

F. Priorisierung von Situationen und Situation Completion

Im Gegensatz zu den UN-Tribunalen ICTY und ICTR, deren Errichtung und *Completion Strategy* durch den weitgehend politisch agierenden Sicherheitsrat angeordnet wurde,²¹¹³ ist für den ICC allein dessen Statut maßgebend.²¹¹⁴ Dieses normiert die Selektion von Situationen im Vorfeld der formalen Ermittlungen äußerst detailliert,²¹¹⁵ enthält aber keine ausdrückliche Regel zu ihrer Beendigung.²¹¹⁶ Dass der Stand der Wissenschaft im Hinblick auf eine *Situation Completion* am ICC als gering einzustufen ist, wurde eingangs dargelegt.²¹¹⁷ Im Folgenden wird erstmals der Versuch unternommen, den rechtlichen Rahmen möglicher Opportunitätserwägungen für Situationen als Ganzes im Stadium formaler Ermittlungen aus den Grundlagen der Fallselektion induktiv herzuleiten. Dem Vorgehen liegt der Gedanke zugrunde, dass rechtliche Grenzen, an die das OTP bei Opportunitätserwägungen in jedem einzelnen Fall innerhalb einer Situation gebunden ist, auch für die Situation als Ganzes gelten müssen. Schließlich besteht eine Situation aus einzelnen Fällen, die das OTP aus der Situation heraus entwickelt.²¹¹⁸ Selektionsentscheidungen für eine Situation als Ganzes haben dadurch Auswirkungen auf sämtliche Fälle innerhalb der Situation.

Dem Vorgehen bei der Herleitung der Grundlagen zur Fallselektion entsprechend sollen zunächst die theoretisch möglichen Selektionsentscheidungen dargelegt werden, die das OTP im Stadium formaler Ermittlungen für eine Situation als Ganzes treffen kann. Dem folgend wird für jede dieser

2113 *Frau*, ZIS 2011, 784, 792; *Lavalle*, CLF 14 (2003), 195, 218; *Pichon*, IStGH und Sicherheitsrat, S. 124; *Trahan*, CLF 24 (2013), 417, 468.

2114 *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 23; *Stahn*, A Critical Introduction to ICL, S. 346.

2115 Ausführlich neben Vielen, *Olásolo*, The Triggering Procedure of the ICC; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC; *Zakerhossein*, Situation Selection Regime at the ICC.

2116 ICC-ASP, *Report of the Court on Complementarity*, ICC-ASP/12/32 (15 October 2013), para. 15; *Cryer et al.*, An Introduction to ICL and Procedure, S. 447.

2117 Näher bereits unter (A. III. 3.).

2118 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. 16; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 26; *Rastan*, CLF 23 (2012), 1, 32; *Safferling*, JICJ 9 (2011), 651, 653; *Schabas*, in: *Stahn* (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 367; *Vagias*, *The Territorial Jurisdiction of the ICC*, S. 198 – 199.

Entscheidungen geprüft, ob sie vor dem Hintergrund des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips sowie der Regeln und Prinzipien zur Fallselektion rechtlich zulässig ist. Bei dieser Gelegenheit wird zu diskutieren sein, inwieweit gegebenenfalls bestehende Regelungslücken zu schließen sind. Im weiteren Verlauf werden die Kriterien erörtert, die das OTP bei seiner Entscheidungsfindung zu berücksichtigen hat, und aus denen sich wiederum mögliche Strategien und Abläufe hin zu einer *Situation Completion* ergeben. Den Abschluss bilden Ausführungen zur richterlichen Kontrolle. Da sich zahlreiche Erwägungen dieses Kapitels aus den bisherigen Ergebnissen herleiten, werden diese insoweit vorausgesetzt, wobei auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.

I. Entscheidungsarten

Spiegelbildlich zur Fallselektion kann das OTP auf Situationsebene sowohl Auswahl- als auch Priorisierungsentscheidungen treffen.²¹¹⁹ Auswahlentscheidungen betreffen die Frage, ob das OTP in einer Situation Ermittlungen und Strafverfolgungen betreibt oder das Verfahren formal einstellt. Bei Priorisierungsentscheidungen geht es darum, welchen Situationen das OTP mehr Aufmerksamkeit und Ressourcen im Vergleich zu anderen Situationen widmet.

Das OTP hat zur Auswahl von Situationen zwei Strategiepapiere veröffentlicht. Im *Policy Paper on Preliminary Examinations* behandelt es die Einleitung oder Nichteinleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation, nachdem die Gerichtsbarkeit aktiviert wurde.²¹²⁰ Die *Policy on Situation Completion* betrifft die Beendigung der Arbeit des OTP in einer Situation, in der es bereits formale Ermittlungen eingeleitet hat.²¹²¹ Für die vorliegende Arbeit ist allein die Entscheidung relevant, ob das Engagement in einer Situation im Stadium formaler Ermittlungen weiterzuführen oder zwecks Einleitung einer *Situation Completion* zu beenden ist. Entschließt sich das OTP zur Beendigung, führt es in der Folge keine weiteren Verfahren in den einzelnen Fällen der Situation durch, soweit sich diese nicht bereits in der Strafverfolgungsphase und damit außerhalb des Selektionsprozesses

2119 Näher zu den Begriffen der Auswahl und Priorisierung auf Fallebene unter (E. I.).

2120 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 19.

