICC, *Prosecutor v. Al-Mahdi*, ICC-01/12-01/15-171, Judgment and Sentence (27 September 2016), paras. 76 – 82; auf die immense Dunkelziffer von Opfern im Kontext bewaffneter Konflikte hinweisend, *Agirre Aramburu*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 205, 212.

auffällig hohe Anzahl an Opfern spricht jedenfalls für eine hohes Maß an Schwere.¹³²³ Neben den betroffenen Opfern können die geographische und zeitliche Ausdehnung der Verbrechen zur Bestimmung des Ausmaßes der Verbrechen herangezogen werden.¹³²⁴ Es handelt sich um Abwägungsaspekte.¹³²⁵

Mit Blick auf die *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia* befand das OTP zehn getötete, 50 – 55 verletzte sowie eine unbekannte Anzahl von anderen Verbrechen betroffener Personen als nicht ausreichend, um aufgrund des hohen Ausmaßes der Verbrechen eine hinreichende Schwere für die Einleitung der formalen Ermittlungen zu begründen.¹³²⁶ Aus Sicht der PTC I sprachen ebenjene Zahlen gerade für und nicht gegen die hinreichende Schwere, da die Zahl der Opfer der potenziellen Fälle die Zahl der Opfer konkreter Fälle anderer Situationen übersteige.¹³²⁷ Dieses Argument scheint allerdings nicht schlüssig, da der Terminus des potenziellen Falls weiter als der des konkreten Falls ist und daher bei potenziellen Fällen bereits begrifflich von einer vergleichsweise höheren Zahl an Opfern ausgegangen werden kann.¹³²⁸

Das Beispiel offenbart, wie subjektiv bereits die Beurteilung eines vorrangig quantitativen Elements ausfallen kann. Dies gilt umso mehr, als dass Opferzahlen häufig gar nicht erst zu beziffern sind. Werden bereits die Zahlen getöteter Personen eines Konflikts oftmals nur geschätzt, scheint

1323 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 54.

1324 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19–Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 62; ICC, *Prosecutor v. Blé Goudé*, ICC-02/11–02/11–185, Decision on the Defence Challenge to the Admissibility of the Case (12 November 2014), para. 19; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17–9–Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 188; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–459–tENG, Decision on the Admissibility Challenge (27 September 2019), para. 57.

1325 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–98, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (2 September 2019), para. 81.

1326 ICC-OTP, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, Article 53 (1) Report (6 November 2014), para. 138.

1327 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 26.

1328 Näher zum Begriff des potenziellen Falls bereits unter (B. I. 3.).

eine quantitative Bestimmung der Opfer eines Verbrechens wie der Kulturgüterzerstörung unmöglich. In der Literatur wird zudem vorgeschlagen, dass bei Verbrechen auf hoher See ein anderer Maßstab bei den Opferzahlen anzulegen sei als bei Verbrechen auf dem Land,¹³²⁹ was eine exakte Beurteilung weiter erschweren würde. Letztendlich ist von einem Beurteilungsspielraum beim Ausmaß der Verbrechen auszugehen.¹³³⁰

(2) Natur der Verbrechen

Die Natur des Verbrechens beinhaltet eine rechtliche Einordnung der Taten, beispielsweise als Tötung, sexualisierte Gewalt oder Verbrechen gegenüber Kindern.¹³³¹ Das OTP muss dazu sämtliche in Betracht kommenden Verbrechen berücksichtigen.¹³³² Sind verschiedene Verbrechen des ICCSt gleichzeitig verwirklicht, kann dies zu einer erhöhten Schwere beitragen.¹³³³ In dem Zusammenhang lässt sich auch darauf abstellen, welche und wie viele Menschenrechte durch die Verbrechen verletzt wurden.¹³³⁴ Bei der Natur der Verbrechen stellt sich in Anbetracht der im Statut nicht explizit vorgegebenen Rangordnung der Schwere der verschiedenen Verbrechen das Problem, ob und wie diese im Vorhinein zu beurteilen sind.

Vesper-Gräske kommt zu dem Ergebnis, dass sich eine abstrakte Hierarchie der Völkerrechtsverbrechen finden lasse und befürwortet eine grundsätzlich erhöhte Schwere im Fall von Völkermord.¹³³⁵ Dafür spricht die in der Völkermordkonvention niedergeschriebene Bestrafungspflicht.¹³³⁶ Speziell der Tatbestand des Völkermords trägt im allgemeinen Verständnis

1329 Longobardo, JICJ 14 (2016), 1011, 1027.

1330 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–98, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (2 September 2019), paras. 93 – 94.

1331 Smeulers et al., ICLR 15 (2015), 1, 7.

1332 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), paras. 57 – 59.

1333 ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–459-tENG, Decision on the Admissibility Challenge (27 September 2019), para. 123.

1334 ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–459-tENG, Decision on the Admissibility Challenge (27 September 2019), para. 122.

1335 *Vesper-Gräske*, Zur Hierarchie der Völkerrechtsverbrechen, S. 323.

1336 Bassiouni/ Wise, *Aut Dedere Aut Judicare*, S. 21 – 25; Ben-Naftali/ Sharon, JICJ 5 (2007), 859, 869; Eser, in: Eser (Hrsg.), FS Meyer-Gossner, 3, 22 – 23; Meyer, HRRS 8 (2007), 218, 220.

zusätzlich das Stigma des “*crime of crimes*“,¹³³⁷ dem die Bezeichnung als marginale und periphere Tat im Zuge einer negativen Schwerebeurteilung nicht entspreche. Ähnlich lässt sich mit Blick auf Verbrechen im internationalen bewaffneten Konflikt argumentieren, für die Art. 146 GC IV eine allgemeine Bestrafung vorsieht.¹³³⁸ Die PTC II befand zudem den Tatbestand der Folter wegen seiner besonders starken internationalen Ächtung als *per se* schwer.¹³³⁹

Letztendlich handelt es sich bei den kodifizierten Bestrafungspflichten um einen besonderen Ausdruck internationaler Verurteilung. Der Grad internationaler Ächtung kann demnach einen Anhaltspunkt eines im Völkerrecht begründeten Maßstabs zur Schwere eines völkerrechtlichen Verbrechens darstellen. So ließe sich untersuchen, welche Verbrechen in der Vergangenheit besonders häufig verfolgt wurden.¹³⁴⁰ Diesbezüglich ist jedoch Vorsicht geboten, weil die Nichtverfolgung bestimmter Verbrechen auf unterschiedlichen Gründen beruhen kann und nicht mit dem Grad der Ächtung gleichzusetzen ist. Außerdem ist zu bedenken, dass bislang keine völkergewohnheitsrechtliche Verfolgungspflicht für den ICC in Bezug auf bestimmte Verbrechen besteht.¹³⁴¹ Der Gedanke, dass bestimmte Verbrechen besonders geächtet werden, kann höchstens zu einer von vornherein gegebenen Mindestschwere im Rahmen der Zulässigkeit führen, aber keine uneingeschränkte Verfolgungspflicht begründen.

Ungeachtet einer möglichen abstrakten Schwerehierarchie der Verbrechen erfolgt die Beurteilung stets im Einzelfall.¹³⁴² Dabei steht dem OTP ein Spielraum bei der Gewichtung einzelner Faktoren zu.¹³⁴³ Der Beurtei-

1337 ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, Judgement (2 August 2001), para. 700; ICTR, *Prosecutor v. Kambanda*, ICTR-97-23-S, Judgement and Sentence (4 September 1998), para. 14; ICTR, *Prosecutor v. Serushago*, ICTR-98-39-S, Sentence (25 February 1999), para. 15; Meyer, HRRS 8 (2007), 218.

1338 Fleck, JICJ 7 (2009), 833, 834; Henckaerts, JICJ 7 (2009), 683, 693; Werle/ Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 197.

1339 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 85.

1340 Agirre Aramburu, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 205, 210.

1341 Näher bereits unter (D. II. 4. c)).

1342 Danner, *American JIL* 97 (2003), 510, 542 – 543; Rohrer, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH*, S. 112.

1343 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-98, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (2 September 2019), para. 94; Pues, *ICLR* 17 (2017), 960, 968.

lungsspielraum geht so weit, dass es bestimmten Kategorien von Verbrechen eine erhöhte Schwere beimessen kann.¹³⁴⁴ Mit der Veröffentlichung verschiedener Strategiepapiere hat das OTP eine erhöhte Schweregewichtung sexualisierter Verbrechen sowie Verbrechen im Kontext geschlechter-spezifischer Verfolgung,¹³⁴⁵ Verbrechen gegenüber Kindern¹³⁴⁶ und Verbrechen gegenüber Kulturgütern¹³⁴⁷ bekanntgegeben. Als Konsequenz ist die hinreichende Schwere eher anzunehmen, wenn die vom OTP besonders hervorgehobenen Verbrechen im Raum stehen. Dem Aspekt wird bei den Ausführungen zur Fallselektion noch eine besondere Bedeutung zukommen.¹³⁴⁸ Das Vorliegen bestimmter Kategorien von Verbrechen kann ein im Einzelfall besonders stark zu gewichtender Indikator sein. Keinesfalls aber führt das Nichtvorliegen stärker gewichteter Verbrechen automatisch zur Unzulässigkeit aufgrund fehlender Schwere.

(3) Art der Begehung

Zahlreiche Kriterien können zur Beurteilung der Art der Begehung herangezogen werden. Sie lassen sich aus Rule 145 I c, II b RPE ableiten. Gemeint sind insbesondere die in Frage stehenden Begehungsweisen des Art. 25 III ICCSt und die zur Ausführung der Tat eingesetzten Mittel.¹³⁴⁹ Einzelne Begehungsweisen des Art 25 III ICCSt sind nicht *per se* unzureichend schwer, weil das dort normierte differenzierende System ansonsten weitgehend überflüssig wäre und die Schwerebeurteilung eine Feststellung individueller Verantwortlichkeit vorwegnehmen würde.¹³⁵⁰ In zahlreichen Entscheidungen bezog sich das Gericht auf die besondere Brutalität der

1344 *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 295 – 296; *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 968 – 970; *Stahm A Critica* Introduction to ICL, S. 530; gegen einen solchen Spielraum, *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 49; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 332.

1345 ICC-OTP, *Policy on Gender-Based Crimes* (December 2023), para. 107.

1346 ICC-OTP, *Policy on Children* (December 2023), para. 104.

1347 ICC-OTP, *Policy on Cultural Heritage* (June 2021), para. 30.

1348 Näher unter (E. IV. 2. b)); zur Kritik an der geringen Transparenz der Gewichtung durch das OTP unter (E. VII.).

1349 ICC, *Prosecutor v. Blé Goudé*, ICC-02/11–02/11–185, Decision on the Defence Challenge to the Admissibility of the Case (12 November 2014), para. 21.

1350 ICC, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, ICC-01/09–02/11–382-Red, Decision on the Confirmation of Charges (23 January 2012), paras. 45 – 48; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 115; *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 980 – 981.

Verbrechen.¹³⁵¹ Rule 145 II b v RPE nennt darüber hinaus diskriminierende Motive aus einem der in Art. 21 III ICCSt genannten Gründe als erschwerenden Umstand bei der Strafzumessung. Dieser eignet sich ebenso als Beurteilungskriterium im Kontext des Art. 17 I d ICCSt.¹³⁵² Selbiges gilt für den Umstand besonderer Wehrlosigkeit und Vulnerabilität der Opfer.¹³⁵³ Wenn die Verbrechen als Teil eines Plans oder zur Förderung einer Politik verübt wurden, spricht dies ebenfalls für eine erhöhte Schwere aufgrund der Art der Begehung.¹³⁵⁴

Wesentliche Faktoren sind die Verantwortlichkeit und die Position der von einem Verfahren betroffenen Personen.¹³⁵⁵ Das Verhältnis zwischen der Verantwortlichkeit und der Schwerebeurteilung in Art. 17 I d ICCSt ist nicht unmittelbar klar. In Art. 53 II c ICCSt wird die Rolle der Person

-
- 1351 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 193; ICC, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges (23 January 2012), para. 49; ICC, *Prosecutor v. Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11-185, Decision on the Defence Challenge to the Admissibility of the Case (12 November 2014), para. 21; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 54; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 188; ICC, *Prosecutor v. Al-Werfalli*, ICC-01/11-01/17-13, Second Warrant of Arrest (4 July 2018), para. 31; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 84.
- 1352 ICC, *Prosecutor v. Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11-185, Decision on the Defence Challenge to the Admissibility of the Case (12 November 2014), para. 21; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 102.
- 1353 ICC, *Prosecutor v. Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11-185, Decision on the Defence Challenge to the Admissibility of the Case (12 November 2014), para. 21; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 89.
- 1354 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 20; mit Bezug auf, ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 205.
- 1355 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 188; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 204 – 205; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 51; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 187.

bei den angeblichen Verbrechen gesondert neben der eigentlichen Schwere aufgezählt, was auf unabhängige Kriterien hindeutet. Gleichzeitig ist der Grad der Verantwortlichkeit derart eng mit der Schwere des Verbrechens verknüpft, dass beide nicht losgelöst voneinander betrachtet werden können.

Ausgerechnet der Begriff des Hauptverantwortlichen ist im Statut nicht definiert.¹³⁵⁶ Er beinhaltet das grundsätzliche Wertungsdilemma, ob Hintermänner und Befehlsgeber oder die unmittelbar handelnden Personen primär verantwortlich sind.¹³⁵⁷ In der Situation in der Republik Kenia fokussierte sich das OTP auf die ranghöchsten Personen.¹³⁵⁸ In der *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia* wiederum sah es die unmittelbar handelnden Personen als Hauptverantwortliche,¹³⁵⁹ ohne dies als allgemeingültigen Maßstab zu bezeichnen. Die PTC I bemerkte, dass keine Gruppe von Personen *per se* auszuschließen sei.¹³⁶⁰ Dem ist zuzustimmen, da die Zuschreibung des Attributs „Hauptverantwortlicher“ abhängig von den Umständen und der jeweiligen Sachlage ist.¹³⁶¹ Zudem ist ein hohes Maß an Verantwortlichkeit für sich genommen nicht mit einer hinreichenden Schwere verbunden, solange das Verbrechen als solches nicht schwer ist.¹³⁶²

1356 Ausführlich zum Begriff, *Lafontaine/ Magnoux*, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241.

1357 *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 981.

1358 *Seils*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 305, 317.

1359 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-99-Anx1, Final Decision of the Prosecutor concerning the Article 53(1) Report (2 December 2019), para. 24.

1360 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 40.

1361 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-99-Anx1, Final Decision of the Prosecutor concerning the Article 53(1) Report (2 December 2019), para. 21; ebenso für ein flexibles Verständnis, *Lafontaine/ Magnoux*, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 277.

1362 In diese Richtung, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 79.

(4) Auswirkung der Verbrechen

In das Kriterium der Auswirkungen der Verbrechen sind die Auswirkungen auf die Opfer mit Blick auf körperlichen und psychischen Schaden an ihnen und ihren Familien einzubeziehen (vgl. Rule 145 I c RPE).¹³⁶³ Ein höherer Schaden spricht für eine erhöhte Schwere.¹³⁶⁴ Dabei sind auch solche Auswirkungen zu berücksichtigen, die über die unmittelbaren Opfer und deren Familien hinausgehen und indirekter Art sind.¹³⁶⁵ Unter Umständen kommen die Auswirkungen der Verbrechen auf eine Bevölkerung als Ganzes in Betracht.¹³⁶⁶ Beispielsweise kann es die Schwere eines Verbrechens steigern, wenn das Verbrechen trotz einer an sich begrenzten Reichweite zu einer Ausweitung der Gewalt führt.¹³⁶⁷ Ein Angriff auf Friedenstruppen kann etwa dazu führen, dass diese nicht mehr in der Lage zur Wahrnehmung ihres Mandats sind, wodurch das Eskalationspotenzial eines Konflikts steigt.¹³⁶⁸ Bei der Gewichtung derartiger Faktoren steht dem OTP ein Beurteilungsspielraum zu.¹³⁶⁹

1363 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19–Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 62; ICC, *Prosecutor v. Abu Garda*, ICC-02/05–02/09–243–Red, Decision on the Confirmation of Charges (8 February 2010), para. 32.

1364 ICC, *Prosecutor v. Blé Goudé*, ICC-02/11–02/11–185, Decision on the Defence Challenge to the Admissibility of the Case (12 November 2014), para. 12; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 55; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–601–Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 93.

1365 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 20.

1366 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), paras. 47 – 48.

1367 Longobardo, JICJ 14 (2016), 1011, 1015; Stahn, A Critical Introduction to ICL, S. 350.

1368 ICC, *Prosecutor v. Abu Garda*, ICC-02/05–02/09–243–Red, Decision on the Confirmation of Charges (8 February 2010), para. 33; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 54; Agirre Aramburu, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 205, 210 – 211.

1369 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–98, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (2 September 2019), paras. 93 – 94; vgl. auch das OTP zur Beurteilung der Schwere im Kontext geschlechterspezifischer Verfolgung: “Recognising the gravity of gender persecution and the importance of investigating and prosecuting it, the Office will ensure that an assessment of the impact of the

Die Rechtsprechung der PTC I stellte auf den „*social alarm*“ ab, den die Verbrechen in der internationalen Gemeinschaft hervorrufen.¹³⁷⁰ Der zitierten Entscheidung liegt ein unzutreffendes Verständnis der Schwere i.S.d. Art. 17 I d ICCSt zugrunde, wonach der „*social alarm*“ eine notwendige Voraussetzung hinreichender Schwere sei.¹³⁷¹ Zwar eignet sich das Kriterium als einer von mehreren Indikatoren.¹³⁷² Dabei ist jedoch eine gewisse Zurückhaltung geboten, da der „*social alarm*“ von der Reaktion der internationalen Gemeinschaft abhängt und infolgedessen kein rein objektives Kriterium ist.¹³⁷³ Bisweilen wird sogar das gesamte Element des Ausmaßes der Verbrechen als subjektiv und daher ungeeignet für eine Anwendung im Kontext des Art. 17 I d ICCSt kritisiert.¹³⁷⁴

Nähme man die Reaktionen der internationalen Gemeinschaft ernsthaft als Indiz, spräche eine Überweisung des Sicherheitsrats bereits *per se* für eine höhere Schwere.¹³⁷⁵ Der Sicherheitsrat kann für das Gericht zwar nicht verbindlich feststellen, ob Verbrechen innerhalb der Gerichtsbarkeit begangen wurden.¹³⁷⁶ Eine Überweisung nach Kapitel VII UN-Charter ist aber eine starke Reaktion des für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit hauptverantwortlichen Organs der UN (vgl. Art. 24 I UN-Charter). Ebenso sprechen Verurteilungen bestimmter Verbrechen durch den Sicherheitsrat oder einer großen Anzahl an Staaten für einen erhöhten „*social alarm*“ in der internationalen Gemeinschaft und können als Indiz für eine erhöhte Schwere dienen.¹³⁷⁷

alleged gender persecution acts or crimes is incorporated into its analysis of the gravity of potential cases.“, ICC-OTP, *Policy on the Crime of Gender Persecution* (7 December 2022), para. 67.

1370 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–520-Anx2, Decision on the Prosecutor’s Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 64.

1371 Näher bereits unter (D. III. c) aa)); zum vorzugswürdigen Ansatz einer niedrigschwelligen Mindestschwere unter (D. III. c) bb)).

1372 O’Brien, JICJ 3 (2012), 525, 540; Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 210.

1373 Vgl. die Kritik der AC, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 72.

1374 Stegmiller, ICLR 9 (2009), 547, 560.

1375 So im Kontext der Interessen der Gerechtigkeit, Brubacher, JICJ 2 (2004), 71, 81.

1376 Bassiouni, Introduction to ICL, S. 681; Bock, Das Opfer vor dem IStGH, S. 275; Cassese, International Criminal Law, S. 364.

1377 Vgl. die Ausführungen des OTP außerhalb des Kontexts von Art. 17 I d ICCSt zur erhöhten Schwere von Verbrechen der Taliban und des sogenannten IS in

dd) Beurteilungsspielräume

Die Tatsache, dass das OTP für die Schwerebeurteilung nach Art. 17 I d ICCSt zahlreiche, mitunter schwer zu konkretisierende Kriterien berücksichtigt und diese gewichtet, verleiht ihm einen Beurteilungsspielraum, den auch das Gericht zu beachten hat.¹³⁷⁸ Am deutlichsten wird dies mit Blick auf die Natur der Verbrechen. Das OTP hat diesbezüglich Strategiepapiere veröffentlicht, im Zuge derer es einigen Verbrechen gegenüber anderen eine erhöhte Priorität aufgrund ihrer Schwere eingeräumt hat.¹³⁷⁹ In Anbetracht jener Befunde entsteht schnell der Eindruck, die Schwere des Verbrechens stelle einen reinen Ermessensbegriff dar.¹³⁸⁰ Diese Sicht geht jedoch zu weit. Art. 17 I d ICCSt hat den Zweck, marginale und periphere Taten ausnahmsweise von der Zulässigkeit auszuschließen, wobei im Grundsatz sämtliche Verbrechen des Statuts schwer sind.¹³⁸¹ Überschreitet eine Sache die Mindestschwelle, ist die hinreichende Schwere i.S.d. Art. 17 I d ICCSt automatisch gegeben.

Im Grundsatz ist der Auffassung *Stegmiller*s zu folgen. Nach seinen Ausführungen seien die Schwerebegriffe in Art. 17 I d ICCSt und innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit unterschiedlich zu verstehen.¹³⁸² Während Art. 17 I d ICCSt eine rechtliche Mindestschwelle beinhalte (*“legal gravity“*), sei der Schwerebegriff im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit ein relativer (*“relative gravity“*). Ein solches Begriffsverständnis erlaube einen Vergleich verschiedener Verbrechen miteinander, wodurch das OTP einzel-

Afghanistan sowie ihrer Verurteilung durch den Sicherheitsrat, ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Afghanistan* (27 September 2021).

1378 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–98, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (2 September 2019), para. 94.