2121 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 2.

befinden.²¹²² Der Entschluss zur Beendigung impliziert damit eine negative Auswahlentscheidung für sämtliche verbliebenen, potenziellen und konkretisierten Fälle der Situation. Weil eine solche Entscheidung für einzelne Fälle einer gesetzlichen Grundlage bedarf,²¹²³ muss dies ebenso für die Situation als Ganzes gelten.

Neben einer strikten Auswahl kann das OTP seine Ressourcen ebenso auf einzelne Situationen fokussieren und anderen Situationen weniger Aufmerksamkeit widmen oder die Ermittlungen in einzelnen Situationen vorübergehend aussetzen.²¹²⁴ Es handelt sich nicht zuletzt um eine ermittlungs- und ressourcentaktische Entscheidung.²¹²⁵ In Anbetracht der wachsenden Anzahl an Situationen und Fällen ist die Priorisierung eine Notwendigkeit, um die Effektivität der Ermittlungen situationsübergreifend aufrecht zu erhalten.²¹²⁶ Die Einräumung niedriger Priorität sowie das zeitweilige Aussetzen der Ermittlungen bedeuten keine formale Verfahrenseinstellung.²¹²⁷ Prinzipiell entsteht also keine Straffreiheit,²¹²⁸ weswegen die Einräumung niedriger Priorität nicht mit einer *Situation Completion* gleichzusetzen ist. Das OTP kann eine Situation als Ganzes oder einzelne Fälle innerhalb der Situation priorisieren.²¹²⁹ Als Rechtsgrundlage zur Priorisierung von Situationen genügen allgemeine Vorschriften, so wie sie auch bei der Priorisierung von Fällen ausreichen.²¹³⁰

2122 Vgl. ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 55.

2123 Näher bereits unter (D. IV.).

2124 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 684; *Pues*, JICJ 15 (2017), 435, 436.

2125 *Pues*, JICJ 15 (2017), 435, 436.

2126 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 684 – 689; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 44.

2127 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. 14; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 750.

2128 So zur Priorisierung einzelner Fälle, ICC-OTP, *Report on Prosecutorial Strategy* (14 September 2006), S. 5; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 48.

2129 In diese Richtung, *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699.

2130 Vgl. den auf Art. 54 I b ICCSt hinweisenden Wortlaut im Bericht der Expertengruppe zur Evaluierung des Rechts des ICC, ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 684; speziell zum Vorermittlungsstadium, *Pues*, JICJ 15 (2017), 435, 442 – 446; näher zur Rechtsgrundlage der Priorisierung von Fällen bereits unter (E. III. 3., 4.).

Das *Policy Paper on Preliminary Examinations* und die *Policy on Situation Completion* behandeln Priorisierungsfragen für Situationen lediglich peripher. Explizite Priorisierungskriterien hat das OTP allein im *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* offengelegt, das jedoch für einzelne Fälle und nicht für Situationen als Ganzes entwickelt wurde.²¹³¹ Im Rahmen der Evaluierung der Effektivität des ICC hat eine von der ASP eingesetzte unabhängige Expertengruppe die Erarbeitung eines eigenen Strategiepapiers zu Priorisierung von Situationen vorgeschlagen.²¹³² Das OTP hat ein solches ebenfalls angedeutet,²¹³³ was der erhöhten Transparenz halber prinzipiell zu begrüßen ist.²¹³⁴ Indes stellt sich die Frage, ob Priorisierungskriterien für Situationen nicht besser in das bereits erarbeitete *Policy Paper on Preliminary Examinations* oder die *Policy on Situation Completion* eingearbeitet werden sollten, um die Anzahl der Strategiepapiere gering und die Entscheidungskriterien übersichtlich zu halten.²¹³⁵

II. Zeitpunkt und Bezugsobjekt der Entscheidungen

Während sich Fälle in Abhängigkeit des jeweiligen Verfahrensstadiums in potenzielle, konkretisierte und konkrete Fälle unterteilen lassen,²¹³⁶ existiert keine vergleichbare Differenzierung für Situationen. Es wird lediglich zwischen Situationen im Vorermittlungsstadium und solchen im Stadium formaler Ermittlungen unterschieden.²¹³⁷ Die Selektion von Situationen im Vorermittlungsstadium liegt nicht im Fokus der vorliegenden Arbeit und sei hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt. Sie ist im

2131 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 4.

2132 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), R243.

2133 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 43 Fn. 33.

2134 Poes, JICJ 15 (2017), 435, 451 – 453.

2135 Zur Kritik an der wachsenden Anzahl der Strategiepapiere und für die Erarbeitung eines übergreifenden Dokuments, Ambos, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 46; Ambos/Stegmüller, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 393 – 394.

2136 Näher bereits unter (B. I. 3., 4., 5.).

2137 Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity*, S. 38; Safferling, JICJ 9 (2011), 651, 653; Van Heeck, *Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts*, S. 145; für eine interne Unterscheidung der formalen Ermittlungen in eine Ermittlungs- und eine Strafverfolgungsphase, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), S. 31 – 32.