1379 *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 295 – 296; *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 968 – 970; *Stahm* A Critica Introduction to ICL, S. 530.

1380 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 144; *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 21; *Rohrer*, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH*, S. 242 – 243.

1381 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 74; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 59.

1382 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 332 – 335; *Stegmiller*, ICLR 9 (2009), 547, 564.

ne Situationen und Fälle für die weiteren Verfahren selektieren könne.¹³⁸³ Allerdings sollten qualitative Kriterien und Opportunitätsabwägungen nicht prinzipiell von der Beurteilung der Schwere i.S.d. Art. 17 I d ICCSt ausgeschlossen werden, wie es *Ambos* und *Stegmiller* vorschlugen.¹³⁸⁴ Daher wird auf den folgenden Seiten keine Übersetzung des Begriffs „*legal gravity*“, sondern weiterhin der Terminus „hinreichende Schwere“ verwendet.

In der Tat sind qualitative Kriterien normativ geprägt und vage.¹³⁸⁵ Jedoch sind quantitative Faktoren ebenso kontrovers. Das offenbaren bereits die Diskussionen um das vermeintlich objektive Kriterium der Opferzahlen.¹³⁸⁶ Sämtliche im Zuge der Schwereprüfung heranzuziehenden Faktoren sind wertungsgeladen und von Subjektivität geprägt.¹³⁸⁷ Der Transparenz halber ist es zu begrüßen, wenn das OTP mithilfe seiner Strategiepapiere offenlegt, welche Verbrechenskategorien es als besonders schwer erachtet. Würde man jedwede Opportunität für Art. 17 I d ICCSt ausschließen, wären die Schwereausführungen innerhalb der Strategiepapiere allein für die Interessen der Gerechtigkeit relevant. Nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis offenbaren sie zugleich die Gewichtung der Verbrechenskategorien durch das OTP zur Beurteilung der Mindestschwelle des Art. 17 I d ICCSt. Obwohl die Gewichtung Ausdruck der Opportunität des OTP ist,¹³⁸⁸ unterliegt die Überprüfung, welche Kriterien Teil der Schwere sind, den Kammern.¹³⁸⁹ Insbesondere Überlegungen ermittlungs-

1383 *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 48 – 49; *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1413 – 1415; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 332 – 335; *Stegmiller*, ICLR 9 (2009), 547, 564.

1384 *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 49; in diese Richtung bereits *Stegmiller*, der Ermessen für Art. 17 I d ICCSt ausschließt, *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 332.

1385 *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 242.

1386 Vgl. nur die Kritik an der Beurteilung der Opferzahlen in der Situation im Irak, *Schabas*, JICJ 6 (2008), 731, 742 – 743; *Smeulers et al.*, ICLR 15 (2015), 1, 26; ebenso die Kritik an der Berücksichtigung äußerer Umstände bei den Opferzahlen, *Longobardo*, JICJ 14 (2016), 1011, 1027; zur schweren Vergleichbarkeit der Opfer verschiedener Verbrechen, *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 968.

1387 *Kotecha*, JICJ 18 (2020) 107, 122; *Schabas*, An Introduction to the ICC, S. 257 – 258; *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 242 – 243.

1388 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 670 – 671.

1389 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), International Criminal Procedure, 131, 145.

oder ressourcentaktischer Art sind im Rahmen der Schwerebeurteilung ausgeschlossen.¹³⁹⁰

Aufgrund der doppelten Nennung des Schwerekriteriums im Kontext der Einleitung der formalen Ermittlungen und im Vorfeld der Strafverfolgung beurteilt das OTP die Schwere auf Fall- und Situationsebene.¹³⁹¹ Dabei bietet sich stets ein Vergleich verschiedener Fälle und Situationen miteinander an, um ihre Schwere im Verhältnis zueinander zu beurteilen,¹³⁹² wobei eine gewisse Vorsicht geboten ist. Entscheidend sind nämlich stets die konkreten Umstände des einzelnen Falls oder der jeweiligen Situation.¹³⁹³ Sind die Umstände verschieden, muss dies beim Vergleich berücksichtigt werden.¹³⁹⁴ Ist die hinreichende Mindestschwere erfüllt, besteht kein weitergehendes Ermessen auf Rechtsfolgenseite.

ee) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 I 2 b ICCSt

Die Faktoren des Art. 53 I 2 ICCSt dienen als Maßstab, anhand dessen das OTP entscheidet, die formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes einzuleiten.¹³⁹⁵ Dabei stellt sich die Frage, wie die Schwere einer Situation als Ganzes zu beurteilen ist. Prinzipiell sind hierfür drei Herangehensweisen denkbar. Einerseits lässt sich die Situation im Wege einer Gesamtbeurteilung beurteilen.¹³⁹⁶ Andererseits lassen sich einzelne potenzielle Fälle der Situation betrachten.¹³⁹⁷ Ebenso möglich ist eine Kombination beider

1390 Pues, ICLR 17 (2017), 960, 962 – 963.

1391 De Guzman, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1408 – 1409; Longobardo, JICJ 14 (2016), 1011, 1023.

1392 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 99; Longobardo, JICJ 14 (2016), 1011, 1027.

1393 Ambos, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 49; De Guzman, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1432 – 1433; Smeulers et al., ICLR 15 (2015), 1, 7 – 8.

1394 Longobardo, JICJ 14 (2016), 1011, 1027.

1395 Näher bereits unter (C. I. 2.).

1396 Pues, ICLR 17 (2017), 960, 977 – 978; Smeulers et al., ICLR 15 (2015), 1, 36, 37.

1397 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 189; Bådagård/ Klamberg, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 668; Seils, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 305, 326.

Ansätze, bei der die Situation als Ganzes und einzelne potenzielle Fälle betrachtet werden.¹³⁹⁸

Der Ansatz, eine Situation als Ganzes zu betrachten, ist abzulehnen. Eine solche Betrachtung liefe im Endeffekt auf eine Schwerebeurteilung des der Situation zugrundeliegenden Konflikts hinaus.¹³⁹⁹ Dabei sagt die Schwere eines Konflikts als Ganzes nichts über die Schwere einzelner Verbrechen innerhalb des Konflikts aus.¹⁴⁰⁰ Darüber hinaus ist es kaum möglich, Konflikte angemessen zu beurteilen. Inwieweit Aspekte wie die Zahl der Opfer im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung oder die geographische und zeitliche Ausdehnung von Kampfhandlungen zu unterschiedlichen Wertungen führen können, ist unklar.¹⁴⁰¹ Zwangsläufig widersprechen sich die Schwere einer Situation und des ihr zugrundeliegenden Konflikts in einigen Konstellationen, weil Situationen durch die Grenzen der Gerichtsbarkeit eingeschränkt sind, Konflikte hingegen nicht.

2006 lehnte das OTP die Einleitung von Ermittlungen im Irak aufgrund unzureichender Schwere ab und begründete dies mit der geringen Anzahl der Opfer von Verbrechen britischer Staatsangehöriger.¹⁴⁰² Das OTP gab eine Opferzahl von lediglich 32 Personen an, da zahlreiche Taten, darunter solche von US-Staatsangehörigen, außerhalb der Zuständigkeit des ICC lagen.¹⁴⁰³ Diese 32 Opfer von Verbrechen innerhalb der Grenzen der Gerichtsbarkeit stünden in einem starken Missverhältnis zu den hunderttausenden Opfern anderer Situationen, allen voran in der Demokratischen Republik Kongo und im Sudan.¹⁴⁰⁴ Tatsächlich war die Gesamtzahl der

1398 “[A]n evaluation of “gravity” should be conducted in a general sense, as regards the entire situation, but also against the backdrop of the potential case(s) within the context of a situation.”, ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11–14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 97.

1399 “[S]ituational gravity should refer to the broader situation of crisis that provides the background of the specific crime committed rather than the technical ‘situation’ within the jurisdiction of the Court.”, *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 977 – 978.

1400 *Smeulers et al.*, ICLR 15 (2015), 1, 37.

1401 *Longobardo*, JICJ 14 (2016), 1011, 1027.

1402 ICC-OTP, *Response to Communications Concerning Iraq* (9 February 2006), S. 9.

1403 *Smeulers et al.*, ICLR 15 (2015), 1, 26.

1404 ICC-OTP, *Response to Communications Concerning Iraq* (9 February 2006), S. 9.

Opfer im gesamten Irakkonflikt bis zum Jahr 2006 aber weitaus höher anzusetzen.¹⁴⁰⁵

Der Vergleich des OTP spiegelte die Realität nicht wieder.¹⁴⁰⁶ Eine mögliche Lösung des Problems wäre, die Beurteilung der Schwere von der Jurisdiktion zu entgrenzen und auch außerhalb der Gerichtsbarkeit liegende Verbrechen einzubeziehen.¹⁴⁰⁷ Es scheint jedoch fraglich, inwieweit das OTP in der Lage ist, tragfähige Informationen zu gewinnen, wenn die betreffenden Staaten außerhalb der Jurisdiktion nicht zur Kooperation verpflichtet sind. Ferner beinhaltet die Bewertung der Schwere eines Konflikts in solchen Konstellationen oftmals ein implizites Urteil über Verbrechen außerhalb der Zuständigkeit.

Die Schwere einer Situation lässt sich letztendlich allein anhand potenzieller Fälle innerhalb der Situation beurteilen.¹⁴⁰⁸ Folgt man diesem Ansatz ergibt sich die Folgefrage, welche und wie viele potenzielle Fälle das OTP beurteilen muss, um die Situation als Ganzes einschätzen zu können.¹⁴⁰⁹ Den richtungsweisenden Maßstab setzte die PTC II im Zuge der Autorisierung von Ermittlungen in der Republik Kenia:

“This [gravity assessment] involves a generic examination of: (i) whether the persons or groups of persons that are likely to be the object of an investigation include those who may bear the greatest responsibility for the alleged crimes committed; and (ii) the gravity of the crimes allegedly

1405 Smeulers *et al.*, ICLR 15 (2015), 1, 14; mit dem Hinweis, dass auch die Anzahl von britischen Staatsangehörigen begangener Verbrechen wohl höher als vom OTP beziffert war, Seils, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 305, 322.

1406 Schabas, JICJ 6 (2008), 731, 741.

1407 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), paras. 17 – 18; Pues, ICLR 17 (2017), 960, 977 – 979.

1408 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 36; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 39; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 18; De Guzman, *Fordham ILJ* 32 (2008), 1400, 1408 – 1409; Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 286.

1409 Pues, ICLR 17 (2017), 960, 980.

*committed within the incidents, which are likely to be the object of an investigation.*¹⁴¹⁰

Die Position einer Person als Hauptverantwortliche ist zwar kein notwendiges Kriterium hinreichender Schwere.¹⁴¹¹ Allerdings ist die Beurteilung der Schwere einer Situation fehlerhaft, wenn das OTP diese Gruppe von Personen unberücksichtigt lässt.¹⁴¹² Die von der PTC II aufgestellten Vorgaben haben den Vorteil, dass das OTP zumindest diejenigen potenziellen Fälle einer Situation in den Blick nimmt, welche vermutlich eine hohe Schwere aufweisen, wobei sie bei der Einleitung der formalen Ermittlungen nur vorläufig beurteilt werden können.¹⁴¹³

Weiterhin stellt sich die Frage, wie von der Schwere einzelner potenzieller Fälle auf die Schwere der Situation als Ganzes zu schließen ist. Ein zunächst naheliegender Ansatz, wonach sich die Schwere der Situation aus einer Gesamtbetrachtung der Schwere einzelner potenzieller Fälle ergibt, scheint in Anbetracht der wertungsgeladenen Kriterien und des geringen Informationsstands des OTP sehr vage. Vielmehr entspricht der im Jahr 2020 formulierte Ansatz der PTC I am ehesten der Funktion des Art 17 I d ICCSt. Demzufolge ist eine Situation bereits dann hinreichend schwer, um die Einleitung der formalen Ermittlungen in der Situation als Ganzes zu rechtfertigen, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung ein einzelner potenzieller Fall der Situation hinreichend schwer ist.¹⁴¹⁴

1410 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 188.

1411 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 74.

1412 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 188; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 51; *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 145; *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 963.

1413 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 51.

1414 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 97; so auch das OTP bereits zuvor, ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic II*, Article 53(I) Report (24 September 2014), para. 252.

ff) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 II b ICCSt

Im Unterschied zum ersten Absatz geht es bei Art. 53 II b ICCSt i.V.m. Art. 17 I d ICCSt um die Frage, ob ein konkretisierter Fall hinreichend schwer ist.¹⁴¹⁵ Das Bezugsobjekt der Beurteilung ist weitgehend ermittelt.¹⁴¹⁶ Ebenso wie bei der Entscheidung zur Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes ergeben sich die Kriterien nicht abschließend aus dem Ausmaß, der Natur, der Art der Begehung sowie den Auswirkungen des Verbrechens (Reg. 29 II, V Reg. OTP). Weil der Schweretest im Vorfeld der Strafverfolgung mit Blick auf spezifische Sachverhalte, Verhaltensweisen und Personen erfolgt, ist er weniger vage als im ersten Absatz.¹⁴¹⁷ Aufgrund des geringeren Prognosegehalts geht die Beurteilung tendenziell mit einem geringeren Maß an Opportunität einher.

Aus dem Zweck des Art. 17 I d ICCSt ergibt sich ein niedriger Maßstab. Nach den Ausführungen von *Pikis*, der bereits die hohen Hürden des ursprünglichen Schwereansatzes der PTC I kritisiert hatte, muss die in Frage stehende Tat für eine Einstellung völlig nebensächlich sein, sodass die Grenze zur Geringfügigkeit erreicht ist.¹⁴¹⁸ Dem ist zuzustimmen. Das Schwerekriterium in Art. 17 I d ICCSt dient nicht der Selektion von Fällen und Situationen.¹⁴¹⁹ Sein Zweck ist nicht, die Verfolgung besonders schwerer Fälle sicherzustellen, sondern die Verfolgung marginaler Taten durch den ICC zu verhindern.¹⁴²⁰

3. Interessen der Gerechtigkeit

Das OTP kann von der Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation absehen, wenn „unter Berücksichtigung der Schwere des Verbrechens und der Interessen der Opfer dennoch wesentliche Gründe für die Annahme vorliegen, dass die Durchführung von Ermittlungen nicht im

1415 Näher zum Begriff des konkretisierten Falls bereits unter (B. I. 5.).

1416 *Longobardo*, JICJ 14 (2016), 1011, 1024; *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 839 – 840.

1417 *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 40; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 242.

1418 *Pikis*, The Rome Statute for the ICC, S. 59.

1419 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 96.

1420 ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–459-tENG, Decision on the Admissibility Challenge (27 September 2019), para. 50.

Interesse der Gerechtigkeit läge“ (Art. 53 I 2 c ICSCt). Darüber hinaus ist eine Entscheidung gegen die Durchführung von Strafverfolgung möglich, wenn „eine Strafverfolgung unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich der Schwere des Verbrechens, der Interessen der Opfer, des Alters oder der Gebrechlichkeit des angeblichen Täters sowie seiner Rolle bei dem angeblichen Verbrechen, nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegt“ (Art. 53 II c ICCSt).

Die Interessen der Gerechtigkeit sind das bei weitem unbestimmteste Entscheidungskriterium des Art. 53 ICCSt.¹⁴²¹ Der Terminus „Interessen der Gerechtigkeit“ findet sich an zahlreichen Stellen des Statuts und der RPE wieder.¹⁴²² Aufgrund seiner unterschiedlichen Funktionen ist der Inhalt für Art. 53 ICCSt jedoch gesondert zu bestimmen.¹⁴²³ In der Rechtsprechung existiert lediglich eine Entscheidung mit einer ausführlichen Diskussion der Klausel.¹⁴²⁴ Die Entscheidung wurde von der AC ohne detaillierte Ausführungen zum Inhalt der Klausel aufgehoben.¹⁴²⁵ In der Literatur finden sich zwei wesentliche Strömungen, die sich um die grundsätzliche Kontroverse einer weiten oder engen Auslegung drehen.¹⁴²⁶ Die Herausforderung bei der Anwendung und Auslegung der Klausel hat das OTP passend im *Policy Paper on the Interests of Justice* zum Ausdruck gebracht:

“The issue of the interests of justice, as it appears in Article 53 of the Rome Statute, represents one of the most complex aspects of the Treaty. It is the point where many of the philosophical and operational challenges in the

1421 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05-185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), paras. 17 – 18; *Ambos*, *Treatise III*, S. 387; *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 542; *Goldston*, *JICJ* 8 (2010), 383, 392; *Greenawalt*, *New York JILP* 39 (2007), 583, 596; *Olásolo*, *ICLR* 3 (2003), 87, 111; *Safferling*, *International Criminal Procedure*, S. 220 – 221; *Schabas*, *The ICC*, Art. 53 S. 834; *Turone*, in: *Cassese et al.* (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1153.

1422 Vgl. Art. 65 IV ICCSt; Rule 69; 73; 82; 100; 136; 185 RPE; in der gegenüber der deutschen Übersetzung maßgeblichen englischen Fassung ebenso Art. 55 II; 67 I d ICCSt.

1423 *Rohrer*, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*, S. 245 – 246.

1424 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 87 – 96.

1425 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), paras. 47 – 50.

1426 Hierzu, *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 365 – 368.

*pursuit of international criminal justice coincide (albeit implicitly), but there is no clear guidance on what the content of the idea is.*¹⁴²⁷

Die Interessen der Gerechtigkeit genießen in der Praxis bis heute periphere Bedeutung. Eine erste Entscheidung traf die PTC II, als sie die Ermittlungen in der Republik Kenia autorisierte. Demnach seien die Interessen der Gerechtigkeit nur dann relevant, wenn sich das OTP auf Grundlage der Klausel gegen die Durchführung von Ermittlungen oder Strafverfolgungen entscheide.¹⁴²⁸ Im Gegensatz zum Verdachtsgrad, der Gerichtsbarkeit, den Voraussetzungen der Komplementarität sowie der Schwere des Verbrechens seien die Interessen der Gerechtigkeit nicht positiv festzustellen, sondern allein im Fall einer Negativbeurteilung relevant.¹⁴²⁹ Die übrigen Kammern schlossen sich lange Zeit einheitlich dieser Rechtsauffassung an und tätigten kaum Ausführungen zur Klausel, weil das OTP in keinem Fall zu dem Schluss gelangte, dass ein Verfahren nicht im Interesse der Gerechtigkeit läge.¹⁴³⁰ Das änderte sich 2019 mit einer Entscheidung der PTC II gegen die Autorisierung von Ermittlungen in Afghanistan,¹⁴³¹ welche die AC im folgenden Jahr aufhob.¹⁴³²

a) Ansatz einer positiv festzustellenden Verfahrensvoraussetzung

Laut der PTC II seien die Interessen der Gerechtigkeit als ein Filter zu verstehen. Dieser solle von vornherein aussichtslose Verfahren ausschließen,

1427 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2.

1428 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 63.

1429 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 24 Fn. 35.

1430 ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), paras. 207 – 208; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 58; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 190; ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 119.

1431 Ausführlich, *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585.

1432 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 51.

weil sie die Integrität des Gerichts unterminierten.¹⁴³³ Eine Autorisierung der Ermittlungen könne nur bei einer positiven Feststellung der Interessen der Gerechtigkeit unter Berücksichtigung der Schwere der Verbrechen, der Interessen der Opfer sowie der Aussicht auf erfolgreiche Ermittlungen erfolgen.¹⁴³⁴ Die Klausel beinhalte zwar einen Beurteilungsspielraum, sie sei aber stets festzustellen und demnach nicht allein im Fall einer Negativbeurteilung relevant.¹⁴³⁵ Im Ergebnis behandelte die Kammer die Interessen der Gerechtigkeit als zwingende Verfahrensvoraussetzung mit Beurteilungsspielraum.

Augenscheinlich nahm die PTC II damit eine im Wesentlichen entgegengesetzte Position zur früheren Rechtsprechung der PTCs ein, wonach die Interessen der Gerechtigkeit gerade nicht positiv festzustellen seien.¹⁴³⁶ Völlig konsequent folgte aber auch die frühere Rechtsprechung der PTCs ihrer eigenen Linie nicht.¹⁴³⁷ Mit Ausnahme der PTC II, die in anderer Besetzung die Einleitung von Ermittlungen in der Republik Kenia autorisiert hatte,¹⁴³⁸ bestätigten die Kammern jeweils explizit die fehlende Negativbeurteilung des OTP zu den Interessen der Gerechtigkeit.¹⁴³⁹ Die Interessen der Opfer

1433 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 33 – 34; insoweit zustimmend, *Davis*, ICLR 15 (2015), 170, 189.

1434 “[A reasonable basis to proceed] must include a positive determination to the effect that investigations would be in the interests of justice, including in relation to the gravity of the alleged conducts, the potential victims’ interests and the likelihood that investigation be feasible and meaningful under the relevant circumstances.”, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 35.

1435 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 88 – 89.

1436 *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 599.

1437 Ebenso kritisch, ICC, *Situation in Afghanistan*, ICC-02/17-33-Anx-Corr, Concurring and Separate Opinion of Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua (31 May 2019), para. 19.

1438 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 63.