Fall einer Überweisung mit der Feststellung der hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt und im Fall der Einleitung von Ermittlungen *proptio motu* mit dem Autorisierungsersuchen abgeschlossen.²¹³⁸

Es schließen sich die formalen Ermittlungen an, bei denen es um die Sammlung von Informationen zwecks Feststellung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit geht.²¹³⁹ Während dieses Stadiums beantragt das OTP Haftbefehle und Vorladungen und widmet sich so der Strafverfolgung in einzelnen Fällen.²¹⁴⁰ Eine positive Auswahlentscheidung in der Weise, dass das OTP sein Engagement in einer Situation im Stadium formaler Ermittlungen weiterführt, manifestiert sich in keiner bestimmten Form. Das Statut geht stillschweigend davon aus, dass die Behörde die Ermittlungen in einer Situation fortführt, solange noch weitere Fälle vorhanden sind.²¹⁴¹

Auf der anderen Seite trifft das OTP die Entscheidung zur Beendigung des Engagements in der Situation (= negative Auswahlentscheidung) dann, wenn es für alle innerhalb der Situation zu ermittelnden und zu verfolgenden Fällen eine Entscheidung für oder gegen Strafverfolgung getroffen hat.²¹⁴² Nach der dieser Arbeit zugrundeliegenden Rechtsauffassung bedarf es stets einer konkreten Rechtsgrundlage.²¹⁴³ Bis das OTP eine Entscheidung zur Beendigung des Engagements in einer Situation trifft, kann es ihr zwar niedrige oder hohe Priorität einräumen,²¹⁴⁴ das Verfahren in der Situation aber nicht endgültig abschließen.

2138 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; Cassese, *International Criminal Law*, S. 364; Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 14 Rn. 15.

2139 *Fujiwara/ Parmentier*, in: Reydams/Wouters/ Ryngaert (Hrsg.), *International Prosecutors*, 572.

2140 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 37 – 38; *Ryngaert*, in: *Ambos* (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 58 Rn. 6.

2141 Näher bereits unter (D. II. 2.).

2142 “This [Concluding the investigation in a situation] means that key lines of inquiry have been resolved through the cases selected for investigation, and that each of those selected cases has been investigated sufficiently for the Prosecutor to decide whether or not to initiate a prosecution, as described above.”, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 39.

2143 Näher bereits unter (D. IV.).

2144 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 684.

Einen konkreten Zeitpunkt zum Abschluss der formalen Ermittlungen in einer Situation sieht das ICCSt nicht vor.²¹⁴⁵ Das OTP kann die Ermittlungen nach eigenem Ermessen planen und strukturieren.²¹⁴⁶ Zudem unterliegen die Verbrechen des ICCSt keiner Verjährung und das OTP ist der Wahrheitssuche verpflichtet.²¹⁴⁷ Außerdem sind die zeitlichen Parameter vieler Situationen offen,²¹⁴⁸ was einer starren Frist widerspricht. Nach einer später aufgehobenen Entscheidung der PTC II können allenfalls die Interessen der Gerechtigkeit unter Umständen gegen die Einleitung formaler Ermittlungen sprechen, wenn die Verbrechen zu lange zurückliegen.²¹⁴⁹

Nimmt man dies als Maßstab, soll der zeitliche Abstand zu den Verbrechen nicht derart groß werden, dass die Weiterführung der Ermittlungen den Interessen der Gerechtigkeit widerspricht. Dabei handelt es sich aber nur um eines von mehreren Abwägungskriterien innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit. Wie die Errichtung der ECCC über 30 Jahre nach der Herrschaft der Roten Khmer in Kambodscha zeigt, kann auch nach einem langen Zeitablauf noch ein Interesse an strafrechtlicher Aufarbeitung bestehen.²¹⁵⁰ Für Deutschland sind die späten Verfahren gegen Täter des NS-Regimes zu nennen.²¹⁵¹ Eine Verfahrenseinstellung wegen Zeitablaufs ist keinesfalls zwingend.

III. Rechtsgrundlagen

Aus den soeben getätigten Ausführungen ergeben sich vier denkbare Möglichkeiten an Selektionsentscheidungen für Situationen als Ganzes: (1) Aus-

2145 Ebenso das OTP, zitiert nach, 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.

2146 *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.

2147 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.

2148 *Ambos*, *Treatise III*, S. 529.

2149 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.

2150 Unter anderem im Hinblick auf das Interesse der Opfer, die Wahrheit über vergangene Taten zu erfahren und Anerkennung zu erhalten, *Hoven*, ZIS 2014, 679, 685 – 685.

2151 Hierzu, *Werle/ Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 434.

wahl von Situationen im Stadium der Vorermittlungen durch (Nicht-)Einleitung formaler Ermittlungen; (2) Auswahl von Situationen im Stadium formaler Ermittlungen durch Weiterführung der Ermittlungen oder Einleitung einer *Situation Completion*; (3) Priorisierung von Situationen im Vorermittlungsstadium; (4) Priorisierung von Situationen im Stadium formaler Ermittlungen. Die vorliegende Arbeit bezieht sich auf Situationen im Stadium formaler Ermittlungen, weshalb die in der Wissenschaft bereits weitgehend erforschten Entscheidungen (1) und (3) nicht näher behandelt werden.²¹⁵² Für die Möglichkeiten (2) und (4) dagegen soll im Folgenden nach einschlägigen Rechtsgrundlagen vor dem Hintergrund des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips gesucht werden.

1. Entscheidung zur Situation Completion

Zunächst soll es um die Frage gehen, ob das System des Art. 53 ICCSt dem OTP eine unmittelbare Rechtsgrundlage zur Auswahlentscheidung in Form der Beendigung der formalen Ermittlungen in einer Situation bietet.

a) Art. 53 I ICCSt als Rechtsgrundlage

Auf den ersten Blick sprechen gute Argumente dafür, dass Art. 53 I ICCSt eine unmittelbare Rechtsgrundlage zur Einleitung einer *Situation Completion* bietet. Schließlich ist die Vorschrift darauf ausgelegt, dass das OTP die formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes beurteilt.²¹⁵³ Entsprechend soll das OTP gem. Reg. 29 I, III, IV Reg. OTP während der gesamten Dauer der formalen Ermittlungen das Fortbestehen der hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt für die Situation als Ganzes evaluieren. Als Konsequenz ließe sich schlussfolgern, das OTP solle die formalen Ermittlungen in der Situation gem. Art. 53 I ICCSt einstellen, sobald die hinreichende Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt infolge einer Negativbeurteilung

2152 Hierzu ausführlich neben Vielen, *Olásolo*, The Triggering Procedure of the ICC; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC; *Zakerhossein*, Situation Selection Regime at the ICC.

2153 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 48; 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. 190; *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 39; näher bereits unter (C. I. 2.).

eines oder mehrerer der dort genannten Kriterien nicht mehr besteht.²¹⁵⁴ Einem solchen Verständnis wird vorliegend nicht gefolgt.

Bereits der Wortlaut des Art. 53 I ICCSt erlaubt keine unmittelbare Anwendung auf Verfahrenseinstellungen in Situationen im Stadium formaler Ermittlungen. Gem. Art. 53 I 1 ICCSt „leitet [der Ankläger] Ermittlungen ein, sofern er nicht feststellt, dass es für die Verfahrenseinleitung nach diesem Statut keine hinreichende Grundlage gibt.“ Mit „Ermittlungen“ sind die formalen Ermittlungen in einer Situation gemeint.²¹⁵⁵ Nach ihrer Einleitung endet der zeitliche Anwendungsbereich der Vorschrift.²¹⁵⁶ Der auf die Vorermittlungen begrenzte unmittelbare Anwendungsbereich des Art. 53 I ICCSt verbietet infolgedessen eine Entscheidung für Situationen, in denen die formalen Ermittlungen bereits eingeleitet wurden.²¹⁵⁷

Speziell für Situationen, in denen die Ermittlungen eigeninitiativ eingeleitet wurden, spricht ein weiteres Argument gegen eine unmittelbare Anwendung des Art. 53 I ICCSt. Bei der Einleitung von Ermittlungen *proprio motu* verdrängt Art. 15 ICCSt als speziellere Vorschrift Art. 53 I ICCSt.²¹⁵⁸ Konsequenterweise sollte dann auch Art. 15 ICCSt und nicht Art. 53 I ICCSt bei der Beendigung der formalen Ermittlungen in einer solchen Situation angewandt werden. Ein unterschiedliches Maß an richterlicher Kontrolle wäre die Folge. Bei der Einleitung der Ermittlungen *proprio motu* ist diese nämlich gem. Art. 15 III, IV ICCSt auf Entschei-

2154 Vgl. Safferling, International Criminal Procedure, S. 240 – 241.

2155 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. 21; 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; Kremens, in: Krzan (Hrsg.), *Prosecuting International Crimes*, 176, 187.

2156 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. 21; Poes, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 201; näher bereits unter unter (C. I. 3.).

2157 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. 21.

2158 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 – 32; De Guzman, *Fordham ILJ* 32 (2008), 1400, 1411; Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 33.

dungen zugunsten von Ermittlungen beschränkt,²¹⁵⁹ wohingegen der bei Überweisungen anwendbare Art. 53 III ICCSt Negativentscheidungen erfasst.²¹⁶⁰ Die Beendigung der formalen Ermittlungen in einer Situation wäre ausschließlich im Fall einer Überweisung gem. Art. 53 III ICCSt gerichtlich überprüfbar. In der Folge bestünde ein unterschiedliches Strafverfolgungsrisiko in Abhängigkeit vom Auslösemechanismus und damit einhergehend das Risiko einer Ungleichbehandlung.²¹⁶¹ Das Statut behandelt letztendlich sämtliche Situationen nach Einleitung der formalen Ermittlungen rechtlich gleich.²¹⁶²

b) Art. 53 II ICCSt als Rechtsgrundlage

Im Gegensatz zu Art. 53 I ICCSt setzt Art. 53 II ICCSt zu einem nicht konkret benannten Zeitpunkt nach Einleitung der formalen Ermittlungen an.²¹⁶³ Mit Blick auf die Auslösemechanismen sind keinerlei Besonderheiten zu beachten.²¹⁶⁴ Mittels Art. 53 II ICCSt ist es dem OTP theoretisch möglich, das Engagement in einer Situation als Ganzes zu beenden.²¹⁶⁵ Sind die

2159 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.

2160 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. 57; *Van Heeck*, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 187 – 190.

2161 So auch das OTP, allerdings mit der Folgerung, dass auch bei Situationen, in denen die formalen Ermittlungen infolge einer Überweisung aufgenommen wurden, die Einstellungsentscheidung abseits des Art. 53 II ICCSt keiner Kontrolle unterliegen solle, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 54 Fn. 45.

2162 Vgl. *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 332 – 333; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 122; anders die (zu kritisierende) Sicht des OTP, wonach Art. 53 II ICCSt nicht im Fall eigeninitiativ eingeleiteter Ermittlungen gelte, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 54 Fn. 45; ebenso, *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH, S. 152 – 154.

2163 *Hamilton*, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 10 Fn. 51.

2164 Ebenso, *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 122, anders, *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IstGH, S. 152 – 154; näher bereits unter (C. II. I.).