1439 ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), paras. 207 – 208; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 58; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 190; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 119.

in der Situation sprächen bisweilen sogar für eine Positivbeurteilung.¹⁴⁴⁰ Dabei ließen die Kammern allesamt offen, wie sie entscheiden würden, wenn die Interessen der Opfer oder andere wesentliche Gründe gegen die Interessen der Gerechtigkeit sprächen, ohne dass das OTP eine entsprechende Feststellung getroffen hätte.¹⁴⁴¹ Nach ihrem eigenen Maßstab hätten sie es eigentlich bei der Feststellung belassen müssen, dass das OTP jeweils keine Gründe gegen die Interessen der Gerechtigkeit dargelegt hatte.

b) Ansatz einer Opportunitätsklausel zur Verfahrenseinstellung

Die AC hob die Entscheidung der PTC II auf, da sich die Prüfkompetenz der PTC bei einer Autorisierungsentscheidung nicht auf die Interessen der Gerechtigkeit erstreckte.¹⁴⁴² Aus diesem Grund tätigte sie keine wesentlichen Angaben zum Inhalt der Klausel.¹⁴⁴³ Immerhin bezog sie sich auf die Aussage der PTC II, wonach sie für eine Autorisierung formaler Ermittlungen in einer Situation stets positiv zu beurteilen sei.¹⁴⁴⁴ Die Interessen der Gerechtigkeit seien laut AC nur relevant, wenn sich das OTP gegen ein Verfahren entscheide.¹⁴⁴⁵ Diesem Ansatz einer als rechtliche Ausnahme konzipierten und allein im Fall einer Negativbeurteilung zum Tragen kommenden Op-

1440 Am deutlichsten wurde die PTC III: “[T]aking into account the views of the victims which overwhelmingly speak in favour of commencing an investigation, the Chamber considers that there are indeed no substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice.”, ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 190.

1441 *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 592.

1442 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 46.

1443 *Lafontaine/ Magnoux*, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 275.

1444 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 88 – 89.

1445 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 49.

portunitätsklausel,¹⁴⁴⁶ dem auch das OTP folgt,¹⁴⁴⁷ ist aus verschiedenen Gründen zuzustimmen.

Allen voran ist der Wortlaut negativ formuliert, sodass eine hinreichende Grundlage zur Durchführung von Ermittlungen und Strafverfolgung nur zu verneinen ist, wenn diese gerade nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegen.¹⁴⁴⁸ Systematisch stehen die Interessen der Gerechtigkeit an letzter Stelle der Kriterien des Art. 53 I, II ICCSt, wobei sie als Möglichkeit dienen, Ermittlungen und Strafverfolgungen trotz vorhandenen Verdachts und gegebener Zulässigkeit auszuschließen.¹⁴⁴⁹ Die erhöhte richterliche Kontrolle gem. Art. 53 III b ICCSt deutet zudem auf eine gegenüber den übrigen Kriterien erhöhte Opportunität hin.¹⁴⁵⁰

Die Texte des Statuts und der RPE enthalten keine ausdrücklichen Vorgaben zum Zweck der Klausel.¹⁴⁵¹ Aus den Materialien zur Erarbeitung des Statuts ergibt sich zumindest, dass die Negativformulierung bewusst gewählt wurde.¹⁴⁵² Die Präambel spricht – mit dem Ziel der Beendigung der Straflosigkeit und der Verhütung völkerrechtlicher Verbrechen (Abs. 5 Präambel ICCSt) sowie der Pflicht, diese zu bestrafen (Abs. 6 Präambel ICCSt)

1446 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 24 Fn. 35.

1447 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–4, Request for Authorisation of an Investigation (13 October 2015), para. 338; ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 1 – 2; ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic II*, Article 53(I) Report (24 September 2014), para. 265; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 67; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 24.

1448 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 63; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 49; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 26; *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 670; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 735, 749; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 594.

1449 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2; *De Meester*, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 257; *Rodman*, Leiden JIL 22 (2009), 99, 103; *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 459.

1450 Vgl. *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 716; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 603 Fn. 85; *Stahn*, JICJ 3 (2005), 695, 717.

1451 *Rohrer*, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*, S. 245 – 246.

1452 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 749; *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 700; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage at the ICC*, S. 369.

– für eine Vermutung zugunsten der Durchführung von Strafverfahren.¹⁴⁵³ Gleichzeitig dienen Strafverfahren nicht in jeder Konstellation dem Frieden, der Sicherheit und dem Wohl der Welt (Abs. 3 Präambel ICCSt).¹⁴⁵⁴ Die Interessen der Gerechtigkeit sind vor diesem Hintergrund keine Rechtfertigung für Ermittlungen und Strafverfolgungen, sondern vielmehr eine Rechtfertigung für eine Opportunitätsentscheidung gegen diese im Ausnahmefall.¹⁴⁵⁵ Der Ansatz einer positiv festzustellenden Verfahrensvoraussetzung würde dem widersprechen.

Verschiedene Autoren betrachten die Interessen der Gerechtigkeit zudem vor dem Hintergrund nationaler Rechtsordnungen. In ihnen finden sich Formulierungen wie „öffentliches Interesse“, „*public interest*“ oder „*public policy consideration*“.¹⁴⁵⁶ Derartige Rechtsbegriffe dienen dazu, im Einzelfall eine Entscheidung für oder gegen die Durchführung eines Strafverfahrens zu treffen.¹⁴⁵⁷ Das ICCSt enthält Elemente unterschiedlicher Rechtssysteme.¹⁴⁵⁸ Die unmittelbare Übertragung des Inhalts einer einzelnen nationalen Abwägungsklausel auf die Interessen der Gerechtigkeit scheidet aus diesem Grund aus.¹⁴⁵⁹ Der Grundgedanke, dass ein Strafverfahren nicht in jeder Konstellation geboten ist, gilt jedoch ebenso für die internationale Ebene.¹⁴⁶⁰ Aus dieser Perspektive erscheinen die Interessen der Gerechtigkeit als Abwägungsklausel und nicht als positive Verfahrensvoraussetzung.¹⁴⁶¹

1453 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2 – 4; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para.20; Đukić, IR Red Cross 89 (2007), 691, 699; Olásolo, ICLR 3 (2003), 87, 140.

1454 *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 293; näher zur Diskussion, inwieweit sich die Interessen der Gerechtigkeit und die Interessen des Friedens entsprechen oder widersprechen unter (D. III. 3. c) dd) (3)).

1455 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), paras. 28, 33.

1456 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 81; *Callavin*, King’s College LJ 14 (2003), 179, 187; *Schabas*, JICJ 6 (2008), 731, 748.

1457 *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801, 811 – 812; *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1153; *Weigend*, ZStW 109 (1997), 103, 107.

1458 *Ambos*, ICLR 3 (2003), 1, 34.

1459 *Gavron*, ICLQ 51 (2002), 91, 110; hingegen für eine Auslegungshilfe der Interessen der Gerechtigkeit in anderen Kontexten, ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2 Fn. 3.

1460 *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 283; *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1153.

1461 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 81; *Callavin*, King’s College LJ 14 (2003), 179, 187; *Gavron*, ICLQ 51 (2002), 91, 110.

Vorzugswürdig erscheint ein Ansatz, der die Interessen der Gerechtigkeit vor dem Hintergrund des Spannungsfelds zwischen grundsätzlichem Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang und dem Bedürfnis nach flexiblen und rechtssicheren Selektionserwägungen betrachtet. Es wurde bereits gezeigt, dass weder das Legalitäts- noch das Opportunitätsprinzip in ihrer Reinform vollständige normative Legitimation besitzen, solange es unmöglich ist, alle Fälle effektiv zu ermitteln und zu verfolgen.¹⁴⁶² In Anbetracht des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips bedarf es daher eines normativen Bindeglieds zum Opportunitätsprinzip im ICCSt. Die Funktion der Interessen der Gerechtigkeit liegt demzufolge vor allem in der rechtlichen Legitimation von Selektionsentscheidungen des OTP.¹⁴⁶³ Sie inkorporieren die faktisch ohnehin bestehende Opportunität in das Statut, wodurch diese dem System nicht mehr fremd, sondern ihm immanent ist.¹⁴⁶⁴ Das bedeutet nicht, dass das ICCSt aus diesem Grund dem Opportunitätsprinzip folgt.¹⁴⁶⁵ Das Ideal der Beendigung der Straflosigkeit wird in den Worten *Rohrers* lediglich „an die ‚traurige‘ Realität angepasst.“¹⁴⁶⁶

Die Interessen der Gerechtigkeit sind kein starrer Begriff, sondern bedürfen als normatives Element einer wertungsgetragenen Auslegung und Anwendung vor dem Hintergrund gesellschaftlicher und politischer Entwicklungen.¹⁴⁶⁷ Dabei bleiben die Beendigung der Straflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen und das Legalitätsprinzip die normativen Ideale, weswegen die Vermutung zugunsten der Interessen der Gerechtigkeit spricht.¹⁴⁶⁸ Letzteres wird durch die richterliche Kontrolle des Art. 53 III b ICCSt abgesichert.¹⁴⁶⁹ Wie das OTP richtigerweise schreibt, bedarf nicht das Strafverfahren, sondern die Nichtdurchführung des Straf-

1462 Näher zum Legalitätsprinzip bereits unter (D. I. 2.); zum Opportunitätsprinzip (D. I. 4.).

1463 Vgl. *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 698 – 699; *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 469.

1464 *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 758, 801; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 177.

1465 So aber, *Knoops*, CLF 15 (2004), 365, 376, 377; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 177.

1466 *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 243.

1467 In diese Richtung, *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 470.

1468 Vgl. *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699.

1469 *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 758, 801.

verfahrens einer besonderen Legitimation, wenn die Verfahrensvoraussetzungen gegeben sind.¹⁴⁷⁰

c) Kriterien der Interessen der Gerechtigkeit

Die Frage, welche Kriterien das OTP zur Beurteilung der Interessen der Gerechtigkeit heranziehen darf und muss, ist so unklar wie kaum ein anderer Aspekt des Statuts. Sie bestimmt wesentlich den Umfang der Opportunität des OTP.¹⁴⁷¹ Sowohl in Art. 53 I 2 c ICCSt als auch in Art. 53 II c ICCSt sind die Schwere des Verbrechens und die Interessen der Opfer genannt. In Art. 53 II c ICCSt finden sich zusätzlich die Faktoren des Alters oder der Gebrechlichkeit des angeblichen Täters sowie seiner Rolle bei dem angeblichen Verbrechen wieder. Dass diese zu berücksichtigen sind, ist unstrittig. Inwieweit darüberhinausgehende Kriterien herangezogen werden dürfen, wird hingegen kontrovers diskutiert.

aa) Grundsätzliche Kontroverse

Die wesentliche Kontroverse um die Interessen der Gerechtigkeit lässt sich auf die Frage zurückführen, wie weit die Gerechtigkeitserwägungen des OTP gehen dürfen und welche Interessen es hierzu berücksichtigen darf.¹⁴⁷² Dem allgemeinen Sprachgebrauch nach erfasst der Begriff der „Gerechtigkeit“ nicht allein retributive Gerechtigkeit,¹⁴⁷³ sondern ebenso kompensatorische, distributive, rehabilitierende, absolute, Einzelfall- oder Verfahrensgerechtigkeit.¹⁴⁷⁴ Andererseits ist der ICC ein Strafgericht zur

1470 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-4, Request for Authorisation of an Investigation (13 October 2015), para. 338; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), paras. 28, 33.

1471 *Buchan*, CLF 25 (2014), 465, 499.

1472 *Buchan*, CLF 25 (2014), 465, 499; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage at the ICC, S. 537 – 358.

1473 Näher zu den Gerechtigkeitsbegriffen im Völkerstrafrecht, *Mégret*, JICJ 13 (2015), 77.

1474 *Gropengießer/Meißner*, ICLR 5 (2005), 267, 296; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 598; *Robinson*, European JIL 14 (2003), 481, 488; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage at the ICC, S. 537; *Mégret*, JICJ 13 (2015), 77; den Wortlaut der multi-

Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit im Einzelfall, was für eine Einschränkung des Gerechtigkeitsbegriffs spricht.¹⁴⁷⁵

Ein enges Verständnis der Klausel bezieht sich im Ausgangspunkt darauf, dass ein strafrechtliches Verfahren Gerechtigkeit im Einzelfall schaffen soll, weswegen auch die Interessen der Gerechtigkeit auf allein für die jeweilige Sache relevante Erwägungen beschränkt sein sollten.¹⁴⁷⁶ Dabei seien die Schwere der Verbrechen und die Interessen der Opfer besonders zu berücksichtigen, was wiederum gegen weitreichende Möglichkeiten einer Verfahrenseinstellung spreche.¹⁴⁷⁷ Das OTP solle nach dem Willen der Vertragsparteien stets frei von politischer Manipulation handeln.¹⁴⁷⁸ Allein Art. 16 ICCSt biete Raum für politisch motivierte Einflussnahmen auf die Verfahren.¹⁴⁷⁹ Im Kern geht es um die Befürchtung, ein zu weites Verständnis der Klausel ermögliche dem OTP willkürliche Verfahrenseinstellungen.¹⁴⁸⁰ Analysen zivilgesellschaftlicher Rechtspositionen haben ergeben, dass auch dort die Befürchtung einer Politisierung der Interessen der Gerechtigkeit existiert.¹⁴⁸¹

Die gegenteilige Position geht im Grundsatz davon aus, dass die Interessen der Gerechtigkeit nicht allein im Sinne rein strafrechtlicher Gerechtigkeit unter Einschluss der Opferinteressen auszulegen seien.¹⁴⁸² Mitunter befürwortet sie sogar explizit politische Erwägungen.¹⁴⁸³ Auf diese Weise könne der ICC seinem Ziel gerecht werden, Frieden zu fördern, indem etwa die Teilnahme oder Nichtteilnahme an Friedensprozessen für oder

lingualen Fassungen des ICCSt vergleichend, *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 355.

1475 *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 698; *Stahn*, JICJ 3 (2005), 695, 718; *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 356.

1476 *Seibert-Fohr*, MPYUNL 7 (2003), 533, 579; *Stahn*, JICJ 3 (2005), 695, 718.

1477 *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 184; *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 717; *Seibert-Fohr*, MPYUNL 7 (2003), 533, 579.

1478 *Buchan*, CLF 25 (2014), 465, 502.

1479 *Buchan*, CLF 25 (2014), 465, 502; *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 699; *Stahn*, *European JIL* 14 (2003), 85, 89 – 90.

1480 *Safferling*, *International Criminal Procedure*, S. 221.

1481 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage at the ICC*, S. 358 – 362; unter besonderer Berücksichtigung von *Amnesty International* und *Human Rights Watch*, *Rodman*, *Leiden JIL* 22 (2009), 99, 105 – 106.

1482 ICC, *Situation in Afghanistan*, ICC-02/17–33-Anx-Corr, Concurring and Separate Opinion of Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua (31 May 2019), para. 38; *Ambos*, *Treatise III*, S. 387; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage at the ICC*, S. 267.

1483 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 80 – 81; *Davis*, ICLR 15 (2015), 170, 188 – 189; *Knoops*, CLF 15 (2004), 365, 375; *Olásolo*, ICLR 3 (2003), 87, 141.

gegen Ermittlungen oder Strafverfolgungen sprechen könnten.¹⁴⁸⁴ Alternative Formen der Aufarbeitung und *Transitional Justice*-Prozesse ließen sich ebenso berücksichtigen.¹⁴⁸⁵ Gleichfalls könne das OTP von vornherein nicht durchführbare Verfahren ausschließen, um auf diese Weise die Funktionalität und die Glaubwürdigkeit des Gerichts zu schützen.¹⁴⁸⁶ Die Erwägungskriterien wären nach einem derart weiten Verständnis nicht abschließend.¹⁴⁸⁷ Grenzen bestünden vor allem in den zwingend zu berücksichtigenden geschriebenen Faktoren, der gerichtlichen Kontrolle sowie dem Willkürverbot.¹⁴⁸⁸

Die im *Policy Paper on the Interests of Justice* veröffentlichte Rechtsauffassung des OTP lässt sich in der Mitte der beiden Positionen verorten. Demnach seien die Kriterien der Interessen der Gerechtigkeit zwar grundsätzlich offen für weitreichende Erwägungen, allerdings nur im äußersten Ausnahmefall anzuwenden.¹⁴⁸⁹ Die restriktive Anwendung ergebe sich daraus, dass das Statut der Beendigung der Straflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen diene und eine Vermutung zugunsten von Ermittlungen und Strafverfolgungen enthalte.¹⁴⁹⁰ Damit nimmt das OTP eine überraschend enge Position ein, indem es seinen eigenen Spielraum zur Ausübung von Opportunität einschränkt.¹⁴⁹¹

bb) Auslegung

In der Literatur findet sich die Auffassung, dass die Interessen der Gerechtigkeit einer Auslegung nicht zugänglich seien, da die Methode in Anbe-

1484 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 81 – 82; *Côté*, JICJ 3 (2005), 162, 177 – 178; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 336 – 337.

1485 *Gropengießer/ Meißner*, ICLR 5 (2005), 267, 299 – 300; *Robinson*, European JIL 14 (2003), 481, 504; *Rodman*, Leiden JIL 22 (2009), 99, 109; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 339 – 340.

1486 *Davis*, ICLR 15 (2015), 170, 188 – 189; in diese Richtung auch die PTC II, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 33 – 34.

1487 *Olásolo*, ICLR 3 (2003), 87, 141.

1488 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage at the ICC*, S. 368.

1489 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 3 – 4.

1490 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2 – 4; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para.20.

1491 *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 404; *Bådagård/ Klamberg*, *Georgetown JIL* 48 (2017), 639, 698; *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 456.

tracht der Unbestimmtheit der Klausel jedes beliebige Ergebnis zuließe.¹⁴⁹² Für die grundsätzliche Frage eines offenen oder engen Verständnisses bleibt sie gleichwohl der einzige Weg für einen rechtssicheren Umgang mit der Klausel.¹⁴⁹³

(1) Wortlaut

Die Formulierung der Interessen der Gerechtigkeit weist in Art. 53 I 2 c ICCSt und in Art. 53 II c ICCSt zwei wesentliche Unterschiede auf. Erstens soll das OTP die Beurteilung gem. Art. 53 I 2 c ICCSt „unter Berücksichtigung“ der Schwere des Verbrechens und der Interessen der Opfer treffen, wohingegen es gem. Art. 53 II c ICCSt „unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich“ der daraufhin genannte Faktoren abwägt. Zusätzlich enthält Art. 53 II c ICCSt mit dem Alter oder der Gebrechlichkeit des angeblichen Täters sowie seiner Rolle bei den angeblichen Verbrechen zwei explizite Faktoren, die im ersten Absatz nicht genannt sind.¹⁴⁹⁴ Das deutet zunächst auf einen abschließenden Begriff im ersten und einen offen zu verstehenden Terminus im zweiten Absatz hin.¹⁴⁹⁵ Der zweite Unterschied betrifft die Abwägung. In Art. 53 I 2 ICCSt können „dennoch wesentliche Gründe“¹⁴⁹⁶ für die Annahme vorliegen, dass die Ermittlungen nicht im Interesse der Gerechtigkeit lägen. Im zweiten Absatz fehlt das Wort „dennoch“. Hieraus ließe sich schließen, dass die Schwere des Verbrechens und die Interessen der Opfer als Gegengewicht zu den Interessen der Gerechtigkeit in Art. 53 I 2 c ICCSt, und im zweiten Absatz als Teil der Interessen der Gerechtigkeit zu verstehen seien.¹⁴⁹⁷

Bei näherer Betrachtung ist keine der beiden Schlussfolgerungen zutreffend. Zunächst einmal können sie nicht koexistieren. Die Schwere des Verbrechens und die Interessen der Opfer können die Interessen der Gerechtigkeit in Art. 53 I 2 c ICCSt nicht abschließend bestimmen und gleichzeitig

1492 *Dukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 700; anders, *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 244 – 245.

1493 Näher zur Methode der Auslegung bereits unter (A. IV. 3. b)).

1494 *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 41; *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 186.

1495 *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 41.

1496 Im Englischen: Nonetheless substantial reasons.

1497 *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 186; *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1413; *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 840.

ein Gegengewicht zu ihnen bilden. Entgegen beider Folgerungen deutet der Wortlaut darauf hin, dass die Interessen der Gerechtigkeit in beiden Absätzen offen zu verstehen sind. Für den zweiten Absatz folgt dies aus der bereits genannten Formulierung „unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich [...]“. Im ersten Absatz berücksichtigt das OTP „wesentliche Gründe“. Die heranzuziehenden Kriterien sind dort also ebenfalls nicht abschließend genannt.¹⁴⁹⁸ Vergleicht man die Formulierungen „wesentliche Gründe“ in Art. 53 I 2 c ICCSt und „aller Umstände“ in Art. 53 II c ICCSt, scheint der erste Absatz dem allgemeinen Sprachgebrauch nach sogar weiter gefasst zu sein als der zweite.¹⁴⁹⁹

Gleichzeitig lässt sich aus dem Wort „dennoch“ nicht folgern, dass die Schwere des Verbrechens und die Interessen der Opfer in Art. 53 I 2 c ICCSt gegen die Interessen der Gerechtigkeit abzuwägen seien. Wäre dem so, müsste die Formulierung schlicht lauten, dass „unter Berücksichtigung der Schwere des Verbrechens und der Interessen der Opfer die Durchführung von Ermittlungen dennoch nicht im Interesse der Gerechtigkeit läge.“ Stattdessen aber schreibt der Wortlaut vor, dass „dennoch wesentliche Gründe für die Annahme vorliegen, dass die Durchführung von Ermittlungen nicht im Interesse der Gerechtigkeit läge“.¹⁵⁰⁰ Der Terminus „wesentliche Gründe“ wäre überflüssig. Er ist nicht mit den Interessen der Gerechtigkeit gleichzusetzen.

Dem Wortlaut nach setzen sich die Interessen der Gerechtigkeit in Art. 53 I 2 c ICSCt also aus der Schwere des Verbrechens, den Interessen der Opfer sowie wesentlichen Gründen zusammen.¹⁵⁰¹ Innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit sprechen die beiden erstgenannten Faktoren wegen der grammatikalischen Stellung des Begriffs „dennoch“ stets für die

1498 ICC, *Situation in Afghanistan*, ICC-02/17–33-Anx-Corr, Concurring and Separate Opinion of Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua (31 May 2019), para. 37; *Callavin*, King’s College LJ 14 (2003), 179, 186; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 737.