2165 *Hamilton*, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 10; *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 202; die Möglichkeit explizit offenlassend, ICC,

formalen Ermittlungen derart fortgeschritten, dass sämtliche Fälle der Situation hinreichend für eine Beurteilung am Maßstab des Art. 53 II ICCSt konkretisiert sind und trifft das OTP für all diese Fälle eine Entscheidung nach ebenjener Vorschrift, besteht keine Legitimation für weitere Ermittlungen, sodass diese einzustellen sind.²¹⁶⁶ In Ermangelung einer weiteren einschlägigen Rechtsgrundlage bildet Art. 53 II ICCSt den im Statut vorgesehenen Normalfall einer Entscheidung zur *Situation Completion*.²¹⁶⁷

Beispielsweise kann das OTP nach einem gewissen Fortschritt der formalen Ermittlungen zu dem Schluss gelangen, dass sich der Anfangsverdacht für das Vorliegen völkerrechtlicher Verbrechen in keinem einzigen Fall der Situation erhärtet hat.²¹⁶⁸ In einer solchen Konstellation besteht keine sachliche Grundlage für die Beantragung eines Haftbefehls oder einer Vorladung, sodass Art. 53 II a ICCSt gegen jedwede Strafverfolgung innerhalb der Situation spricht. Weiterhin besteht die Möglichkeit, dass nach bereits erlassenen Haftbefehlen oder Vorladungen die Kriterien der Zulässigkeit oder der Interessen der Gerechtigkeit gegen eine Strafverfolgung in sämtlichen verbliebenen Fällen sprechen.²¹⁶⁹ Die Entscheidung, dass das OTP keine weitere Strafverfolgung in einer Situation durchführt, nachdem bereits Haftbefehle oder Vorladungen erlassen wurden, ist damit ebenso von Art. 53 II ICCSt erfasst wie der Entschluss, von vornherein in keinem einzigen Fall Strafverfolgung zu betreiben.²¹⁷⁰

In der Praxis dürfte gerade der rechtliche Normalfall einer *Situation Completion* auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt vor allem hypothetischer Natur sein. In den allermeisten Situationen existiert eine viel zu hohe Anzahl an Verbrechen, weshalb das OTP nur in wenigen Fällen hinreichend

Situation in Sudan, ICC-02/05-185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), para. 21.

2166 Vgl. *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC S. 202.

2167 Vgl. *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 201 – 202.

2168 *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 275; *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), International Criminal Procedure, 131, 147.

2169 *Hamilton*, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 10; *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 202.

2170 Beide Möglichkeiten diskutierend und im Ergebnis offenlassend, *Hamilton*, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 10 – 11; zu weiteren Auslegungsmöglichkeiten des Art. 53 II ICCSt, *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 36 – 42; *Stahn*, in: Stahn/ Sluiter (Hrsg.), The Emerging Practice of the ICC, 247, 270; näher zur Diskussion über die Rechtsauffassung des OTP bereits unter (C. II. 2. b) dd)).

ermitteln kann,²¹⁷¹ um sie anhand der Kriterien des Art. 53 II ICCSt beurteilen zu können. Die Konturen der übrigen potenziellen Fälle bleiben abstrakt. Zur Beurteilung alljener Fälle eignen sich allein die Kriterien des nicht anwendbaren Art. 53 I 2 ICCSt,²¹⁷² nicht aber des zweiten Absatzes.²¹⁷³ Allein den unmittelbaren Regelungsgehalt des Art. 53 ICCSt zugrunde gelegt, hat das OTP sehr eingeschränkte Möglichkeiten zur Einleitung einer *Situation Completion*.

2. Priorisierung von Situationen

Die Priorisierung von Situationen stellt die zweite der zu untersuchenden Selektionsentscheidungen dar, die das OTP im Stadium formaler Ermittlungen treffen kann. Eine niedrige Priorisierung geht in der Regel mit einer geringeren Strafverfolgungswahrscheinlichkeit für die verbliebenen Fälle der betroffenen Situation einher, wenngleich sie nicht mit Straffrei-

2171 Bergsmo, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 7, 12; *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 684; *Hamilton*, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 2; *Robinson*, Leiden JIL 28 (2015), 323, 332; *Schabas*, Marshall LR 43 (2010), 535, 544; *Smeulers et al.*, in: Rothe et al. (Hrsg.), *The Realities of ICJ*, 7 40.

2172 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 50; 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. 191; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 36; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 143; 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; 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; *Ambos*, *Treatise III*, S. 277; *Cryer et al.*, *An Introduction to ICL and Procedure*, S. 420; *De Meester*, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 242; *Rastan*, CLF 19 (2008), 435, 441 – 442; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 286.

2173 *Bergsmo/ Bekou*, in: *Ambos* (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 38; *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 80; *De Guzman/ Schabas*, in: *Sluiter et al.* (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 146 – 147; *De Meester*, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 261; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 732, 738; *Pikis*, *The Rome Statute for the ICC*, S. 272; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 419.

heit gleichzusetzen ist.²¹⁷⁴ Einzelne Fälle priorisiert das OTP auf Grundlage von Art. 54 I b ICCSt.²¹⁷⁵ Vor diesem Hintergrund lässt sich die Priorisierungskompetenz für Situationen ebenfalls aus jener Vorschrift herleiten.²¹⁷⁶ Schließlich könnte das OTP genauso gut für jeden einzelnen Fall der Situation eine Priorisierungsentscheidung in Übereinstimmung mit Art. 54 I b ICCSt treffen.

Explizite zeitliche Vorgaben für einen Abschluss der formalen Ermittlungen in einer Situation sieht das Statut zwar nicht vor.²¹⁷⁷ Die in Art. 54 I b ICCSt angeordnete Effektivität der Ermittlungen verbietet lediglich unverhältnismäßig lange Ermittlungen.²¹⁷⁸ Außerdem begrenzen international anerkannte Menschenrechte die Opportunität des OTP gem. Art. 21 III ICCSt.²¹⁷⁹ Das gilt insbesondere für das Recht auf ein zügiges Verfahren.²¹⁸⁰ Aus diesem Grund muss das OTP stets ausreichende Ressourcen für Fälle vorhalten, in denen schon individuelle Menschenrechte

2174 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 689; Hamilton, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 8; Pues, JICJ 15 (2017), 435, 451.

2175 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 49; die Priorisierungskompetenz aus der Unabhängigkeit des OTP ableitend, Danner, American JIL 97 (2003), 510, 520; De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 269; näher bereits unter (E. III. 3., 4.).

2176 Vgl. den auf Art. 54 I b ICCSt hindeutenden Wortlaut im Bericht der unabhängigen Expertengruppe zur Evaluierung der Effektivität des ICC: “The prioritisation of situations is necessary to ensure that the limited resources of the OTP are being used in the most efficient and effective way.”, ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 684.

2177 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, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-290, Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court (19 July 2011), 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. 24; ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 89; 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. 38; O’Donohue, in: Rothe et al. (Hrsg.), *The Realities of ICJ*, 267, 296.

2178 So zu den Vorermittlungen, Pues, JICJ 15 (2017), 435, 444 – 446.

2179 Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 66; Safferling, JICJ 9 (2011), 651, 666.

2180 ICC, *Prosecutor v. Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-908, Decision on Prosecution’s Applications for a Finding of Non-Compliance (31 March 2014), paras. 80 – 81; Bassiouni, *Duke JCIL* 3 (1993), 235, 285 – 286.

betroffen sind.²¹⁸¹ Ebenso wenig darf das OTP eine Situation aus diskriminierenden Motiven heraus priorisieren.²¹⁸² Art. 54 I b ICCSt bietet dem OTP also keine grenzenlose Priorisierungskompetenz.

3. Regelungslücke

Bis hierin wurde festgestellt, dass das Statut Auswahl- und Priorisierungsentscheidungen für Situationen als Ganzes im Stadium formaler Ermittlungen im begrenzten Maß erlaubt. Spiegelbildlich zur Fallsektion kann das OTP Situationen auf Grundlage von Art. 54 I b ICCSt priorisieren. Auswahlentscheidungen für Situationen erfolgen auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt im Wege einer Entscheidung gegen Strafverfolgung in sämtlichen Fällen der Situation, soweit diese hinreichend konkretisiert sind.²¹⁸³ Weil Strafverfolgung das Ziel der Ermittlungen ist,²¹⁸⁴ dürfen dementsprechend auch keine weiteren Ermittlungen in der Situation durchgeführt werden.²¹⁸⁵

Die Beendigung des Engagements in einer Situation mittels einer Entscheidung gem. Art. 53 II ICCSt ist in Anbetracht der Anzahl der Verbrechen allerdings primär hypothetischer Natur. Die Möglichkeit, Art. 53 II ICCSt auf mehrere Fälle gleichzeitig anzuwenden,²¹⁸⁶ mindert das Problem zwar, behebt es jedoch nicht. Es ist schwer vorstellbar, dass das OTP jemals alle infrage kommenden Verbrechen einer Situation ausreichend ermittelt, um jeden Fall in eine Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt einzubeziehen. Für eine Beendigung des Engagements in einer Situation als Ganzes auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt dürften allenfalls Situationen mit eng begrenzten Parametern in Betracht kommen, bei denen das OTP tatsächlich in der Lage ist, sämtliche Fälle hinreichend zu ermitteln. Bei-

2181 So im Kontext der Beendigung des Engagements in einer Situation, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 58.

2182 Zur allgemeinen Bedeutung des Diskriminierungsverbots in den Verfahren vor dem ICC, *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 41; *De Guzman/Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 167.

2183 Näher bereits unter (F. III. 1. b)).

2184 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-556, Judgment on Victim Participation in the Investigation Stage (19 December 2008), para. 45.

2185 Vgl. *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 202.

2186 Näher bereits unter (C. II. 2. b) ee)).

spielhaft für eine solche Situation sei die “*Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*“ genannt, bei der die Einleitung formaler Ermittlungen mangels hinreichender Schwere zwar abgelehnt wurde, die Anzahl der Fälle aber dennoch ein vergleichsweise überschaubares Maß annimmt.²¹⁸⁷

In Situationen, in denen viele Fälle noch nicht den Konkretisierungsgrad eines potenziellen Falls überschritten haben, müsste das OTP in Ermangelung einer Einstellungsmöglichkeit für potenzielle Fälle die Ermittlungen faktisch unbegrenzt weiterführen.²¹⁸⁸ Letztendlich fehlt es dem Statut also nicht grundsätzlich an einer Rechtsgrundlage zur *Situation Completion*. Es fehlt allerdings eine Vorschrift, anhand derer das OTP die formalen Ermittlungen beenden kann, obwohl noch potenzielle Fälle in einer Situation vorhanden sind. Hierin liegt eine Regelungslücke.