1499 Zu der entsprechenden englischen Fassung, vgl. die Angaben des *Oxford English Dictionary* zum Begriff “reason”, die den Begriff „circumstances“ mit umfassen: “A fact or circumstance forming, or alleged as forming, a motive sufficient to lead a person to adopt or reject some course of action or belief”, *Oxford English Dictionary* (Stand 09.04.2024); vgl. auch die engen Angaben des *Le Petit Robert* zum Begriff «circonstances»: «Particularité qui accompagne un évènement, une situation», *Le Petit Robert* (Stand 09.04.2024).

1500 Im Englischen müsste die Formulierung lauten: “Taking into account the gravity of the crime and the interests of victims, an investigation would nonetheless not serve the interests of justice.”

1501 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 736.

Durchführung von Ermittlungen.¹⁵⁰² Auf der anderen Seite der Abwägung müssen die angeführten Gründe eine Wesentlichkeitsschwelle überschreiten.¹⁵⁰³ Im zweiten Absatz setzen sich die Interessen der Gerechtigkeit aus „alle[n]“ Umständen zusammen,¹⁵⁰⁴ ohne dass der Wortlaut eine exklusive Berücksichtigung bestimmter Kriterien auf einer Seite der Abwägung vorschreibt.¹⁵⁰⁵

(2) Systematik

Art. 53 ICCSt befindet sich im fünften Teil des Statuts („Ermittlungen und Strafverfolgung“), wohingegen die Überschrift der Vorschrift („Einleitung von Ermittlungen“) einen auf die Einleitung der Ermittlungen beschränkten Anwendungsbereich suggeriert.¹⁵⁰⁶ Weil zahlreiche Regeln des Statuts über ihre Überschriften hinausgehende Inhalte tragen und speziell Art. 53 ICCSt neben der Einleitung der Ermittlungen (Art. 53 I ICCSt) ebenso die Nichtdurchführung von Strafverfolgung (Art. 53 II ICCSt), richterliche Kontrolle (Art. 53 III ICCSt) und ein Überprüfungsrecht des OTP mit Blick auf seine eigen Entscheidung (Art. 53 IV ICCSt) regelt, kommt der Überschrift keine einschränkende Funktion zu.¹⁵⁰⁷ Innerhalb des Art. 53 ICCSt sind die Interessen der Gerechtigkeit ein potenziell gegen die Einleitung formaler Ermittlungen in einer Situation (Art. 53 I 2 c ICCSt) sowie ein potenziell gegen Strafverfolgung in einem oder mehreren konkretisierten Fällen (Art. 53 II c ICCSt) heranzuziehender Faktor, der in beiden Absätzen an letzter Stelle steht.¹⁵⁰⁸ Aus dieser systematischen Stellung der Interessen der Gerechtigkeit lassen sich einige

1502 *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 189; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 736; näher zur Problematik, dass die Interessen der Opfer unter Umständen nicht auf strafrechtliche Ermittlungen ausgerichtet sind, bereits unter (D. II. 4. a)); speziell im Kontext der Interessen der Gerechtigkeit unter (D. III. 3. c) cc) (2)).

1503 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 20.

1504 *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 41.

1505 *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 186.

1506 Kritsch zur Überschrift, *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1410.

1507 ICC, *Situation in the State of Palestine*, ICC-01/18-143, Decision on the Prosecution Request for a Ruling on Territorial Jurisdiction (5 February 2021), para. 75 Fn. 249.

1508 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2 – 3.

Schlussfolgerungen ziehen, welche bei der Wortlautauslegung offengebliebene Unklarheiten beseitigen.

Zunächst bedeutet die Verortung der Klausel im Kontext der Einleitung von Ermittlungen und der Durchführung von Strafverfolgung, dass die mit diesen beiden Verfahrensstadien in Verbindung gebrachten Zwecke bei der Abwägung prinzipiell berücksichtigungsfähig sind. Gemeint sind insbesondere die aus nationalen Rechtsordnungen bekannten Vergeltungstheorien, positive und negative Spezial- und Generalprävention sowie kommunikative und opferfokussierte Theorien.¹⁵⁰⁹ Des Weiteren muss das OTP die Ermittlungen gem. Art. 54 I b ICCSt wirksam führen.¹⁵¹⁰ Inwieweit das OTP über diese engen Faktoren hinausgehende Kriterien heranziehen darf, ist nicht unmittelbar aus dem Zusammenhang ersichtlich. Ein vorsichtiger Umkehrschluss aus Reg. 29 II Reg. OTP spricht allerdings für ein weites Verständnis der Klausel. Die Regelung zählt die zur Beurteilung des Schwerekriteriums heranzuziehenden Faktoren zumindest grob auf.¹⁵¹¹ Demgegenüber existiert keine entsprechende Regelung für die Interessen der Gerechtigkeit, was darauf hindeutet, dass der Terminus im Vergleich zur Schwere offener zu verstehen sein soll.

Im Übrigen erklärt die Systematik weitestgehend den unterschiedlichen Wortlaut in Art. 53 I 2 c ICCSt und in Art. 53 II c ICCSt. Eine Entscheidung gegen Strafverfolgung wird zeitlich nach dem Entschluss zur Einleitung der formalen Ermittlungen getroffen.¹⁵¹² Weil die Konturen konkretisierter Fälle bei der Anwendung des Art. 53 I 2 c ICCSt noch nicht hinreichend bekannt sind, werden das Alter und die Gebrechlichkeit des angeblichen Täters sowie dessen Rolle bei den Verbrechen dort nicht gesondert aufgeführt.¹⁵¹³ Die verschiedenen Verfahrensabschnitte sind ebenso der Grund für die unterschiedliche Wortwahl der „Gründe“ im ersten und

1509 Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 86 – 92; Rohrer, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*, S. 254; Hörrle, *Straftheorien; Roxin/ Greco, Strafrecht AT I*, § 3; zur Übertragung auf die internationale Ebene, Tallgren, *European JIL* 13 (2002), 565 – 567; Werkmeister, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, S. 380 – 381.

1510 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 89; Pues, *JICJ* 15 (2017), 435, 453.

1511 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 61; ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic II*, Article 53(I) Report (24 September 2014), para. 252; De Guzman, *Michigan JIL* 33 (2012), 265, 187 – 288.

1512 Rohrer, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*, S. 244.

1513 Stegmüller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 381.

der „Umstände“ im zweiten Absatz. Weil bei der Einleitung der Ermittlungen noch keine konkretisierten Fälle bekannt sind, kann das OTP noch keine expliziten „Umstände“ beurteilen, sondern lediglich vergleichsweise allgemeine „Gründe“ in Betracht ziehen.

(3) Telos

Der Zweck der Interessen der Gerechtigkeit in Art. 53 ICCSt ergibt sich hauptsächlich aus ihrer Funktion als normatives Bindeglied zwischen den Prinzipien der Legalität und der Opportunität.¹⁵¹⁴ In Anbetracht des grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs sowie der niedrigen Schwellen des Verdachtsgrads und der Zulässigkeit bedarf es eines Korrektivs zum Umgang mit der immensen Anzahl potenzieller Verfahren.¹⁵¹⁵ Selektionsentscheidungen sind unter anderem Ausdruck distributiver Gerechtigkeit, weil das OTP seine vorhandenen Ressourcen für bestimmte Verfahren einteilen muss.¹⁵¹⁶ Die Interessen der Gerechtigkeit geben dem OTP hierfür ein Mittel an die Hand,¹⁵¹⁷ indem sie Wertungsmaßstäbe bereitstellen und seine Entscheidung legitimieren.¹⁵¹⁸ Es soll diesbezüglich nicht allein die Interessen der im jeweiligen Verfahren beteiligten Parteien abwägen, sondern ebenso die Interessen mittelbar betroffener Akteure.¹⁵¹⁹ Potenzielle Adressaten der Verfahren des ICC sind neben dem Angeklagten und den unmittelbar betroffenen Opfern die regionale Bevölkerung, die von den Verbrechen und den Verfahren betroffenen Staaten sowie die internationale Gemeinschaft.¹⁵²⁰

Als Opportunitätsklausel bilden die Interessen der Gerechtigkeit demnach ein Gegengewicht zum grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfol-

1514 Näher bereits unter (D. III. 3. b)).

1515 *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 785, 789; *Kotecha*, JICJ 18 (2020), 107, 115 – 116; *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 835; *Van Heeck*, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 329.

1516 Vgl. *Mégret*, JICJ 13 (2015), 77, 94.

1517 Zur Funktion der Interessen der Gerechtigkeit im Rahmen der Fallselektion, *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699; *Guariglia/ Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 350, 353; *Kotecha*, JICJ 18 (2020), 107, 130.

1518 *Varaki*, IICJ 15 (2017), 455, 469.

1519 Vgl. *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 80; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 257.

1520 *Damaška*, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 347 – 349; *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 280 – 281.

gungszwang für den Fall, dass die Interessen der unmittelbar am Verfahren Beteiligten, der regionalen Bevölkerung, der betroffenen Staaten sowie der internationalen Gemeinschaft ausnahmsweise gegen ein Verfahren sprechen.¹⁵²¹ Aus diesem Zweck folgt, dass die Klausel mit Blick auf die zu berücksichtigenden Faktoren offen zu verstehen ist. Allerdings können die genannten Akteure sehr unterschiedliche und auch eigennützige Interessen haben. Die Interessen der Gerechtigkeit dürfen nicht als Rechtfertigung jedweder Verfahrenseinstellung dienen, weil dies Ausdruck einer unzulässigen Politisierung sein kann.¹⁵²² Welche Interessen und Wertungen in die Klausel einfließen sollen, lässt sich aus dem Zweck des ICCSt, insbesondere aus der Präambel ableiten.¹⁵²³

Diese nennt einerseits die bereits im Zuge der Begründung des grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs dargelegten Aspekte.¹⁵²⁴ Daneben sind vor allem die zu schützenden internationalen Rechtsgüter Frieden, Sicherheit und Wohl der Welt zu nennen (Abs. 3 Präambel ICCSt).¹⁵²⁵ Ebenso betont die Präambel die Bedeutung der Souveränität der Staaten sowie die Ziele und Grundsätze der UN-Charter.¹⁵²⁶ Weiterhin hebt Abs. 11 Präambel ICCSt die Entschlossenheit der Vertragsstaaten zur dauerhaften Achtung und Durchsetzung der internationalen Rechtspflege hervor.¹⁵²⁷ Derart vage Formulierungen stellen für sich genommen keine konkreten Kriterien für die Interessen der Gerechtigkeit dar, bilden aber eine gewisse Leitlinie und Auslegungshilfe.¹⁵²⁸

1521 So auch das OTP, ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 3 – 4; hingegen von einem grundsätzlichen Ermessen ausgehend, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 22.

1522 Đukić, IR Red Cross 89 (2007), 691, 699; Rodman, Leiden JIL 22 (2009), 99, 105 – 106; Safferling, *International Criminal Procedure*, S. 221.

1523 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 89; Murphy, CLF 17 (2006), 281, 286 – 287.

1524 Vgl. Abs. 2 Präambel ICCSt (Gedenk an die Opfer); Abs. 4 Präambel ICCSt (Wille der Vertragsstaaten zur wirksamen Strafverfolgung); Abs. 5 Präambel ICCSt (Entschlossenheit zur Beendigung der Straflosigkeit); Abs. 6 Präambel ICCSt (Pflicht der Staaten zur Ausübung eigener Strafrichterbarkeit); näher bereits unter (D. II. 4. a)).

1525 Cassese, *International Criminal Law*, S. 11; Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 196; Safferling, *Internationales Strafrecht*, § 4 Rn. 65.

1526 Klamborg, *Nordic JIL* (2010), 279, 291.

1527 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 4.

1528 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 8; Varaki, *JICJ* 15 (2017), 455, 463; allgemein zur Berücksichtigung der Ziele des Völker-

(4) Ergänzende Auslegungsmittel

Eine ergänzende Funktion bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge kommt gem. Art. 32 VCLT den vorbereitenden Arbeiten und den Umständen des Vertragsschlusses zu, um das gefundene Auslegungsergebnis zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung die Bedeutung dunkel oder mehrdeutig lässt (Buchstabe a) oder zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt (Buchstabe b).¹⁵²⁹ Die ergänzenden Auslegungsmittel stützen das Verständnis einer grundsätzlich offenen Klausel.

Während der Verhandlungen zur Errichtung des ICCSt herrschte eine rege Debatte über den Ermessensumfang des OTP.¹⁵³⁰ Die Vertragsparteien wollten ein aus politischer Motivation heraus handelndes OTP verhindern.¹⁵³¹ Dabei erkannten selbst Staaten, die einem weiten Ermessensspielraum skeptisch gegenüber standen, die Notwendigkeit von Opportunitätsentscheidungen, damit das OTP effektiv arbeiten könne.¹⁵³² Als Kompromiss errichteten die Staaten mit Art. 53 ICCSt ein *Check-and-Balance-System*, innerhalb dessen das OTP zwar Opportunitätsentscheidungen treffen kann, diese aber unter richterlicher Aufsicht der PTC stehen.¹⁵³³ Speziell für Verfahrenseinstellungen allein auf Grundlage der Interessen der Gerechtigkeit wurde mit Art. 53 III b ICCSt ein eigener Kontrollmechanismus eingeführt.¹⁵³⁴ Auf einen konkreten Inhalt der Interessen der Gerechtigkeit verständigten sich die Vertragsstaaten hingegen nicht.¹⁵³⁵

strafrechts und des ICC bei der Ermessensausübung des OTP, *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 299; *Galbraith*, Michigan JIL 31 (2009), 79, 142 – 143; *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 195 – 197.

1529 *Fronza/ Malarino*, ZStW 118 (2006), 927, 941; *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, § 14 Rn. 18; *Schlütter*, Developments in Customary International Law, S. 95 – 96.

1530 *Hoffmeister/ Knoke*, ZaöRV 59 (1999), 785, 786; *Kirsch/ Holmes*, American JIL 93 (1999), 2, 8 – 9.

1531 *Arsanjani*, American JIL 93 (1999), 22, 27; *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 591 – 593; *Côté*, JICJ 3 (2005), 162, 178.

1532 *Guariglia*, in: Lee (Hrsg.), The Making of the Rome Statute, 227, 230.

1533 *Cassese*, European JIL 10 (1999), 144, 162; *Cryer et al.*, An Introduction to ICL and Procedure, S. 366; *El Zeidy*, CLF 19 (2008), 35, 56; *Knoops*, CLF 15 (2004), 365, 376.

1534 *Dukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 716; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 603 Fn. 85; *Stahn*, JICJ 3 (2005), 695, 717.

1535 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), International Criminal Procedure, 131, 145; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 369.

Während der Erarbeitung der Reg. OTP kam das Thema erneut auf. Die eingesetzte Expertengruppe sah sich nicht in der Position zur Erarbeitung einer Definition der Interessen der Gerechtigkeit, nannte aber unter anderem den Einfluss strafrechtlicher Verfahren auf Friedens- und Heilungsprozesse als möglichen Inhalt.¹⁵³⁶ Dass die Experten derartige Aspekte als möglichen Bestandteil der Interessen der Gerechtigkeit sahen, ist ein weiteres Indiz für ein weites Verständnis der Klausel. Obwohl den ergänzenden Auslegungsmaterialien kein konkreter Inhalt zu den Interessen der Gerechtigkeit zu entnehmen ist, bestätigen sie das Auslegungsergebnis einer grundsätzlich offen zu verstehenden Opportunitätsklausel.¹⁵³⁷

cc) Geschriebene Kriterien

Aus der Tatsache, dass die Vertragsstaaten einige Kriterien innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit ausdrücklich festgeschrieben haben, folgt deren erhöhte Relevanz.¹⁵³⁸ Die Formulierungen in Art. 53 I 2 c ICCSt und in Art. 53 II c ICCSt sind jeweils darauf ausgerichtet, dass das OTP die Interessen der Gerechtigkeit jedenfalls unter Mitberücksichtigung der explizit geschriebenen Kriterien beurteilen muss.¹⁵³⁹

(1) Relative Schwere

Das bereits während der Zulässigkeitsbeurteilung relevante Schwerekriterium wird sowohl in Art. 53 I 2 c ICCSt als auch in Art. 53 II c ICCSt an erster Stelle genannt und ist ein wesentlicher Faktor innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit.¹⁵⁴⁰ Die einzelnen Elemente, aus denen sich die Schwere innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit zusammensetzt, entsprechen inhaltlich denjenigen der hinreichenden Schwere des Art. 17 I d ICCSt,¹⁵⁴¹ na-

1536 Draft Reg. 12 II c Annotated Draft Reg. OTP (3 June 2003), Fn. 79.

1537 Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 369.

1538 Murphy, CLF 17 (2006), 281, 292.

1539 Poltronieri Rosetti, JICJ 17 (2019), 585, 597 – 598; vgl. auch die Überschriften des OTP zu den geschriebenen und ungeschriebenen Kriterien, ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 4, 7.

1540 Murphy, CLF 17 (2006), 281, 292; Turone, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1153; Webb, CLQ 50 (2005), 305, 326 – 327.

1541 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 5; De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 258.

mentlich und nicht abschließend: Das Ausmaß, die Natur, die Art der Begehung und die Auswirkungen der Verbrechen (vgl. Reg. 29 II Reg. OTP).¹⁵⁴² Das wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis die Schwerebegriffe der Zulässigkeitsprüfung auf der einen und der Interessen der Gerechtigkeit auf der anderen Seite zueinander stehen.

Turone argumentiert, die Schwere innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit sei gegenüber derjenigen des Art. 17 I d ICCSt spezieller, sodass eine Entscheidung des OTP gegen Ermittlungen oder Strafverfolgung allein wegen nicht hinreichender Schwere als Entscheidung auf Grundlage der Interessen der Gerechtigkeit zu sehen sei.¹⁵⁴³ Diese Sicht steht allerdings im Widerspruch zu der Tatsache, dass Art. 53 I 2 b ICCSt und Art. 53 II b ICCSt auf die gesamte Zulässigkeitsprüfung des Art. 17 ICCSt verweisen und nicht ausschließlich auf die Voraussetzungen der Komplementarität. Komplementarität und hinreichende Schwere bilden gemeinsam die Zulässigkeit.¹⁵⁴⁴

Eine weitere Rechtsauffassung betrachtet bereits die hinreichende Schwere in Art. 17 I d ICCSt als Opportunitätsvorschrift und nicht als Mindestschwelle.¹⁵⁴⁵ Diese Sicht scheint bisweilen das OTP eingenommen zu haben, wobei sein Vorgehen sehr uneinheitlich und wenig transparent ist.¹⁵⁴⁶ In der Vergangenheit hat es die Schwere potenzieller Fälle innerhalb einer Situation,¹⁵⁴⁷ die Schwere verschiedener Situationen als Ganzes¹⁵⁴⁸ und die Schwere potenzieller Fälle einer Situation mit konkretisierten Fällen

1542 ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic II*, Article 53(I) Report (24 September 2014), para. 252; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritization* (15 September 2016), para. 37.

1543 *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1154.

1544 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest (10 February 2006), para. 29; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 52; *Ambos/ Bock*, in: *Reydams/Wouters/ Ryngaert* (Hrsg.), *International Prosecutors*, 488, 536.

1545 *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 21.

1546 *Bådagård/ Klamberg*, *Georgetown JIL* 48 (2017), 639, 715; *Schabas*, *Marshall LR* 43 (2010), 535, 548 – 549.

1547 Vgl. die Gewichtung der Verbrechen durch die Taliban und den sogenannten IS in Afghanistan, ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Afghanistan* (27 September 2021); zu Verbrechen der LRA in Uganda, ICC-OTP, *Statement by the Chief Prosecutor on the Uganda Arrest Warrants* (14 October 2005), S. 2 – 3; *Dicker*, in: *Bergsmo* (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 267, 272.

1548 ICC-OTP, *Response to Communications Concerning Iraq* (9 February 2006), S. 9; kritisch, *Schabas*, *IJC* 6 (2008), 731, 741.

einer anderen Situation miteinander verglichen.¹⁵⁴⁹ Teilweise hat das OTP dabei explizit die Zulässigkeit aufgrund vergleichsweise geringer Schwere verneint.¹⁵⁵⁰

Tatsächlich bieten allein die Interessen der Gerechtigkeit Raum für derart weitgehende Opportunitätserwägungen im Hinblick auf das Schwerekriterium. Weiter oben wurde gezeigt, dass die Schwerebeurteilung innerhalb einer Zulässigkeitsprüfung der Feststellung einer hinreichenden Schwere im Sinne einer niedrig anzusetzenden Mindestschwelle dient.¹⁵⁵¹ Bei der Einleitung der Ermittlungen ist die Schwelle erreicht, sobald ein potenzieller Fall innerhalb der Situation hinreichend schwer ist;¹⁵⁵² im Vorfeld der Strafverfolgung prüft das OTP den jeweiligen konkretisierten Fall.¹⁵⁵³ Innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit erfüllt die Schwere eine andere Funktion. Sie stellt keine Mindestschwelle, sondern ein Abwägungskriterium dar.¹⁵⁵⁴

Im Rahmen des Art. 17 I d ICCSt endet der Beurteilungsspielraum des OTP, sobald die erforderliche Mindestschwelle erreicht ist.¹⁵⁵⁵ Innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit beurteilt das OTP die Schwere weitreichender. Je weiter die Schwere einer Sache über ihre im Zuge der Zulässigkeitsprüfung festgestellte hinreichende Mindestschwere hinausreicht, desto weniger liegt eine Verfahrenseinstellung im Interesse der Gerechtigkeit. Das OTP kann dabei verschiedene Situationen und Fälle hinreichender Schwere miteinander vergleichen und in ein Verhältnis zueinander setzen, weswegen dieser Ansatz in Abgrenzung zur hinreichenden Schwere des

1549 ICC-OTP, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, Article 53 (1) Report (6 November 2014), para. 145; hierzu kritisch, Longobardo, JICJ 14 (2016), 1011, 1027.

1550 ICC-OTP, *Response to Communications Concerning Iraq* (9 February 2006), S. 9; ICC-OTP, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, Article 53 (1) Report (6 November 2014), para. 148.