4. Planwidrigkeit der Regelungslücke

Nur eine planwidrige Regelungslücke bedarf einer Schließung.²¹⁸⁹ Dabei erscheint die Annahme einer solchen Lücke zunächst widersprüchlich. Im Rahmen der Ausführungen zur Fallselektion wurde schließlich argumentiert, dass das Fehlen einer Vorschrift zur Entscheidung gegen die Einleitung von Ermittlungen in einem einzelnen potenziellen Fall nicht planwidrig ist, weil das Legalitätsprinzip die Lücke bereits füllt.²¹⁹⁰ Überträgt man dieses Ergebnis auf eine Situation als Ganzes, gelangt man zu dem Induktionsschluss, dass das Legalitätsprinzip auch eine Entscheidung zur Einstellung der Ermittlungen in einer Situation verbietet, solange noch potenzielle Fälle innerhalb der Situation existieren. Ansonsten würden die grundsätzlichen Ermittlungspflichten unterlaufen. Die Begründung der Planwidrigkeit der Regelungslücke muss diesen an sich logischen Schritt überwinden.

2187 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.

2188 Näher zur fehlenden Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung in potenziellen Fällen bereits unter (E. III. 1.).

2189 Bleckmann, AVR 17 (1977), 161, 169 – 173; Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, S. 217 – 219; näher zum Erfordernis der Planwidrigkeit einer Regelungslücke bereits unter (A. IV. 3. c)).

2190 Näher bereits unter (E. III. 6.).

a) Wertungen des Statuts

Der Rechtsfortbildung liegt eine grundsätzlich wertende Betrachtung zugrunde.²¹⁹¹ Die Frage ist demnach, ob der Regelungslücke in Form der fehlenden Möglichkeit zur Einstellung der Ermittlungen in einzelnen potenziellen Fällen innerhalb einer Situation und der fehlenden Möglichkeit der Verfahrenseinstellung in der Situation als Ganzes jeweils unterschiedliche Wertungen zugrunde liegen. Ebendies ist zu bejahen. Wäre das OTP aufgrund des Legalitätsprinzips in zahlreichen Situationen zu faktisch unbegrenzten Ermittlungen verpflichtet, müsste es seine Ressourcen in einem enormen Maß priorisieren. Die Einräumung niedriger Priorität käme in vielen Konstellationen einer außerhalb richterlicher Kontrolle liegenden Verfahrenseinstellung ohne gesetzliche Grundlage gleich.²¹⁹² Die dadurch entstehende außergesetzliche Opportunität wäre dem Prinzip der Legalität fremder als Verfahrenseinstellungen auf Grundlage gesetzlicher Kriterien.²¹⁹³

Dabei ist die Effektivität der Ermittlungen durch die fehlende Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung in einer Situation als Ganzes im Vergleich zu einzelnen potenziellen Fällen ungleich stärker beeinträchtigt. Kann das OTP das Verfahren in einem Fall nicht einstellen, muss es weiterhin gewisse Ressourcen für diesen Fall bereithalten.²¹⁹⁴ Seine Kapazitäten werden dadurch aber noch nicht grundlegend gefährdet. Anders sieht es bei einer Situation als Ganzes aus. Kann das OTP das Verfahren in einer Situation nicht einstellen, wiegen die dadurch gebundenen Ressourcen ungleich schwerer. Als Konsequenz dessen ist die Effektivität der Ermittlungen situationsübergreifend gefährdet.²¹⁹⁵ Das wäre schwer mit dem in Abs. II Präam-

2191 *Bleckmann*, ZaöRV 36 (1976), 374, 393; *Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht, S. 135; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 254 Rn. 559.

2192 Ähnlich bereits im Verfahren *Kenya II*, wo die Kammer keine Möglichkeit zur Kontrolle einer faktischen Verfahrenseinstellung sah, 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. 13.

2193 Zum Problem außergesetzlichen Ermessens in einem System der Legalität, *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.

2194 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 44.

2195 Aus diesem Grund jeweils wortgleich zur Notwendigkeit einer Situation Completion: "The need for situational planning and the adoption of accompanying completion strategies also reflects a growing, legitimate expectation that the Court

bel ICCSt genannten Ziel der Gewährleistung einer dauerhaften Achtung und Durchsetzung der internationalen Rechtspflege vereinbar. Würde der grundsätzliche Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang des Legalitätsprinzips die Regelungslücke schließen, könnte das OTP die formalen Ermittlungen in einigen Situationen faktisch nie beenden. Die dadurch gebundenen Ressourcen würden die Effektivität der Ermittlungen zugleich in anderen Situationen gefährden, zu denen das OTP gem. Art. 54 I b ICCSt verpflichtet ist.²¹⁹⁶

Daneben enthält das Statut mit Art. 53 I ICCSt²¹⁹⁷ eine Norm, mithilfe derer das OTP die Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes ablehnen kann.²¹⁹⁸ Das Statut kennt also eine Auswahlentscheidung für oder gegen formale Ermittlungen in einer Situation als Ganzes, wohingegen eine parallele Vorschrift für einzelne potenzielle Fälle fehlt.²¹⁹⁹ Hier soll sich das OTP gerade nicht entscheiden. Eine Auswahlentscheidung für oder gegen die Einleitung der Ermittlungen in einem Fall, noch bevor wesentliche Informationen zu diesem ermittelt sind, verstößt gegen das Prinzip der Objektivität.²²⁰⁰ Von einem fehlerfreien Einstellungsbeschluss für eine Situation als Ganzes sind hingegen prinzipiell alle Akteure des der Situation zugrundeliegenden Konflikts gleichermaßen betroffen, weswegen das Prinzip der Objektivität unter diesem Gesichtspunkt weniger beeinträchtigt ist.