1551 Näher bereits unter (D. III. 2. c) bb).

1552 Näher bereits unter (D. III. 2. c) ee)).

1553 Näher bereits unter (D. III. 2. c) ff)).

1554 *De Meester*, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S.253 – 254; *Murphy*, CLF 17 (2006), 281, 292; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 597 – 598; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 332 – 335; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 297; eine Abwägung der Schwere gegen die Interessen der Gerechtigkeit annehmend, *De Guzman*, *Fordham ILJ* 32 (2008), 1400, 1413.

1555 *De Meester*, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 255.

Art. 17 I d ICCSt bisweilen auch als relative Schwere bezeichnet wird.¹⁵⁵⁶ Beide Schwerebegriffe enthalten Beurteilungsspielräume.¹⁵⁵⁷

Speziell für Art. 53 I 2 c ICCSt bietet sich ein erweitertes Bezugsobjekt der Entscheidungsfindung an. Während das OTP bei der Zulässigkeitsprüfung allein potenzielle Fälle einer Situation betrachtet, ist im Kontext der relativen Schwere eine Beurteilung der Situation als Ganzes und des ihr zugrundeliegenden Konflikts eine denkbare Option. Auf diese Weise kann das OTP eine Situation auch dann mit höherer oder geringerer Schwere beurteilen, wenn einzelne potenzielle Fälle für sich genommen anders zu bewerten wären. Das OTP entscheidet im Rahmen des Art. 53 I ICCSt nämlich immer über die Einleitung der Ermittlungen in einer Situation als Ganzes.¹⁵⁵⁸

Vor diesem Hintergrund sollte dem OTP auch die Beurteilung der Situation als Ganzes möglich sein. Da bei den übrigen Buchstaben bereits der Verdacht der Begehung eines einzelnen Verbrechens sowie die Zulässigkeit eines einzelnen potenziellen Falls zu einer Positivbeurteilung der Situation als Ganzes führt,¹⁵⁵⁹ bieten allein die Interessen der Gerechtigkeit Raum für eine derartige Beurteilung. Denkbar ist beispielsweise eine Konstellation, in der ein Konflikt als Ganzes eine starke Reaktion innerhalb der internationalen Gemeinschaft hervorruft (*social alarm*), aber einzelne potenzielle Fälle nur knapp die hinreichende Mindestschwelle des Art. 17 I d ICCSt erreichen. Indem das OTP im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit die Situation als Ganzes abseits der einzelnen potenziellen Fälle beurteilt,

1556 *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 48 – 49; *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1413 – 1415; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 332 – 335; *Stegmiller*, ICLR 9 (2009), 547, 564.

1557 Näher zu den Beurteilungsspielräumen im Rahmen der hinreichenden Schwere bereits unter (D. III. 2. c) dd)); gegen Beurteilungsspielräume im Rahmen des Art. 17 I d ICCSt, *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 49; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 332.

1558 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 63; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 60.

1559 Vgl. zum Verdacht, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 13; zur Zulässigkeit, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 97.

kann es der Situation eine höhere Schwere beimessen als es bei einzelnen potenziellen Fällen möglich wäre. Dabei dürfte es sich allerdings um ein eher theoretisches Szenario handeln.

(2) Interessen der Opfer

Es wurde bereits gezeigt, dass die Interessen der Opfer im Grundsatz für Ermittlungen und Strafverfolgungen sprechen.¹⁵⁶⁰ Bei ihrer Berücksichtigung innerhalb des Art. 53 I 2 c ICCSt sind sie konsequenterweise gegen die wesentlichen Gründe einer Verfahrenseinstellung abzuwägen.¹⁵⁶¹ Das ergibt sich aus der grammatikalischen Stellung und dem Wort „dennoch“.¹⁵⁶² Trotzdem kann das Interesse der Opfer an Ermittlungen und Strafverfolgungen unter Umständen gering sein. Zusätzlich sind die Opferinteressen nicht in jeder Konstellation gleich, sondern durchaus divers. So schreibt das OTP im *Policy Paper on the Interests of Justice*, dass es die jeweiligen Sichtweisen der Opfer, ihrer Gemeinschaft sowie der betroffenen Gesellschaft berücksichtigt, um die Interessen der Opfer zu beurteilen.¹⁵⁶³ Die dazu notwendigen Informationen erlangt es von den unmittelbar betroffenen Personen sowie von Repräsentanten lokaler Gemeinschaften, von staatlichen Stellen oder NGOs.¹⁵⁶⁴

Die Rechtsprechung hat die Interessen der Opfer einer Situation in verschiedenen Autorisierungsentscheidungen als Bestätigung dafür angesehen, dass keine wesentlichen Gründe gegen die Interessen der Gerechtigkeit i.S.d. Art. 53 I 2 c ICCSt zu erkennen seien.¹⁵⁶⁵ Einen offenbar anderen

1560 Näher bereits unter (D. II. 4. b)).

1561 Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 248 – 251; Van Heeck, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 190.

1562 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 5; anders, Webb, CLQ 50 (2005), 305, 329 – 330.

1563 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 5.

1564 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–4, Request for Authorisation of an Investigation (13 October 2015), paras. 339 – 334; ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 6.

1565 ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11–14–Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), paras. 207 – 208; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 58; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 190; ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–27, Decision on the Authorisation of an

Weg wählte lediglich die PTC II in ihrer Entscheidung gegen die Autorisierung von Ermittlungen in Afghanistan. Ohne Berücksichtigung konkreter Opferstimmen verneinte sie das Interesse der Opfer, weil Verfahren ohne Erfolgsaussichten zu Frustration führten.¹⁵⁶⁶ Dabei ist die Schlussfolgerung, dass Ermittlungen mit geringer Erfolgsaussicht zwangsläufig in Frustration enden, nicht zwingend, da Ermittlungen zumindest die Chance auf eine Strafverfolgung erhöhen.¹⁵⁶⁷

Es scheint zudem, dass die Kammer die Interessen der Opfer lediglich abstrakt in ihre Abwägung einbezogen hat.¹⁵⁶⁸ Die AC betitelte diese Herangehensweise der PTC II als spekulativ und monierte die fehlende Einbeziehung expliziter Opferstimmen.¹⁵⁶⁹ In dem Zusammenhang ist allerdings zu bedenken, dass die Opferinteressen im Kontext des Art. 53 I 2 c ICCSt nur im Hinblick auf die Situation und nicht hinsichtlich eines konkreten oder konkretisierten Falls beurteilt werden.¹⁵⁷⁰ Dabei steht das OTP vor dem Dilemma, dass es nur einen Teil der konkreten Opferstimmen berücksichtigen kann.¹⁵⁷¹ Darüber hinaus sind zahlreiche Opfer noch unbekannt. Bei der Entscheidung für oder gegen die Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation scheint die Heranziehung abstrakter Opferstimmen durchaus möglich, etwa durch Kooperationen mit relevanten NGOs.¹⁵⁷²

Im Rahmen des Art. 53 II c ICCSt beurteilt das OTP die Interessen der Opfer eines konkretisierten Falls, sodass tendenziell individuellere Opferinteressen in Betracht zu ziehen sind.¹⁵⁷³ Insoweit hat das OTP zu berücksichtigen, dass den Opfern Beteiligungs- und Wiedergutmachungs-

Investigation (14 November 2019), para. 119; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 592.

1566 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 96.

1567 Vgl. den Standpunkt der Opfervertretung, ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), para. 82.

1568 *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 598.

1569 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 49.

1570 *Kotecha*, JICJ 18 (2020), 107, 130.

1571 Von einem Versuch der Ermittlung möglichst umfassender konkreter Opferstimmen schreibend, ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-4, Request for Authorisation of an Investigation (13 October 2015), para. 339.

1572 Vgl. *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 6.

1573 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 426.

rechte zustehen,¹⁵⁷⁴ die gegen eine Verfahrenseinstellung sprechen können. Auch das Gerechtigkeitsinteresse der Opfer kann einer Einstellung entgegenstehen.¹⁵⁷⁵ Gleichzeitig sind die Interessen der Opfer bei der Abwägung innerhalb des Art. 53 II c ICCSt nicht ausschließlich auf Seiten der Durchführung von Strafverfolgung zu berücksichtigen, da der Begriff „dennoch“ in diesem Absatz fehlt.¹⁵⁷⁶

Beispielsweise kann die Verpflichtung des Gerichts und seiner Organe, die Sicherheit, das körperliche und seelische Wohl, die Würde und die Privatsphäre von Opfern und Zeugen zu schützen (Art. 68 I ICCSt),¹⁵⁷⁷ unter Umständen gegen ein Strafverfahren sprechen. Das OTP berücksichtigt außerdem gem. Art. 54 I b ICCSt die Interessen und persönlichen Lebensumstände der Opfer und Zeugen.¹⁵⁷⁸ Jene Aspekte fließen als Opferinteresse in die Interessen der Gerechtigkeit ein.¹⁵⁷⁹ Sie können gegebenenfalls ebenso zu einer Negativbeurteilung führen.

(3) Alter oder Gebrechlichkeit in Art. 53 II c ICCSt

Das Alter oder die Gebrechlichkeit des angeblichen Täters sind allein in Art. 53 II c ICCSt genannt. Dieser Umstand erklärt sich durch die im Vergleich zum ersten Absatz erhöhte Individualisierung.¹⁵⁸⁰ Es handelt sich

1574 Keenan, Michigan JIL 37 (2016), 421, 468; Klamberg, Nordic JIL 79 (2010), 279, 290; ausführlich, Bock, Das Opfer vor dem IstGH, S. 209 – 602; mit dem Hinweis, dass die Anzahl der tatsächlich an den Verfahren teilnehmenden Opfer oftmals begrenzt ist, Hoven, ZIS 2014, 679, 702.

1575 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), para. 35; ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05–144, Consolidated Statement of the Legal Representatives of the Participating Victims (24 June 2008), para. 44; ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), para. 23; Bock, Das Opfer vor dem IstGH, S. 174; Callavin, King's College LJ 14 (2003), 179, 184; Hoven, ZIS 2014, 679, 685; Silva Sánchez, Pace LR 28 (2008), 565, 883.

1576 De Souza Dias, Leiden JIL 30 (2017), 731, 739.

1577 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–73, Decision on Protective Measures (21 July 2005), S. 3.

1578 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–717, Decision on the Confirmation of Charges (30 September 2008), para. 144.

1579 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 6.

1580 Callavin, King's College LJ 14 (2003), 179, 186; Stegmiller, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 425; Van Heeck, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 329; Webb, CLQ 50 (2005), 305, 330.

um ein primär für den Täter sprechendes, personenspezifisches Kriterium.¹⁵⁸¹ Ist die betroffene Person gesundheitlich geschädigt oder besonders alt, kann die Strafverfolgung gegebenenfalls nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegen.¹⁵⁸² Das gilt selbst dann, wenn es sich um eine hauptverantwortliche Person handelt.¹⁵⁸³ Dabei ist zu bedenken, dass ein hohes Alter allein nicht ausreicht.¹⁵⁸⁴ Ebenso wenig sind Alter oder Gebrechlichkeit mit bloßer Altersschwäche gleichzusetzen, vielmehr geht es um die Frage, ob die Person in der Lage ist, an dem Verfahren teilzunehmen.¹⁵⁸⁵ Unter Umständen sind Alternativen wie beispielsweise eine Reduzierung der Verhandlungszeiten in Betracht zu ziehen.¹⁵⁸⁶ Kann eine Person ihre Verfahrensrechte nicht mehr wahrnehmen, ist ihr Recht auf ein faires Verfahren verletzt, weswegen in einem solchen Fall das Alter oder die Gebrechlichkeit des angeblichen Täters zwingend zu einer Negativbeurteilung der Interessen der Gerechtigkeit führen.¹⁵⁸⁷

Ebenso ist an Fälle zu denken, in denen ein Beschuldigter den Ausgang eines Verfahrens vermutlich nicht mehr erleben wird. Aus der nationalen Rechtsprechung kann insoweit auf den Fall *Honecker* verwiesen werden. Der VGH des Landes Berlin entschied, dass die Menschenwürde¹⁵⁸⁸ bei einem in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten eine Freilassung gebieten kann, wenn dieser mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vor Abschluss des Verfahrens sterben wird.¹⁵⁸⁹ Auf der anderen Seite war der Maßstab der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit äußerst hoch und der VGH Berlin hatte lediglich die Freilassung aus der Untersuchungshaft und keine Einstellung des Verfahrens angeordnet.

Im Fall 002 vor den ECCC führte die Tatsache, dass der Angeklagte *Ieng Sary* dem Prozess zwar folgen konnte, aber dessen Ende vermutlich nicht miterleben würde, nicht zu einer Einstellung des Verfahrens oder zu

1581 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7; *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 459.

1582 *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 41.

1583 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7.

1584 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 427.

1585 *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 330 – 332.

1586 Mit zahlreichen Beispielen, ECCC, *Case 002*, 002/19–09–2007/ECCC/TC, Decision on the Accused *Ieng Sary's Fitness to Stand Trial* (26 November 2012); *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 368.

1587 *Rohrer*, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH*, S. 326.

1588 Näher zur Menschenwürde im Völkerstrafrecht, *Werkmeister*, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, S. 85 – 87.

1589 VGH Berlin NJW 1993, 515.

einer Freilassung.¹⁵⁹⁰ Drei Monate nach der Entscheidung und vor einer Urteilsverkündung starb der Angeklagte. Allein die Tatsache, dass ein Beschuldigter den Ausgang des Verfahrens vermutlich nicht mehr erleben wird, führt vor diesem Hintergrund nicht zu einer zwingen Einstellung des Verfahrens. Sie reduziert den Beurteilungsspielraum des OTP – in den Worten des deutschen Verwaltungsrechts – nicht auf Null, kann allerdings innerhalb der Abwägung als Kriterium zugunsten einer Verfahrenseinstellung berücksichtigt werden.

In der Literatur findet sich überdies der Hinweis auf mögliche Beurteilungsspielräume bei besonders jungen Tätern. So schreibt *Webb*, dass ein besonders junger Täter mit vergleichsweise geringer Verantwortlichkeit unter Umständen nicht mit dem Stigma eines völkerrechtlichen Verbrechers beladen werden sollte.¹⁵⁹¹ Im Fall *Ongwen* wurde außerdem die Tatsache, dass es sich bei dem Täter um einen ehemaligen Kindersoldaten handelte, bei der Strafzumessung berücksichtigt.¹⁵⁹² Je nach Einzelfall könnte das junge Alter des angeblichen Täters auch im Rahmen des Art. 53 II c ICCSt gegen Strafverfolgung sprechen, wenn es sich etwa um eine als Kindersoldat rekrutierte Person handelt, die im Alter von 18 Jahren eine Tat begeht.¹⁵⁹³

(4) Rolle bei den angeblichen Verbrechen in Art. 53 II c ICCSt

Die Rolle des vermeintlichen Täters bei den angeblichen Verbrechen ist das zweite Kriterium, das aufgrund des erforderlichen Fortschritts der Ermittlungen ausschließlich in Art. 53 II c ICCSt genannt wird. Das OTP soll insbesondere diejenigen Personen mit der höchsten Verantwortlichkeit für die Begehung der schwersten Verbrechen verfolgen.¹⁵⁹⁴ Diesem Konzept folgten teilweise bereits die UN-Tribunale, die allerdings zugleich wegen der zahlreichen Verfolgungen von Tätern mit niedriger Ver-

1590 Der Angeklagte verfolgte das Verfahren liegend und audiovisuell aus der Krankenzelle, ECCC, *Case 002*, 002/19–09–2007/ECCC/TC, Decision on the Accused Ieng Sary's Fitness to Stand Trial (26 November 2012), para. 34.

1591 *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 331.

1592 ICC, *Prosecutor v. Ongwen*, ICC-02/04–01/15–1819-Red, Sentence (6 May 2021), para. 65.

1593 Gem. Art. 26 ICCSt hat der ICC keine Gerichtsbarkeit über Personen, die zum Zeitpunkt der Tatbegehung jünger als 18 Jahre sind.

1594 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 42; *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 377 – 379; *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 459 – 460; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 291.

antwortlichkeit kritisiert wurden.¹⁵⁹⁵ Stellt man im Sinne der berüchtigten *Big Fish v. Small Fish*-Debatte die Frage, wessen Strafverfolgung am ehesten im Interesse der Gerechtigkeit liegt, fällt die Wahl grundsätzlich auf den *Big Fish*.¹⁵⁹⁶

Eine untergeordnete Verantwortlichkeit bedeutet jedoch nicht automatisch, dass die Strafverfolgung den Interessen der Gerechtigkeit widerspricht.¹⁵⁹⁷ Art. 53 II c ICCSt enthält gerade nicht die Formulierung „Hauptverantwortlicher“, sondern das neutralere „Rolle bei den angeblichen Verbrechen“.¹⁵⁹⁸ Das differenzierende System des Art. 25 III ICCSt darf nicht unterlaufen werden, wobei der konkrete Grad der Verantwortlichkeit ohnehin erst im Wege einer Hauptverhandlung festgestellt werden kann.¹⁵⁹⁹ Die Verfolgung eines Hauptverantwortlichen für die Begehung eines besonders leichten Verbrechens kann unter Umständen nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegen, die Verfolgung einer Person mit geringer Verantwortlichkeit für die Begehung eines besonders schweren Verbrechens hingegen schon.¹⁶⁰⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint auch der Sinngehalt der *Big Fish v. Small Fish*-Debatte zweifelhaft.

Vielmehr bietet sich die Frage an, wann die Rolle einer Person bei den Verbrechen gering genug ist, um eine Verfahrenseinstellung aus Gründen der Interessen der Gerechtigkeit bewirken zu können. So kann etwa die Strafverfolgung eines bloßen Teilnehmers nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegen, wenn sich die eigentlichen Täter außerhalb der Reichweite der Justiz befinden und ein Verfahren zusätzlich die Sicherheit von Opfern und Zeugen gefährden würde.¹⁶⁰¹ In einer solchen Konstellation wäre die Verfolgung einer Person mit einer geringen Rolle bei den Verbrechen auch nicht deswegen zu rechtfertigen, weil im Zuge des Verfahrens Informatio-

1595 Cassese, JICJ 2 (2004), 585; *De Vlaming*, in: Reydamas et al. (Hrsg.), *International Prosecutors*, 542, 569 – 571; O'Brien, JICJ 3 (2012), 525, 527 – 528.

1596 O'Brien, JICJ 3 (2012), 525, 527 – 528; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 291; kritisch hierzu, *Ferdinandusse/ Whiting*, JICJ 19 (2021), 759, 781.

1597 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7.

1598 *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 428.

1599 Vgl. zum Schwerekriterium, ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritization* (15 September 2016), paras. 42 – 43; *Guariglia/ Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 361; *Pues*, ICLR 17 (2017), 960, 980 – 981.

1600 In diese Richtung auf die Möglichkeit einer Betrachtung der handelnden Person oder des begangenen Verbrechens hinweisend, *Lafontaine/ Magnoux*, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 259, 272 – 275.

1601 *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 42.

nen zu einer hauptverantwortlichen Person zutage treten könnten, deren Handlungen Gegenstand eines späteren Verfahrens wären.¹⁶⁰²

Im Fall einer hauptverantwortlichen Person liegt eine Verfahrenseinstellung zwar nicht automatisch außerhalb der Interessen der Gerechtigkeit,¹⁶⁰³ eine hohe Verantwortlichkeit spricht allerdings prinzipiell zugunsten eines Verfahrens. Dabei ist der Begriff der Verantwortlichkeit nicht eindeutig definiert. Das OTP hat in manchen Konstellationen aktiv handelnde Personen und in anderen Konstellationen die Hintermänner als Personen mit höchster Verantwortlichkeit behandelt.¹⁶⁰⁴ Entscheidend sind die jeweiligen Umstände.¹⁶⁰⁵ Der rein rechtlichen Stellung einer Person in der Hierarchieebene kommt demgegenüber eine untergeordnete Bedeutung zu.¹⁶⁰⁶ Wie bei den übrigen Kriterien der Interessen der Gerechtigkeit kommt es auch hier nicht ausschließlich auf einen einzelnen Aspekt an. Im *Policy Paper on the Interests of Justice* beschreibt das OTP die Faktoren zur Bestimmung der Rolle bei den angeblichen Verbrechen wie folgt:

*“Factors to be taken into account include the alleged status or hierarchical level of the accused or implication in particularly serious or notorious crimes. That is, the significance of the role of the accused in the overall commission of crimes and the degree of the accused’s involvement (actual commission, ordering, indirect participation).”*¹⁶⁰⁷

dd) Ungeschriebene Kriterien

Neben den ausdrücklich genannten Kriterien enthalten die Interessen der Gerechtigkeit ungeschriebene Faktoren, die das OTP berücksichtigen

1602 ICC-OTP, *Strategic Plan June 2012–2015* (11 October 2013), para. 22.

1603 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7.

1604 Zu unmittelbar handelnden Personen, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–99-Anx1, Final Decision of the Prosecutor concerning the Article 53(1) Report (2 December 2019), para. 24; zu Hintermännern, *Seils*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 305, 317.

1605 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–99-Anx1, Final Decision of the Prosecutor concerning the Article 53(1) Report (2 December 2019), para. 21.

1606 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 43.

1607 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7.

kann.¹⁶⁰⁸ Im Folgenden kann lediglich ein kursorischer Überblick über mögliche Kriterien gegeben werden, der keinesfalls als abgeschlossen verstanden werden soll.

(1) Kriterien der PTC II

Explizite und detaillierte Ausführungen zum Inhalt der Interessen der Gerechtigkeit tätigte die PTC II im Zuge ihrer Ablehnung der Einleitung formaler Ermittlungen in Afghanistan. Die Entscheidung der PTC II mag in vielerlei Hinsicht zu kritisieren sein und wurde zurecht von der AC aufgehoben.¹⁶⁰⁹ Ihre Ausführungen zum Inhalt der Interessen der Gerechtigkeit, zu denen die AC nur peripher Stellung bezog,¹⁶¹⁰ sind allerdings in wesentlichen Teilen zustimmungswürdig. Die Interessen der Gerechtigkeit seien demzufolge jedenfalls auch als Schutz der Funktion und Legitimität des Gerichts zu verstehen. Wenn das fragliche Verfahren von vornherein aussichtslos sei und dennoch in Individualrechte eingreife, widerspreche es den in der Präambel formulierten Zielen.¹⁶¹¹ Diese Erwägungen überzeugen. Sie entsprechen dem in Abs. II Präambel ICCSt formulierten Ziel der Gewährleistung einer dauerhaften Achtung und Durchsetzung der internationalen Rechtspflege.¹⁶¹² Bereits während der Erarbeitung der Reg. OTP wurde zudem darüber diskutiert, ob eine Gefährdung der Legitimität des Gerichts im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit zu berücksichtigen

1608 ICC, *Situation in Afghanistan*, ICC-02/17–33-Anx-Corr, Concurring and Separate Opinion of Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua (31 May 2019), para. 37; *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 186; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 737; näher bereits unter (D. III. 3. c) bb)).

1609 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), paras. 47 – 50.

1610 Die Ausführungen der PTC II als spekulativ bezeichnend und die Nichteinbeziehung der Opferinteressen durch die PTC monierend, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 49.

1611 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 33 – 34.

1612 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 4; ohne konkreten Bezug auf die Präambel, *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 358.

sein sollte.¹⁶¹³ Problematisch ist allerdings, dass Legitimität ein perspektivenabhängiges und subjektives Konzept ist, zu dem sich schwer ein allgemeinverbindlicher Maßstab finden lässt.¹⁶¹⁴

Sind die Ausführungen der PTC II zum Schutz der Funktion und Legitimität des Gerichts als Inhalt der Interessen der Gerechtigkeit stimmig, ist ihr Maßstab hingegen zu streng: “[A]n investigation would only be in the interests of justice if prospectively it appears suitable to result in the effective investigation and subsequent prosecution of cases within a reasonable time frame.”¹⁶¹⁵ In ihrem Fokus auf die Effektivität der Verfahren ging die PTC II sogar noch einen Schritt weiter. Weil sich der ICC nicht mit sämtlichen völkerrechtlichen Verbrechen befassen könne, müsse sich das OTP auf diejenigen Szenarien beschränken, in denen die Aussichten auf erfolgreiche und sinnvolle Ermittlungen ernsthaft und substantziell seien.¹⁶¹⁶ Dabei handelt es sich allerdings um Aspekte des Ressourcenmanagements, welche dem OTP vorbehalten sind.¹⁶¹⁷ Im Übrigen fehlen vertiefte Ausführungen zur Schwere der Verbrechen und der Interessen der Opfer sowie zu deren Gewichtung.¹⁶¹⁸ Stattdessen nannte die Kammer Faktoren, anhand derer der Erfolg der Verfahren prognostiziert werden könne:

“(i) [T]he significant time elapsed between the alleged crimes and the Request; (ii) the scarce cooperation obtained by the Prosecutor throughout this time, even for the limited purposes of a preliminary examination, as such based on information rather than evidence; (iii) the likelihood that both relevant evidence and potential relevant suspects might still be

1613 “[The interests of justice] could comprise the following factors: [...] (c) the start of an investigation would bring the law into disrepute.”, Draft Reg. 12 II c Annotated Draft Reg. OTP (3 June 2003), Fn. 79; ähnlich das OTP: “Thus, conceivable instances where action would not be in the interests of justice could be where the action [...] could bring the administration of justice into disrepute.”, ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 4 Fn. 8.

1614 Danner, *American JIL* 97 (2003), 510, 536; Davis, *ICLR* 15 (2015), 170, 187.

1615 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 89.

1616 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 90.

1617 Poltronieri Rosetti, *JICJ* 17 (2019), 585, 596.

1618 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 49; Poltronieri Rosetti, *JICJ* 17 (2019), 585, 598.

*available and within reach of the Prosecution's investigative efforts and activities at this stage.*¹⁶¹⁹

Mit Blick auf das Ziel des Schutzes der Funktionalität und Legitimität des Gerichts ergeben diese Faktoren Sinn. Hinsichtlich des Zeitfensters zwischen der Begehung der Verbrechen und der Einleitung eines Verfahrens ist zwar zu bedenken, dass die Verbrechen nach dem ICCSt keiner Verjährung unterliegen, weswegen das OTP keiner konkreten Frist für die Einleitung und den Abschluss von Verfahren unterworfen ist.¹⁶²⁰ Gleichzeitig muss das OTP aber gem. Art. 54 I b ICCSt wirksame Ermittlungen und Strafverfolgungen gewährleisten, was auf einen möglichst zügigen Abschluss der Verfahren hinausläuft.¹⁶²¹ Des Weiteren kann das Interesse an der strafrechtlichen Aufarbeitung völkerrechtlicher Verbrechen unter Umständen mit der Zeit sinken.¹⁶²²

Das Prognoseindiz der Kooperation des von den Verfahren betroffenen Staats mit dem OTP ergibt insoweit Sinn, als dass der ICC auf die Kooperation angewiesen ist.¹⁶²³ In gewissen Konstellationen kann eine Verfahrenseinstellung aufgrund mangelnder Kooperation sogar der Beendigung der Straflosigkeit dienen. Wenn der primär zuständige Staat durch Untätigkeit seine eigenen Verfahren an den ICC delegiert, kann die Einstellung des Verfahrens durch das OTP den Staat gegebenenfalls zu einem anderen Verhalten bewegen.¹⁶²⁴ Ein an Strafverfolgung grundsätzlich interessierter Staat kann durchaus ein Interesse daran haben, dass ein Verfahren vor den Augen der internationalen Öffentlichkeit vor dem ICC und nicht vor einem nationalen Gericht geführt wird. Bleibt der Staat untätig, wäre das

1619 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 91.

1620 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 14; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 24 Fn. 33.

1621 *Pues*, JICJ 15 (2017), 435, 444 – 445.

1622 *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 373; mit dem Hinweis, dass ein Sinken des Aufarbeitungsinteresses mit der Zeit nicht zwingend ist, *Hoven*, ZIS 2014, 679, 689.

1623 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 25; ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 2; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 11 – 12; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 336 – 338.

1624 *De Meester*, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 260.

Verfahren vor dem ICC zulässig. Entscheidet sich das OTP nunmehr auf Grundlage der Interessen der Gerechtigkeit gegen Strafverfolgung, würde der Staat seinerseits tätig werden, da er ein Interesse an der Strafverfolgung hat.

Auf der anderen Seite besteht das Risiko, dass der von den Ermittlungen betroffene Staat die Beurteilung der Interessen der Gerechtigkeit durch Nichtkooperation beeinflusst und auf diese Weise eine Verfahrenseinstellung herbeiführt.¹⁶²⁵ Als Negativbeispiel lässt sich die Situation in Kenia anführen. Der Staat verweigerte in weiten Teilen eine Kooperation mit dem Gericht.¹⁶²⁶ Die Ankündigung des OTP, keine weiteren Verfahren in der Situation mehr führen zu wollen,¹⁶²⁷ ließe sich vor dem Hintergrund des Kriteriums fehlender Kooperation als Kapitulation kritisieren. Ähnlich steht es um das Kriterium der Verfügbarkeit von Beweisen und verdächtiger Personen. Das OTP berücksichtigt beides im Rahmen der Fallselektion und der *Situation Completion*,¹⁶²⁸ wenn auch ohne konkrete Bezugnahme auf die Interessen der Gerechtigkeit. Auch hier besteht die Gefahr einer Einflussnahme auf die Beurteilung der Klausel. Die Erfolgsprognose kann vor diesem Hintergrund kein alleinstehendes Entscheidungskriterium darstellen.¹⁶²⁹

(2) Strafzwecke

Trotz der Vielfältigkeit der in der Präambel genannten Ziele des Statuts bleibt der ICC ein Strafgericht. Aus diesem Grund bedenkt das OTP bei der Ausübung seiner Opportunität die normativen Grundlagen der Bestrafung mit.¹⁶³⁰ Dem Gedanken retributiver Gerechtigkeit folgend soll das Recht gewährleisten, dass diejenigen, die Unrecht verwirklicht haben, eine

1625 Poltronieri Rosetti, JICJ 17 (2019), 585, 600.

1626 Vgl. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-156, Prosecution's Application to Dismiss the Victims' Request (25 August 2015), para. 25.

1627 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Republic of Kenya* (27 November 2023).

1628 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 51; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 43.

1629 So auch das OTP zur Entscheidung über die Einleitung formaler Ermittlungen, ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 70.

1630 Danner, *American JIL* 97 (2003), 510, 543; Rohrer, *Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH*, S. 240.

dem Unrecht entsprechende Bestrafung erhalten.¹⁶³¹ Daneben sind relative Straftheorien zu nennen, die den gesellschaftlichen Zweck der Bestrafung in der Verhinderung erneuter Verletzungen von Rechtsgütern sehen.¹⁶³² Strafe kann sowohl resozialisierend im Sinne positiver Spezialprävention wirken, als auch den Täter im Sinne negativer Spezialprävention von der Begehung weiterer Taten abschrecken.¹⁶³³ Ein weiterer Zweck liegt in der Abschreckung anderer potenzieller Täter im Wege negativer Generalprävention.¹⁶³⁴ Ebenso gesellschaftsfokussiert ist der Gedanke positiver Generalprävention, wonach Strafe zu einer Normstabilisierung führen und das Vertrauen in die bestehende Ordnung stärken soll.¹⁶³⁵ Andere Theorien legen den Fokus auf einen angemessenen kommunikativen Umgang mit begangenen Unrecht¹⁶³⁶ oder auf die Genugtuungsfunktion für die Opfer.¹⁶³⁷

Für das Völkerstrafrecht hat sich trotz vieler Diskussionen bislang keine eindeutige Theorie etabliert.¹⁶³⁸ Die Rechtsprechung legt der Strafzumessung in erster Linie die Gedanken der Retribution, der Abschreckung des Täters und anderer Personen sowie der Rehabilitation zugrunde, wobei sie Letzterer ein geringeres Gewicht beimisst.¹⁶³⁹ Sämtlichen Strafzwecken

-
- 1631 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 33; *Keenan*, Michigan JIL 37 (2016), 421, 449; *Möller*, *Völkerstrafrecht und IStGH*, S. 438.
- 1632 *Hörnle*, *Straftheorien*, S. 22; zur utilitaristischen Grundlage relativer Straftheorien, *Tallgren*, *European JIL* 13 (2002), 561, 569.
- 1633 *Hörnle*, *Straftheorien*, S. 22 – 26; *Roxin/ Greco*, *Strafrecht AT I*, § 3 Rn. 11; kritisch, *Freund/ Rostalski*, *Strafrecht AT*, § 1 Rn. 13 – 16.
- 1634 *Schmidhäuser*, in: Zayik et al. (Hrsg.), *FS Wolff*, 443, 444.
- 1635 *Duff*, in: Schünemann et al. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 181, 189; *Kindhäuser*, in: *ZStW* 107 (1995), 701, 728 – 729.
- 1636 *Hörnle*, *Straftheorien*, S. 31; *Silva Sánchez*, *Pace LR* 28 (2008), 865, 883.
- 1637 *Silva Sánchez*, *Pace LR* 28 (2008), 865, 883 – 384.
- 1638 *Neubacher*, *NJW* 2006, 966, 968; zur Strafbefugnis der internationalen Gemeinschaft, *Ambos*, *Oxford JIL* 33 (2013), 293; *Gierhake*, *ZIS* 2008, 354, 360; zur Reformulierung nationaler Straftheorien für das Völkerstrafrecht, *Werkmeister*, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, S. 380 – 381; empirisch, *Jo/ Simmons*, *International Organization* 70 (2016), 443, 468 – 470.
- 1639 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04–01/07–3484-tENG-Corr, Decision on Sentence (23 May 2014), para. 38; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05–01/08–3399, Decision on Sentence (21 June 2016), para. 11; ICC, *Prosecutor v. Al-Mahdi*, ICC-01/12–01/15–171, Judgment and Sentence (27 September 2016); para. 67; ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04–02/06–2442, Sentencing Judgment (7 November 2019), paras. 10; ICC, *Prosecutor v. Ongwen*, ICC-02/04–01/15–1819-Red, Sentence (6 May 2021), para. 60; vgl. auch, ICTY, *Prosecutor v. Erdemovic*, IT-96–22-T, Sentencing Judgement (26 November 1996) para. 60; *Tallgren*, *European JIL* 13 (2002), 565 – 567.

ist ihre geringe Wirkung im Kontext von Massengewalt gemein, was vor allem an der höchst selektiven Strafverfolgung, dem zeitlichen Abstand zwischen begangener Tat und Verfahren sowie an der „Normalität“ der Gewalt liegt.¹⁶⁴⁰ Dadurch verringert sich die präventive Wirkung von Strafe.¹⁶⁴¹ Auch die Frage der Angemessenheit einer Bestrafung der schwersten Verbrechen, welche die Menschheit als Ganzes betreffen, gestaltet sich als problematisch.¹⁶⁴² Im Kontext der Interessen der Gerechtigkeit sind die Strafzwecke einer verstärkten Prognose ausgesetzt, weil die Schuld des Täters und die Strafwürdigkeit des in Frage stehenden Verhaltens noch nicht festgestellt wurden. Soweit die Theorien eine Individualisierung des potenziellen Täters erfordern, kommt darüber hinaus nur Art. 53 II c ICCSt für eine Berücksichtigung der Straftheorien in Betracht.

(3) Friedenserwägungen

Soll strafrechtliche Aufarbeitung innerhalb eines laufenden gewaltsamen Konflikts betrieben werden, besteht das grundlegende Dilemma, dass Frieden und Gerechtigkeit im Widerspruch zueinander stehen können.¹⁶⁴³ Dies kann der Fall sein, wenn sich Personen, gegen die eigentlich ein Strafverfahren betrieben werden müsste, an Friedensverhandlungen beteiligen, die ohne ihre Beteiligung erfolglos verlaufen würden.¹⁶⁴⁴ Gerechtigkeit kann nicht hergestellt werden, solange sich die Täter weiter an den Kampfhandlungen beteiligen.¹⁶⁴⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob die Strafverfahren gegen Personen, die an Friedensverhandlungen teilnehmen oder ihre Waffen niederlegen, unter Umständen nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegen.

Verschiedene Autoren sprechen sich vor dem Hintergrund der Gefahr einer Politisierung der Verfahren sowie des übergeordneten Ziels des ICC

1640 *Bibas/ Burke-White*, Duke LJ 59 (2010), 637, 648; *Clark*, JICJ 7 (2009), 463, 486 – 487; *Damaška*, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 343; *Werkmeister*, Straftheorien im Völkerstrafrecht, S. 186.

1641 *Ambos*, Treatise I, S. 118 – 121; *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 463.

1642 *Koskenniemi*, MPYUNL 6 (2002), 1, 2 – 3; *Neubacher*, NJW 2006, 966, 968.

1643 *Ambos*, in: *Ambos et al.* (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 19, 23; *Rodman*, Leiden JIL 22 (2009), 99, 109.

1644 *Ambos*, in: *Ambos et al.* (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 19, 23; *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 398; *Krzan*, *International Comparative Jurisprudence* 2 (2016), 81, 86.

1645 *Krzan*, *International Comparative Jurisprudence* 2 (2016), 81, 86 – 87; *Rodman*, Leiden JIL 22 (2009), 99, 109.

zur Beendigung der Strafflosigkeit völkerrechtlicher Verbrechen prinzipiell dagegen aus, dass das OTP den Einfluss der Verfahren auf Friedensprozesse berücksichtigen dürfe.¹⁶⁴⁶ Wie bereits gezeigt, sind die Interessen der Gerechtigkeit jedoch ein wertungsgeladener Begriff, der grundsätzlich offen zu verstehen ist.¹⁶⁴⁷ In Abs. 3 Präambel ICCSt sind Frieden, Sicherheit und das Wohl der Welt als Ziele des ICC genannt.¹⁶⁴⁸ Die Möglichkeit zur Einbeziehung von Friedenserwägungen und der Auswirkung der Verfahren auf die regionale Bevölkerung ist keineswegs von vornherein ausgeschlossen.¹⁶⁴⁹ Die Interessen der Gerechtigkeit sind allerdings nicht mit den Interessen des Friedens gleichzusetzen, weswegen Friedenserwägungen nicht *per se* in die Klausel einzubeziehen sind.¹⁶⁵⁰

Frieden und Gerechtigkeit können sich je nach Perspektive gegenseitig bedingen oder im Sinne des *Peace v. Justice*-Verständnisses in Konkurrenz zueinander stehen.¹⁶⁵¹ Gerechtigkeit ist ein wesentlicher Schritt hin zu einem dauerhaften und stabilen Frieden.¹⁶⁵² Gleichzeitig ist die Etablierung von Gerechtigkeit ohne einen gewissen Grad an Frieden nicht möglich.¹⁶⁵³ Ein prinzipieller Vorrang von Frieden gegenüber Gerechtigkeit oder *vice versa* existiert infolgedessen nicht.¹⁶⁵⁴ Maßgeblich ist die jeweilige Situation.¹⁶⁵⁵ Die Teilnahme an Friedensmaßnahmen begründet für sich ge-

1646 *Buchan*, CLF 25 (2014), 465, 502; *Đukić*, IR Red Cross 89 (2007), 691, 699; *Seibert-Fohr*, MPYUNL 7 (2003), 533, 579; *Stahn*, JICJ 3 (2005), 695, 718.

1647 Näher bereits unter (D. III. 3. b)).

1648 *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 293.

1649 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 8; *Danner*, American JIL 97 (2003), 510, 544; *Robinson*, European JIL 14 (2003), 481, 497.

1650 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 69; ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 8.

1651 *Akhavan*, HRQ 20 (1998), 737; *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 397 – 398; *Krzan*, *International Comparative Jurisprudence* 2 (2016), 81; *Ohlin*, in: *Stahn/ Sluiter* (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC*, 185; *Wegner*, *The ICC in Ongoing Intrastate Conflicts*, S. 277.

1652 “[E]nding impunity and preventing mass atrocities with a view to achieving peace, security and the well being of the people”, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 34; *Akhavan*, HRQ 20 (1998), 737, 743; *Vinjamuri*, in: *Stahn* (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 13, 15.

1653 *Krzan*, *International Comparative Jurisprudence* 2 (2016), 81, 86 – 87; *Rodman*, *Leiden JIL* 22 (2009), 99, 109; *Werle/ Keßberger*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 299.

1654 *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 397 – 398; *Werle/ Keßberger*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 299; *Vinjamuri*, in: *Stahn* (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 13, 15.

1655 *Wegner*, *The ICC in Ongoing Intrastate Conflicts*, S. 320.

nommen keine Negativbeurteilung der Interessen der Gerechtigkeit, kann sie aber begünstigen, wohingegen eine aktive Behinderung von Friedensprozessen unter Umständen für eine Positivbeurteilung sprechen kann.¹⁶⁵⁶

Bei der Einbeziehung von Friedenserwägungen in die Interessen der Gerechtigkeit ist die Hauptverantwortung des Sicherheitsrats für die Wahrung und Herstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu berücksichtigen.¹⁶⁵⁷ Konsequenterweise gewährt das Statut dem Sicherheitsrat gem. Art. 16 ICCSt die Kompetenz, unter den Voraussetzungen von Kapitel VII UN-Charter ein Aussetzen der Verfahren herbeizuführen.¹⁶⁵⁸ Aus der primären Verantwortung des Sicherheitsrats lässt sich ein grundlegender Schluss ziehen: Der Sicherheitsrat kann für das OTP zwar nicht rechtsverbindlich feststellen, dass Ermittlungen und Strafverfolgungen im Interesse der Gerechtigkeit liegen.¹⁶⁵⁹ Solange der Sicherheitsrat aber eine Bedrohung oder einen Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung (Art. 39 UN-Charter) durch die von den Ermittlungen und Strafverfolgungen betroffenen Verbrechen feststellt und explizit Strafverfahren befürwortet, kann das OTP ein Verfahren nicht mit der Begründung verneinen, dieses bedrohe den Frieden und liege infolgedessen nicht im Interesse der Gerechtigkeit.¹⁶⁶⁰ Das gilt insbesondere für den Fall, dass der Sicherheitsrat eine Situation nach Art. 13 b ICCSt überwiesen hat.¹⁶⁶¹ Der Beurteilungsspielraum des OTP im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit ist durch die Beurteilungsprärogative des Sicherheitsrats hinsichtlich einer Friedensbedrohung begrenzt.

(4) Transitional Justice-Erwägungen

Mit dem Terminus *Transitional Justice* wird ein Übergangsprozess von einer konfliktbetroffenen hin zu einer friedlichen Gesellschaft mit Blick auf die Aufarbeitung der Vergangenheit bezeichnet, ohne dass eine allge-

1656 Rodman, Leiden JIL 22 (2009), 99, 110.

1657 De Souza Dias, Leiden JIL 30 (2017), 731, 745; Stahn, European JIL 14 (2003), 85, 89 – 90.

1658 Stahn, European JIL 14 (2003), 85, 89 – 90; Trahan, CLF 24 (2013), 414, 435.

1659 Vgl. ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 8.

1660 In diese Richtung auch, Webb, CLQ 50 (2005), 305, 308.

1661 Gegen eine exklusive Beurteilung durch den Sicherheitsrat, De Souza Dias, Leiden JIL 30 (2017), 731, 745.

meingültige Definition besteht.¹⁶⁶² Der Generalsekretär der UN beschreibt den Begriff im Bericht zur Rechtsstaatlichkeit und *Transitional Justice* in Konflikt- und Post-Konfliktgesellschaften als:

*“[T]he full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof [...].”*¹⁶⁶³

Der Gerechtigkeitsbegriff im Kontext von *Transitional Justice* ist weit gefasst, wobei die Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen auf nationaler oder internationaler Ebene in aller Regel ein wesentlicher Bestandteil ist.¹⁶⁶⁴ Innerhalb eines *Transitional Justice*-Prozesses hat der Generalsekretär den UN-Tribunalen zahlreiche Funktionen und Ziele zugeschrieben:

*“[B]ringing to justice those responsible for serious violations of human rights and humanitarian law, putting an end to such violations and preventing their recurrence, securing justice and dignity for victims, establishing a record of past events, promoting national reconciliation, re-establishing the rule of law and contributing to the restoration of peace.”*¹⁶⁶⁵

In der völkerstrafrechtlichen Literatur werden zahlreiche weitere, sich teilweise überschneidende Ziele genannt, die sich ebenfalls dem *Transitional Justice*-Bereich zuordnen lassen. Die wohl umfangreichste Liste mit nicht weniger als 15 Zwecken stammt von Schrag, in der sie neben den oben genannten Zielen nennt: Opfern von Verbrechen eine Stimme zu geben, um rachegetriebene Gewaltspiralen¹⁶⁶⁶ zu beenden; Demonstration individueller statt kollektiver Verantwortlichkeit; Garantie rechtsstaatlicher Verfahren; Verfahren mit Vorbildfunktion für nationale Rechtssysteme; didaktische Funktionen der Verfahren mit Blick auf Erklärungen für Gewalt, schwere Menschenrechtsverletzungen sowie der Geltung des humanitären

1662 Ambos, in: Ambos et al. (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 19, 21 – 23.

1663 UN-SG, *Report of the SG on the Rule of Law and Transitional Justice*, UN Doc S/2004/616 (23 August 2004), para. 8.

1664 Ambos, in: Ambos et al. (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 19, 28 – 29.

1665 UN-SG, *Report of the SG on the Rule of Law and Transitional Justice*, UN Doc S/2004/616 (23 August 2004), para. 38.

1666 In freier Übersetzung des Englischen: Cycle of Violence.

Völkerrechts; Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts.¹⁶⁶⁷ Bereits während der Erarbeitung der Reg. OTP befürworteten die hinzugezogenen Experten, dass das OTP eine potenziell destabilisierende Wirkung von Strafverfahren sowie eine schwere Gefährdung von Heilungs- und Versöhnungsprozessen in die Interessen der Gerechtigkeit einbeziehen solle.¹⁶⁶⁸ Dass der Vorschlag nicht in die finale Fassung der Reg. OTP aufgenommen wurde, bedeutet dabei nicht, dass das Kriterium abzulehnen wäre. Es wurden schlichtweg keinerlei konkrete Kriterien aufgenommen.

Bei einer möglichen Anwendung *Transitional Justice*-bezogener Erwägungen innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit ist eine gewisse Zurückhaltung geboten. Zunächst einmal ist eine derartige Bandbreite schwer zu identifizierender, unkonkreter und kaum zu gewichtender Zwecke wenig praxistauglich.¹⁶⁶⁹ Der Einfluss gerichtlicher Verfahren und anderer Maßnahmen auf eine Gesellschaft ist zudem kaum zu bemessen,¹⁶⁷⁰ geschweige denn zu prognostizieren. Speziell ein Mandat zur historischen Aufarbeitung hat das OTP bereits abgelehnt.¹⁶⁷¹ Dem ist schon deswegen zuzustimmen, weil die in einem Strafurteil festgestellte „Wahrheit“ stets mit Blick auf die gegenständlichen Taten ermittelt wird und nicht den historischen Tatsachen entsprechen muss.¹⁶⁷² Darüber hinaus besteht die Gefahr ausufernder

1667 In freier Übersetzung von, *Schrag*, JICJ 2 (2004), 427, 428.

1668 “[The interests of justice] could comprise the following factors: (a) the start of an investigation would exacerbate or otherwise destabilise a conflict situation; (b) the start of an investigation would seriously endanger the successful completion of a reconciliation or peace process [...]”, Draft Reg. 12 II c Annotated Draft Reg. OTP (3 June 2003), Fn. 79.

1669 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 658 – 659; *Damaška*, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 339 – 340; *Galbraith*, Michigan JIL 31 (2009), 79, 85; *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 37; *Keenan*, Michigan JIL 37 (2016), 421, 474; *Klamberg*, Nordic JIL 79 (2010), 279, 301 – 302; *Schrag*, JICJ 2 (2004), 427, 428; trotz Bekräftigung der Schwierigkeiten einer Gewichtung spricht sich *Damaška* für einen Vorrang didaktischer Zwecke aus, *Damaška*, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 347.

1670 *Wegner*, The ICC in Ongoing Intrastate Conflicts, S. 321.

1671 ICC-OTP, *Prosecutorial Strategy 2009–2012* (1 February 2010), para. 20; ebenfalls kritisch zur historischen aufarbeitung durch Strafgerichte, *Damaška*, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 340 – 343; weniger kritisch, *Keenan*, Michigan JIL 37 (2016), 421, 473.

1672 *Bock*, Das Opfer vor dem IstGH, S. 205; *Keenan*, Michigan JIL 37 (2016), 421, 471; *Klamberg*, Nordic JIL 79 (2010), 279, 290.

Verfahren, wenn ein Strafverfahren ein Bild des breiten historischen Kontexts widerspiegeln soll.¹⁶⁷³

Ebenfalls ist zu bedenken, dass der ICC und die UN-Tribunale hinsichtlich ihres Verhältnisses zur nationalen Gerichtsbarkeit unterschiedlich konstruiert sind.¹⁶⁷⁴ Den UN-Tribunalen wohnte die Kompetenz inne, nationale Verfahren an sich zu ziehen.¹⁶⁷⁵ Am ICC ist ein Verfahren grundsätzlich unzulässig, soweit ein primär zuständiger Staat Strafverfahren führt.¹⁶⁷⁶ Das OTP am ICC kann lediglich die Durchführung nationaler Verfahren im Wege der Strategie der positiven Komplementarität fördern.¹⁶⁷⁷ Ist es damit erfolgreich, kann es die speziell der direkten Durchsetzung des Völkerstrafrechts zugesprochenen Zwecke nicht mehr erfüllen, sofern diese ein Verfahren auf internationaler Ebene voraussetzen. Beispielhaft seien die kommunikative Wirkung der Verfahren gegenüber der internationalen Gemeinschaft, die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts sowie die Vorbildfunktion für das nationale Rechtssystem genannt, welche bei einem Verfahren vor dem ICC stärker zur Geltung kommen dürften als bei einem Verfahren vor einem nationalen Gericht.

Andererseits können sich positive Komplementarität und *Transitional Justice* ergänzen. Das OTP kann mittels der gezielten Einleitung von Verfahren und der Zusammenarbeit mit nationalen Behörden diese zu eigenen Verfahren animieren und dadurch den *Transitional Justice*-Prozess befördern.¹⁶⁷⁸ Je nach Bedeutung eines Strafverfahrens für den gesellschaftlichen Prozess können die Interessen der Gerechtigkeit höher oder geringer beurteilt werden.

1673 Mit Blick auf das umfangreiche Verfahren gegen Milošević, *Damaška*, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 340.

1674 *Damaška*, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 364; *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 629.

1675 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (2 October 1995), paras. 20 – 21; ICTY, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14, Judgement on the Request of the Republic of Croatia (29 October 1997), para. 26.

1676 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga (25 September 2009), para. 56; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-802, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges (24 June 2010), para. 237; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 14 Rn. 17.

1677 ICC-OTP, *Strategic Plan 2019–2021* (17 July 2019), para. 50; *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 64; *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 629 – 633; *Pampalk/Knust*, ZIS 2010, 669, 673.

1678 *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 629 – 633; *Pampalk/Knust*, ZIS 2010, 669, 673.

(5) Alternative Formen der Gerechtigkeit

Eng verbunden mit den soeben genannten Aspekten ist die Problematik der Amnestien, Begnadigungen und anderer alternativer Formen der Gerechtigkeit. Das OTP selbst erkennt im *Policy Paper in the Interests of Justice* das grundsätzliche Potenzial einer komplementären Beziehung zwischen internationaler Strafjustiz und Wahrheitskommissionen, Reparationsprogrammen, institutionellen Reformen oder traditionell lokaler Gerechtigkeitsmechanismen.¹⁶⁷⁹ Ein Spannungsverhältnis zur Strafgerechtigkeit entsteht hingegen dann, wenn staatliche Mechanismen Immunität oder Schutz vor Strafverfolgung für begangene Verbrechen bieten.

In der Vergangenheit erließen Staaten regelmäßig Amnestien für Verbrechen innerhalb bewaffneter Konflikte, letztendlich setzte sich aber verstärkt die Einsicht durch, dass Amnestien hinter einer Strafverfolgung zurücktreten müssen.¹⁶⁸⁰ Im Fall *Al-Islam Gaddafi* erkannte die PTC I eine *“strong, growing, universal tendency that grave and systematic human rights violations [...] are not subject to amnesties or pardons under international law”*.¹⁶⁸¹ Amnestien stehen im Widerspruch zu international anerkannten Menschenrechten, der zumindest politischen Verpflichtung der Staaten zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen sowie dem Recht der Opfer auf Wahrheit, Zugang zur Justiz und auf Reparationen.¹⁶⁸²

Zumindest ein genereller und bedingungsloser Ausschluss von Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, der auch hauptverantwortliche Täter erfasst, ist als völkerrechtswidrig anzusehen.¹⁶⁸³ Für die Völkerrechtswid-

1679 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7 – 8.

1680 Gavron, ICLQ 51 (2002), 91; Gropengießer/ Meißner, ICLR 5 (2005), 261, 270 – 271.

1681 ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-662, Decision on the Admissibility Challenge by Dr. Saif Al Islam Gadafi (5 April 2019), para. 61.

1682 ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-662, Decision on the Admissibility Challenge by Dr. Saif Al Islam Gadafi (5 April 2019), para. 76; die AC behandelte jene Ausführungen mit knapper Mehrheit als *obiter dicta*, weil im konkreten Fall die Voraussetzungen der Amnestien und Begnadigungen nicht vorlagen, ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-695, Judgment on the Appeal of Mr. Saif Al Islam Gaddafi (9 March 2020), para. 96; die PTC I hingegen bestätigend, ICC, *Prosecutor v. Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-695-AnxI, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza (21 April 2020), paras. 166 – 167.

1683 Ambos, in: Ambos et al. (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 19, 55; Olásolo, ICLR 5 (2005), 121, 139; Robinson, European JIL 14 (2003), 481, 497; Stahn, JICJ 3 (2005), 695, 740; in diese Richtung unter Annahme eines flexiblen

rigkeit eines Ausschlusses hauptverantwortlicher Täter von der Strafverfolgung sprechen etwa die Statute internationaler Strafgerichte. In diesen wird die Verfolgung von Hauptverantwortlichen regelmäßig als primäres Ziel der jeweiligen Institution definiert, oder die Gerichtsbarkeit ist von vornherein entsprechend beschränkt.¹⁶⁸⁴ Nähme man zudem eine völkerrechtliche Verfolgungspflicht für bestimmte Verbrechen an,¹⁶⁸⁵ dürften diese ebenfalls keiner Amnestie oder Begnadigung unterliegen.¹⁶⁸⁶

Mit Blick auf weniger schwere Verbrechen und Personen mit geringer Verantwortlichkeit können Amnestien – vor allem im Zusammenspiel mit anderen Formen der Aufarbeitung – hingegen ein Mittel sein, um der immensen Anzahl an Fällen zu begegnen.¹⁶⁸⁷ Weiterhin kann ein dauerhafter und stabiler Frieden erschwert sein, wenn infolge eines gewaltsamen Konflikts ein nicht unerheblicher Teil der Bevölkerung mit dem Stigma strafrechtlicher Schuld behaftet ist.¹⁶⁸⁸ Alternative Formen der Gerechtigkeit können zu einer Befriedung beitragen und den lokalen Verständnissen von Gerechtigkeit und Versöhnung besser entsprechen.¹⁶⁸⁹ Sieht man Frieden und Gerechtigkeit als komplementär an, können Amnestien und alternative Formen der Gerechtigkeit eine Brücke zwischen beiden Begriffen schlagen.¹⁶⁹⁰

Lediglich für den Fall, dass jeglicher Mechanismus zur Feststellung strafrechtlicher Verantwortlichkeit eines Hauptverantwortlichen für die schwersten Verbrechen fehlt, fallen die Interessen der Gerechtigkeit als Ausschlussklausel von vornherein außer Betracht.¹⁶⁹¹ Im Übrigen kommt

Begriffs des Hauptverantwortlichen, *Lafontaine/ Magnoux*, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 277 – 278.

1684 Vgl. Art. I IMTSt; Präambel ICTYSt; Art. I II MICTSt; Art. I ECCC Law; Art. I I SCSLSt; anders mit Blick auf den SCC, *Lafontaine/ Magnoux*, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 276 – 277.

1685 Näher zu den Argumenten gegen eine Strafverfolgungspflicht nach dem aktuellen Stand des Völkergewohnheitsrechts bereits unter (D. II. 4. c)).

1686 ICTY, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, Judgement (10 December 1998), para. 155; *Gavron*, ICLQ 51 (2002), 91, 99.

1687 *Burbidge*, ICLR 8 (2008), 557, 577.

1688 Ähnlich zur Wahrnehmung der Strafverfahren infolge des Zweiten Weltkriegs durch die deutsche Bevölkerung, *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, § 4 Rn. 36.

1689 Mit einem Fokus auf die ruandischen *Gacaca*-Verfahren, *Stahn*, *A Critical Introduction to ICL*, S. 219 – 221.

1690 Näher zur Problematik der Friedenserwägungen bereits unter (D. III. 3. c) dd (3)).

1691 Vg. *Gordon*, in: *Stahn/ El Zeidy* (Hrsg.), *The ICC and Complementarity II*, 745, 802 – 803.

es auf eine Abwägung im Einzelfall an.¹⁶⁹² Diesbezüglich geht das ICCSt von einem grundsätzlichen Vorrang von Strafverfahren aus.¹⁶⁹³ Bei der Beurteilung außerstrafrechtlicher Mechanismen tätigt das OTP in den Worten *Robinsons* eine “*balance between the extent of the departure from full prosecution, i.e., the quality of the measures taken, and the severity of the factors necessitating a deviation.*”¹⁶⁹⁴

(6) Ressourcenerwägungen

Seit Bestehen des ICC wächst die Anzahl der Situationen und Fälle, womit die Erhöhung der finanziellen, personellen und sonstigen Ressourcen trotz verschiedener Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz nicht mithält.¹⁶⁹⁵ Eine von der ASP eingesetzte Expertengruppe zur Evaluierung der Effizienz und Effektivität des Gerichts schlägt eine Erhöhung der Schwelle der hinreichenden Mindestschwere im Rahmen der Zulässigkeitsbeurteilung vor, um der steigenden Anzahl an Situationen und Fällen zu begegnen.¹⁶⁹⁶ Der Vorschlag ist zwar insoweit nicht abwegig, als dass dem OTP bei der Beurteilung der hinreichenden Mindestschwere ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht.¹⁶⁹⁷ Allerdings dient Art. 17 I d ICCSt nicht der Selektion von Situationen und Fällen, sondern dazu, vergleichsweise marginale und periphere Taten von der Zulässigkeit auszuschließen.¹⁶⁹⁸ Eine Erhöhung der Schwelle würde im Widerspruch zu dieser Rechtsprechung stehen. Im Rahmen des Art. 17 I d ICCSt beurteilt das OTP allein die jeweilige Situation

1692 *Ambos*, in: *Ambos et al.* (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 19, 50 – 51; *Robinson*, *European JIL* 14 (2003), 481, 497.

1693 *Olásolo*, *ICLR* 3 (2003), 87, 140; *Seibert-Fohr*, *MPYUNL* 7 (2003), 553, 579.

1694 *Robinson*, *European JIL* 14 (2003), 481, 497.

1695 “*Assembly of the States Parties’ policy of zero growth for its budget*”, ICC, *Situation in Afghanistan*, ICC-02/17-33-Anx-Corr, Concurring and Separate Opinion of Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua (31 May 2019), para. 48; *Hamilton*, *ILP* 47 (2014), 1, 15 – 16.

1696 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), R 226.

1697 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–98, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (2 September 2019), para. 94; *De Guzman/ Schabas*, in: *Sluiter et al.* (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 144.

1698 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 74; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12–01/18–601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 59.

oder den entsprechenden Fall anhand rechtsverbindlicher Kriterien, was Ressourcenerwägungen ausschließt.

Demgegenüber beziehen sich die Interessen der Gerechtigkeit nicht auf die jeweilige Sache, sondern auf Ermittlungen und Strafverfolgungen, also auf Verfahrensabschnitte in der primären Verantwortung des OTP.¹⁶⁹⁹ Die Opportunitätsklausel ist prinzipiell offen für Ressourcenerwägungen.¹⁷⁰⁰ Die PTC II hat dem OTP in ihrer Entscheidung gegen die Autorisierung von Ermittlungen in Afghanistan konkrete Vorgaben zur Verwendung vorhandener Ressourcen gemacht.¹⁷⁰¹ Internes Ressourcenmanagement ist allerdings Teil der Unabhängigkeit des OTP.¹⁷⁰² Ermittlungen und Strafverfolgungen dürfen aus diesem Grund nicht von der Rechtsprechung wegen mangelnder Ressourcen des OTP auf Grundlage der Interessen der Gerechtigkeit abgelehnt werden, wenn das OTP die Lage anders bewertet.¹⁷⁰³ Erst wenn das OTP von sich aus einen Entschluss gegen Ermittlungen oder Strafverfolgung trifft, verlässt die Entscheidung den internen Bereich der Behörde und gelangt in den Bereich der Überprüfungscompetenz der Kammern.¹⁷⁰⁴

Ressourcenerwägungen können unter Umständen eine Verfahrenseinstellung begründen, wenn das OTP ohne die Einstellung andere Verfahren nicht mehr effektiv führen und insbesondere die Einhaltung international anerkannter Menschenrechte nicht mehr garantieren kann.¹⁷⁰⁵ Hier sollte ein strenger Maßstab angelegt werden. Das OTP kann das Verfahren nämlich durchaus zu einem späteren Zeitpunkt effizient führen, wenn sich beispielsweise die Sicherheitslage oder die nationale Kooperationsbereitschaft

1699 In diese Richtung auch das OTP, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 143.

1700 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 95; ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 7; Danner, *American JIL* 97 (2003), 510, 545.

1701 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 95.

1702 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 143; Côté, in: Reydamas et al. (Hrsg.), *International Prosecutors*, 319, 336.

1703 *Poltronieri Rosetti*, *JICJ* 17 (2019), 585, 596.

1704 So zum formalen Abschluss der Fallselektion, *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

1705 *Hamilton*, *ILP* 47 (2014), 1, 18.

zugunsten leichter Ermittlungen ändert.¹⁷⁰⁶ Ressourcenerwägungen sind vor diesem Hintergrund ein hilfsweise heranzuziehendes Kriterium,¹⁷⁰⁷ das nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung anderer Verfahren zu einer Verfahrenseinstellung führen darf.

(7) Kulturelle Besonderheiten

Der ICC bewegt sich in einem Spannungsfeld. Auf der einen Seite wurde er von den Vertragsstaaten in dem Bewusstsein errichtet, dass „*alle Völker durch gemeinsame Bande verbunden sind und ihre Kulturen ein gemeinsames Erbe bilden*“ (Abs.1 Präambel ICCSt), womit er klar universelle Werte repräsentiert. Auf der anderen Seite soll er nicht als Mittel zur Unterdrückung der pluralistischen Kulturen der Welt dienen und Gerechtigkeit nicht nur auf globaler, sondern ebenso auf lokaler Ebene fördern.¹⁷⁰⁸ Aus Sicht des Kulturrelativismus wäre der Anspruch, globale Werte zu vertreten, sogar illegitim. Die Begründung moralischer Werte und Normen ist aus dieser Perspektive nur innerhalb einer bestimmten moralischen und kulturellen Tradition möglich, weswegen es keine universellen Rechte geben kann.¹⁷⁰⁹ Jener Kritik lässt sich zwar prinzipiell entgegnen, dass die Vertragsstaaten mit dem Beitritt zum Statut ein gemeinsames Werteverständnis zum Ausdruck gebracht haben. Dennoch ließe sich das oben dargestellte Spannungsfeld durch eine Berücksichtigung kulturspezifischer Besonderheiten bei der Anwendung der Interessen der Gerechtigkeit zumindest entschärfen.

Bei näherer Betrachtung sind kulturspezifische Besonderheiten allerdings weitestgehend in den bereits diskutierten Kriterien enthalten. So ermöglicht das Kriterium der Schwere der Verbrechen dem OTP, die Schwere verschiedener Fälle und Situationen gegeneinander abzuwägen.¹⁷¹⁰ Dabei beinhalten die Faktoren zur Beurteilung der Schwere Beurteilungs-

1706 Vgl. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 25.

1707 *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 342.

1708 *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 280.

1709 So zur Kritik des Kulturrelativismus an der Idee universell geltender Menschenrechte, *Deinhammer*, ARSP 96 (2010), 51, 55.

1710 *Ambos*, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity*, S. 48 – 49; *De Guzman*, *Fordham ILJ* 32 (2008), 1400, 1413 – 1415; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 332 – 335.

spielräume, worunter auch die Auswirkungen der Verbrechen auf die von ihnen betroffene Bevölkerung fallen.¹⁷¹¹ Ebenso bieten die Interessen der Opfer Raum für kulturelle Besonderheiten. Als Vorbild kann der Fall *Al-Mahdi* dienen, wo die (religiöse) Bedeutung zerstörter Gebäude für die Bevölkerung Timbuktus betont wurde.¹⁷¹² Zudem kann ein Verfahren aus dem Blickwinkel generalpräventiver Straftheorien oder kommunikativer Strafzwecke je nach lokaler Besonderheit unterschiedliche Wirkungen erzeugen.¹⁷¹³ Überlegungen zur lokalen Befriedungsfunktion des ICC, zu *Transitional Justice* oder zur Berücksichtigung alternativer Gerechtigkeitsmechanismen bilden weitere Anknüpfungspunkte für kulturelle Eigenheiten.¹⁷¹⁴

In derartigen Konstellationen lässt sich eine Berücksichtigung kultureller Besonderheiten mit dem Statut und dessen Zwecken vereinbaren. Weitergehende kulturelle Erwägungen sind zwar nicht *per se* ausgeschlossen. Es scheint jedoch fraglich, ob diese neben den übrigen Kriterien eine eigenständige Relevanz erlangen können. In der Regel dürften kulturelle Besonderheiten ein Mittel zur Beurteilung einzelner Kriterien innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit darstellen, aber keinen eigenständigen Faktor bilden.

(8) Grenzen ungeschriebener Kriterien

In Anbetracht der obigen, nicht abschließend zu verstehenden Aufzählung ungeschriebener Kriterien drängt sich der Eindruck auf, das OTP sei prinzipiell frei in der Entscheidung, welche Erwägungen es zur Beurteilung der Interessen der Gerechtigkeit tätigt. Eine vollkommen offene Opportunitätsklausel würde dem OTP die Tür für willkürliche Entscheidungen öffnen, weswegen eine Eingrenzung erforderlich ist.¹⁷¹⁵ Allen voran muss jede Anwendung und Auslegung des Rechts des ICC mit international an-

1711 Näher bereits unter (D. III. 3. c) cc) (1)).

1712 ICC, *Prosecutor v. Al-Mahdi*, ICC-01/12-01/15-171, Judgment and Sentence (27 September 2016), paras. 80 – 81.

1713 So zur expressiven Wirkung internationaler Strafverfahren, *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 315 – 319; näher zur Berücksichtigung der Strafzwecke bereits unter (D. III. 3. c) dd) (2)).

1714 Näher zu diesen Kriterien bereits unter (D. III. 3. c) dd) (3), (4), (5)).

1715 *Safferling*, International Criminal Procedure, S. 221; *Seibert-Fohr*, MPYUNL 7 (2003), 533, 579; *Stahn*, JICJ 3 (2005), 695, 718.

erkannten Menschenrechten vereinbar sein.¹⁷¹⁶ Das bedeutet insbesondere, dass das OTP keine Kriterien mit diskriminierender Wirkung heranziehen darf (Art. 21 III ICCSt).¹⁷¹⁷

Im Übrigen entspricht es dem normativen und wertungsgeladenen Charakter der Interessen der Gerechtigkeit, dass das OTP solche Kriterien heranziehen darf, die den in der Präambel genannten Zielen und Zwecken des Statuts entsprechen.¹⁷¹⁸ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Erwägungen, die sich nicht auf die Ziele und Zwecke des Statuts zurückführen lassen oder ihnen sogar widersprechen, nicht zu berücksichtigen sind. Ebenso müssen die Prinzipien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Objektivität gewahrt bleiben.¹⁷¹⁹ Das OTP muss konsequenterweise auf alle Fälle und Situationen dieselben Methoden, Kriterien und Maßstäbe anwenden.¹⁷²⁰ So wäre es ihm beispielsweise untersagt, in einem Fall kulturelle Besonderheiten bei der Beurteilung der Interessen der Opfer heranzuziehen, während es dieselben Besonderheiten bei einem vergleichbaren Fall außer Acht lässt.

d) Beurteilungsspielräume

Die Opportunität innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit besteht auf zweierlei Art. Zum einen lassen die Formulierungen „wesentliche Gründe“ in Art. 53 I 2 c ICCSt und „alle Umstände“ in Art. 53 II c ICCSt dem Rechtsanwender Freiraum bei der Frage, welche Kriterien er neben den ausdrücklich normierten Faktoren heranzieht. Zum anderen lassen die Interessen der Gerechtigkeit Spielräume bei der Gewichtung der Kriterien im Rahmen der Abwägung.

1716 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-168, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review (13 July 2006), para. 38; ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-772, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo (14 December 2006), para. 36; ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, Judgment (14 March 2012), para. 602; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 15 Rn. 7.

1717 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 745; *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 358 – 359.

1718 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 89; vgl. auch, *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 745 – 747.

1719 *Guariglia/ Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 358 – 359.

1720 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 18; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 18.

Als Autoritäten zur Bestimmung der heranzuziehenden Kriterien kommen die Kammern und das OTP in Betracht, wobei Letzterem eine vorrangige Position zukommen sollte. Die Interessen der Gerechtigkeit beziehen sich im Gegensatz zum Verdachtsgrad und der Zulässigkeit nicht allein auf die Verbrechen und die Täter, sondern auf Ermittlungen und Strafverfolgung. Deren Organisation und Durchführung sind dem Kompetenzbereich des OTP zugeordnet.¹⁷²¹ Dieses befindet sich in einer wesentlich besseren Position zur Auswahl einschlägiger und geeigneter Kriterien im Einzelfall,¹⁷²² zumal die Interessen der Gerechtigkeit vor Einleitung der Ermittlungen oder der Durchführung von Strafverfolgung Anwendung finden und einer prognostischen Einschätzung unterliegen.¹⁷²³ Die richterliche Überprüfung sollte sich demgegenüber auf die reine Kontrolle der Ausübung der Opportunität beschränken. Konkrete Vorgaben, wie sie die PTC II in ihrer Afghanistan-Entscheidung getätigt hat,¹⁷²⁴ mögen zwar inhaltliche Berechtigung haben, stellen aber einen Eingriff in die Unabhängigkeit des OTP dar. Es legt die entsprechenden Kriterien zumindest grundlegend im *Policy Paper on the Interests of Justice* offen,¹⁷²⁵ wobei dessen geringer Umfang (neun Seiten) leider wenig Transparenz bietet.

Der zweite Beurteilungsspielraum betrifft die Gewichtung der einzelnen Kriterien. Es handelt sich um eine Abwägung,¹⁷²⁶ bei der die Vermutung zunächst für die Durchführung von Ermittlungen und Strafverfolgung spricht.¹⁷²⁷ Für die Abwägung haben die Vertragsparteien dem OTP einige explizite und geschriebene Kriterien vorgeben, sodass diese mit erhöhter Gewichtung zu berücksichtigen sind.¹⁷²⁸ Das gilt insbesondere für das je-

1721 Ambos, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 38 – 41; *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 14 – 15; *Safferling*, *International Criminal Procedure*, S. 242.

1722 *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 595 – 596; ähnlich das OTP, ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 1.

1723 Ambos, *Treatise III*, S. 388.

1724 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), paras. 89 – 96.

1725 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 1.

1726 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2; Ambos, in: Ambos et al. (Hrsg.), *Building a Future on Peace and Justice*, 19, 50 – 51; *Robinson*, *European JIL* 14 (2003), 481, 497.

1727 *Bådagård/Klamberg*, *Georgetown JIL* 48 (2017), 639, 699); *Seibert-Fohr*, *MPY-UNL* 7 (2003), 533, 578 – 579.

1728 Vgl. *Murphy*, *CLF* 17 (2006), 281, 292; *Poltronieri Rosetti*, JICJ 17 (2019), 585, 597 – 598.

weils an erster Stelle stehende Schwerekriterium.¹⁷²⁹ Dabei kann die Schwere der Verbrechen zwar durchaus als vergleichsweise gering zu beurteilen sein.¹⁷³⁰ Je höher sie wiegt, desto weniger kommt allerdings eine Verfahrenseinstellung in Betracht.¹⁷³¹ Bei einer wegen der Begehung schwerster Verbrechen hauptverantwortlichen Person ist sie nur im äußersten Ausnahmefall möglich, wenn beispielsweise ihre international anerkannten Menschenrechte verletzt würden.¹⁷³² Ungeschriebenen Kriterien kommt gegenüber den geschriebenen Faktoren eine vergleichsweise untergeordnete Bedeutung zu. Überschreiten sie eine gewisse Schwelle, können sie durchaus zu einer Negativbeurteilung der Interessen der Gerechtigkeit führen. Hieran setzen Art. 53 I 2 c ICCSt und Art. 53 II c ICCSt teilweise unterschiedliche Maßstäbe an.

e) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 I 1 c ICCSt

Art. 53 I 2 c ICCSt bildet ein potenzielles Gegengewicht zur grundsätzlichen Pflicht der Einleitung der formaler Ermittlungen, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁷³³ Für Art. 53 I 2 a ICCSt genügt ein hinreichender Verdacht der Begehung eines einzelnen Verbrechens innerhalb der Gerichtsbarkeit.¹⁷³⁴ Ebenso genügt für Art. 53 I 2 b ICCSt, dass ein einzelner potenzieller Fall innerhalb der Situation als Ganzes die Zulässigkeitskriterien erfüllt.¹⁷³⁵ Auf Art. 53 I 2 c ICCSt lässt sich dieses Konzept nicht übertragen. Es hätte aufgrund der Negativformulierung zur Folge, dass das OTP die Interessen der Gerechtigkeit nur dann negativ beurteilen könnte, wenn die Ermittlungen in keinem einzigen potenziellen Fall der

1729 *Murphy*, CLF 17 (2006), 281, 292; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 326 – 327.

1730 *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1153.

1731 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 153.

1732 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 7.

1733 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2 – 3; ähnlich, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 14.

1734 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-34, Decision on the Request of the Union of the Comoros (16 July 2015), para. 13.

1735 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 97.

Situation im Interesse der Gerechtigkeit lägen. Ein derartiger Maßstab würde voraussetzen, dass dem OTP sämtliche potenziellen Fälle der Situation bekannt sind.

Eine Verfahrenseinstellung wäre enorm erschwert, was der Funktion der Klausel als Bindeglied zwischen den Prinzipien der Legalität und Opportunität widerspräche.¹⁷³⁶ Das OTP sollte im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit daher nicht nur einzelne potenzielle Fälle, sondern ebenso auf die Ermittlungen als solche in der Situation als Ganzes beurteilen dürfen. Schließlich geht es in Art. 53 I 2 c ICCSt nicht um die Beurteilung von „Verbrechen“ (Art. 53 I 2 a ICCSt) oder einer „Sache“ (Art. 53 I 2 b ICCSt); vielmehr beurteilt das OTP die „Ermittlungen“ anhand wesentlicher Gründe.

Innerhalb der Abwägung sprechen die Schwere der Verbrechen und die Interessen der Opfer stets für die Durchführung von Ermittlungen.¹⁷³⁷ Der Grund liegt in der grammatikalischen Stellung des Begriffs „dennoch“.¹⁷³⁸ Auf der anderen Seite der Abwägung unterliegen die gegen die Einleitung von Ermittlungen sprechenden Gründe einer Wesentlichkeitsschwelle.¹⁷³⁹ Die Formulierung „wesentliche Gründe“ ist nicht eindeutig. Sie kann einerseits als wesentliches Überwiegen der gegen die Aufnahme von Ermittlungen sprechenden Gründe gegenüber der Schwere der Verbrechen und den Interessen der Opfer verstanden werden. Andererseits lässt sich die Wortwahl dahingehend verstehen, dass jeder Grund für sich genommen eine gewisse Wesentlichkeit aufweisen muss. Rechtsprechung und Literatur haben sich zu dieser Thematik bislang nicht geäußert. Das OTP erkennt in der Formulierung „*substantial reasons*“ jedenfalls eine hohe Schwelle zur Rechtfertigung einer Verfahrenseinstellung, wobei bloße Bedenken darüber, ob ein Verfahren den Interessen der Gerechtigkeit entspricht, nicht ausreichen.¹⁷⁴⁰ Eine solch hohe Schwelle lässt sich sowohl durch ein we-

1736 Näher zur Funktion der Klausel bereits unter (D. III. 3. b)).

1737 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 5.

1738 *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 189; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 736.

1739 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 20.

1740 “[T]he Statute requires the Prosecutor to proceed with an investigation by default—even if she might have some concern about the interests of justice, this would not necessarily be sufficient to justify the weighty determination not to proceed with her statutory duty to conduct investigations.”, ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-74, Prosecution Appeal Brief (30 September 2019), para. 28.

sentliches Überwiegen im Rahmen der Abwägung als auch durch einen Ausschluss einzelner unwesentlicher Gründe erreichen.

Die unterschiedlichen Verfahrensabschnitte, in denen der Entschluss gegen Ermittlungen oder gegen eine Strafverfolgung getroffen wird, sprechen dafür, dass jeder Grund für sich genommen wesentlich sein muss. Art. 53 II c ICCSt enthält nämlich keine dem ersten Absatz entsprechende Wesentlichkeitsschwelle. Es ist nicht einleuchtend, warum das OTP von der Einleitung von Ermittlungen nur bei einem wesentlichen Überwiegen negativer Gründe Abstand nehmen dürfte, während Art. 53 II c ICCSt trotz höheren und konkreteren Verdachtsgrads nur ein einfaches Überwiegen erfordern sollte. Verlangt man hingegen für jeden einzelnen Grund im Rahmen des Art. 53 I 2 c ICCSt eine gewisse Wesentlichkeit, ergeben die unterschiedlichen Formulierungen der beiden Absätze Sinn.

Schließlich ist der Informationsstand des OTP bei der Einleitung der formalen Ermittlungen gering.¹⁷⁴¹ Entsprechend kann es nicht alle gegen die Ermittlungen sprechenden Gründe adäquat beurteilen. Eine Abwägung unter Berücksichtigung für sich genommen unwesentlicher Gründe, die erst in ihrer Summe wesentlich werden, hätte ein hohes Fehlerpotenzial zur Folge und wäre von der Rechtsprechung äußerst schwer zu überprüfen. Bei einer Entscheidung gegen Strafverfolgung besteht dieses Problem demgegenüber nicht, weil das OTP bereits konkrete Informationen hat, anhand derer es „alle Umstände“ i.S.d. Art. 53 II c ICCSt mit größerer Sicherheit beurteilen kann. Für die *prima facie*-Beurteilung nach Art. 53 I 2 c ICCSt sollte daher jeder Grund für sich genommen wesentlich sein.

1741 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 27; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 24; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 38; ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 128; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 43.

f) Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 II c ICCSt

Die Interessen der Gerechtigkeit setzen sich in Art. 53 II c ICCSt aus allen Umständen, inklusive der geschriebenen Kriterien, zusammen,¹⁷⁴² ohne dass eine Wesentlichkeitsschwelle besteht. Lediglich aus der Tatsache, dass die Vertragsparteien einzelne Kriterien ausdrücklich vorgegeben haben, lässt sich eine erhöhte Gewichtung jener Faktoren ableiten.¹⁷⁴³ Ebenso fehlt der Begriff „dennoch“, weshalb die Schwere des Verbrechens und die Interessen der Opfer bei der Beurteilung nicht zwingend zugunsten der Interessen der Gerechtigkeit zu gewichten sind.¹⁷⁴⁴

Es wurde bereits dargelegt, dass die fehlende Wesentlichkeitsschwelle in Art. 53 II c ICCSt mit dem unterschiedlichen Informationsstand des OTP bei der Entscheidung zur Einleitung der Ermittlungen und der Durchführung von Strafverfolgung erklärt werden kann.¹⁷⁴⁵ Warum die Schwere des Verbrechens und die Interessen der Opfer nur im zweiten Absatz sowohl zugunsten als auch gegen die Interessen der Gerechtigkeit wiegen können, ist nur teilweise einleuchtend. Der Grund mag ebenfalls im unterschiedlichen Informationsstand des OTP liegen. So kann Strafverfolgung im Einzelfall nicht im Interesse der Opfer liegen, wenn etwa ihre Sicherheit oder Gesundheit beeinträchtigt wird,¹⁷⁴⁶ oder wenn sie auf andere Weise Gerechtigkeit erfahren. Ob dies der Fall ist, lässt sich nur in Anbetracht einer ausreichenden Informationslage beurteilen. Mit Blick auf die Schwere des Verbrechens scheint eine entsprechende Argumentation allerdings fragwürdig.

4. Konsequenzen

Das OTP hat auf Tatbestandsebene einen sehr weiten Beurteilungsspielraum innerhalb der einzelnen Kriterien des Art. 53 I 2, II ICCSt. Im Hinblick auf Art. 53 I 2 a, II a ICCSt ist dieser zum einen im Verdachtsgrad,

1742 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05-185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 17; *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 41; anders, *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 840.

1743 *Murphy*, CLF 17 (2006), 281, 292.

1744 *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 186; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 739.

1745 Näher bereits unter (D. III. 3. e)).

1746 *Bock*, Das Opfer vor dem IstGH, S. 175; *Webb*, CLQ 50 (2005) 305, 329 – 330.

zum anderen aber auch im Merkmal der Gerichtsbarkeit angelegt, da die Zugehörigkeit eines Falls zu einer Situation keine reine Subsumtionsfrage ist.¹⁷⁴⁷ Im Rahmen des Art. 53 I 2 b, II b ICCSt prüft das OTP jeweils die Voraussetzungen der Komplementarität und der hinreichenden Mindestschwere, wobei insbesondere die unterschiedlichen Schwerekriterien sehr unbestimmt sind und Raum für Opportunität bieten.¹⁷⁴⁸ Grundsätzlich genügt für die Einleitung der Ermittlungen in der Situation als Ganzes, dass ein einzelner potenzieller Fall innerhalb der Parameter die Voraussetzungen des Art. 53 I 2 a, b ICCSt erfüllt.¹⁷⁴⁹ Bei der Entscheidung gegen Strafverfolgung ist insoweit fallspezifisch zu prüfen.¹⁷⁵⁰

Die als gesetzliche Ausnahmeklausel formulierten Interessen der Gerechtigkeit bieten in beiden Absätzen ein hohes Maß an Opportunität für eine Verfahrenseinstellung, wobei stark umstritten ist, welche Faktoren innerhalb der Klausel neben den ausdrücklich vorgegebenen Kriterien zu beachten sind. Die Klausel ist letztendlich ein Bindeglied zwischen den Prinzipien der Legalität und der Opportunität, durch welches Opportunitätsentscheidungen des OTP gesetzlich legalisiert und infolgedessen legitimiert werden. Entsprechend weit ist die Klausel auszulegen.¹⁷⁵¹ Ihre Grenzen finden die Kriterien dort, wo sie nicht mehr auf die Ziele und Zwecke des Statuts zurückzuführen sind.¹⁷⁵² Im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit führt das OTP eine Interessenabwägung durch.¹⁷⁵³ In Anbetracht dieser Befunde lässt sich nicht mehr von einer reinen Implementierung des Legalitätsprinzips sprechen. Ein wesentlicher Teil der Entscheidungen des OTP legitimiert sich durch die Anwendung von Opportunitätsklauseln.

1747 Näher bereits unter (D. III. 1.).

1748 Näher bereits unter (D. III. 2.).

1749 Näher zu dem Maßstab im Kontext des Tatverdachts und der Gerichtsbarkeit bereits unter Näher bereits unter (D. III. 1. a)); zur Komplementarität (D. III. 2. a) ff)); zur hinreichenden Mindestschwere (D. III. 2. c) ee)).

1750 Zum Tatverdacht und der Gerichtsbarkeit (D. III. 1. b)); zur Komplementarität (D. III. 2. a) gg)); zur hinreichenden Mindestschwere (D. III. 2. c) ff)).

1751 Näher bereits unter (D. III. 3. c) bb)).

1752 Näher bereits unter (D. III. 3. c) dd) (8)).

1753 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 81; *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 187; *Gavron*, ICLQ 51 (2002), 91, 110.

IV. Zwischenergebnis

Das System des Art. 53 ICCSt beinhaltet eine komplexe Verbindung zwischen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten auf der einen und ermessensbasierten Möglichkeiten zur Verfahrenseinstellung auf der anderen Seite.¹⁷⁵⁴ Das Statut wird auf diese Weise normativ der Selektivität des Völkerstrafrechts gerecht. Dieser lässt sich weder durch das Legalitäts- noch das Opportunitätsprinzip in Reinform effektiv begegnen. Vielmehr bedarf es einer Synthese beider Prinzipien in dem Sinne, dass entweder ein durch gesetzliche Opportunitätsklauseln durchbrochener grundsätzlicher Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang besteht oder dass das Gesetz einen solchen Zwang für einzelne Taten bei im Übrigen grundsätzlicher Opportunität vorsieht.¹⁷⁵⁵ Das ICCSt folgt mit dem System des Art. 53 ICCSt ersterem Weg.

Indem es einen grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang innerhalb einer Situation vorsieht,¹⁷⁵⁶ der durch gesetzlich normierte Verfahrenseinstellungen auf Grundlage einer Opportunitätsentscheidung ergänzt wird,¹⁷⁵⁷ legalisiert das ICCSt den ohnehin bestehenden Zustand faktischer Opportunität und stellt ihn unter richterliche Kontrolle (Art. 53 III ICCSt). Dadurch erhalten die Entscheidungen des OTP eine Legitimation, die ansonsten vor dem Hintergrund der Selektivität des Völkerstrafrechts nicht bestünde. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Verfahrenseinstellungen, die sich nicht auf eines der in Art. 53 I 2, II ICCSt genannten Kriterien zurückführen lassen, jene Legitimation nicht besitzen. Für Opportunitätserwägungen auf Grundlage allgemeiner Regeln und Prinzipien, insbesondere dem der Unabhängigkeit des OTP, verbleibt insoweit kein Raum. Dieser Befund stellt eine wesentliche Grundlage für die Kompetenzen des OTP zur Selektion von Fällen innerhalb einer Situation und zur Beendigung des Engagements in der Situation als Ganzes dar. Jede formale Verfahrenseinstellung muss sich auf mindestens eines der Kriterien des Art. 53 I 2, II ICCSt zurückführen lassen. Das bisherige Zwischenergebnis steht damit konträr zur Rechtsauffassung des OTP, welches in dieser Hin-

1754 So auch nach intensiver Untersuchung, *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 356 – 357.

1755 (D. I. 5.).

1756 (D. II. 8.).

1757 (D. III. 4.).

sicht von einem grundsätzlichen Ermessen abseits richterlicher Kontrolle ausgeht.¹⁷⁵⁸

1758 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 5. ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 5; näher zur Diskussion bereits unter (D. II. 6.).