Weiterhin ist die primäre Verantwortung der Staaten zur Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen anzuführen. Die Vertragsstaaten schufen den ICC als letztes Mittel zur Beendigung der Straflosigkeit.²²⁰¹ *Hamilton*

will find ways and means to meaningfully sustain its work across multiple situations within finite means“; 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).

2196 So zu den Vorermittlungen, *Pues*, JICJ 15 (2017), 435, 444 – 446.

2197 Art. 15 ICCSt bei eigeninitiativ eingeleiteten Ermittlungen, 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 – 32.

2198 Näher bereits unter (C. I. 2.).

2199 Ebenso gegen die Anwendung des Art. 53 I ICCSt bei der Fallselektion, ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 24.

2200 Vgl. ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17–9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 193; ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01, Letter of the Prosecutor (17 June 2004).

2201 *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 591, 592; *Lattenzi*, in: Bellelli (Hrsg.), *International Criminal Justice*, 181, 189; *Olásolo*, ICLR 3 (2003) 87, 96.

spricht in dem Zusammenhang sogar von einem “*complementarity imperative*“, aufgrund dessen das Engagement in einer Situation zwangsläufig endlich sein müsse.²²⁰² Jedenfalls ist davon auszugehen, dass dem Statut die Wertung zugrunde liegt, dass die Ermittlungen und Strafverfolgungen möglichst auf nationaler Ebene geführt werden sollen, was einem dauerhaften Engagement in einer Situation widerspricht. Die Regelungslücke bei der Beendigung des Engagements in einer Situation ist vor dem Hintergrund der soeben genannten Wertungen planwidrig.

b) Wille der Vertragsparteien

Soll eine Regelungslücke geschlossen werden, darf die fehlende Regulierung eines Sachverhalts nicht Ausdruck des Willens des Normgebers sein.²²⁰³ Tatsächlich wurde der Aspekt der Beendigung der formalen Ermittlungen in einer Situation von den Vertragsstaaten während der Verhandlungen um die Errichtung des Statuts allenfalls peripher behandelt.²²⁰⁴ Bei den ausgiebigen Diskussionen um die Ermittlungskompetenzen des OTP ging es stets um die Voraussetzungen einer Verfahrenseinleitung,²²⁰⁵ nicht aber um die Frage einer Beendigung der Ermittlungen, bevor diese vollständig abgeschlossen sind. Es scheint, dass sich die Vertragsstaaten lange Zeit schlicht keine Gedanken über eine künftige *Situation Completion* gemacht haben.²²⁰⁶ Vielmehr wurde das Gericht insgesamt als permanente Institution angesehen.²²⁰⁷ Allein im Bericht der Vorbereitungscommission zur Errichtung des ICC von 1996 findet sich ein kleiner Hinweis. Dort ist die Rede von einer Diskussion um eine Ermessenskompetenz des OTP “[...] *to initiate or to discontinue an investigation or prosecution in the*

2202 *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, II – 14, 57 – 58.

2203 ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96–21-T, Judgement (16 November 1998), para. 165; *Bleckmann*, AVR 17 (1977), 161, 169 – 173; *Schlütter*, *Developments in Customary International Law*, S. 104.

2204 Vgl. *Cryer et al.*, *An Introduction to ICL and Procedure*, S. 447; speziell zu den Verhandlungen um den relevanten Art. 53 ICCSt, *Guariglia*, in: Lee (Hrsg.), *The Making of the Rome Statute*, 227, 229 – 231; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 242 – 249.

2205 *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 1 – 4; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 244.

2206 *Dittrich*, in: *Dittrich/ Heinze* (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15.

2207 Vgl. *Dittrich*, *Sicherheit und Frieden* 31 (2013), 197, 201.

*interests of justice [...] or to have the authority to decline to investigate or to prosecute certain cases [...] when crimes were committed on a massive scale.*²²⁰⁸

Während der Überprüfungskonferenz im Jahr 2010 sprach *Serge Brammertz*, damaliger Chefankläger des ICTY, über die Notwendigkeit möglichst früh zu erarbeitender *Completion Strategies* für einzelne Situation am ICC.²²⁰⁹ Spätestens seit 2012 fordert sie auch die ASP,²²¹⁰ wobei die Verantwortung in den Händen des unabhängig agierenden OTP liegt.²²¹¹ Als das OTP im Jahr 2019 eine ebensolche Strategie ankündigte,²²¹² wurde dies seitens der von der ASP eingesetzten Expertengruppe zur Evaluierung der Effektivität und Effizienz des Gerichts positiv hervorgehoben.²²¹³ In Anbetracht der fehlenden Diskussionen während der Verhandlungen zur Errichtung des ICCSt sowie der später festgestellten Notwendigkeit einer *Situation Completion* ist anzunehmen, dass der Wille der Vertragsparteien nicht darauf gerichtet war, dem OTP keine Rechtsgrundlage zur Beendigung der formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes an die Hand zu geben. Vielmehr haben die Parteien das Problem nicht ausreichend vertieft bedacht. Dies spricht ebenso für die Planwidrigkeit der Regelungslücke.

5. Schließen der Regelungslücke

Soll eine planwidrige Regelungslücke im ICCSt geschlossen werden, kann dies mittels analoger Anwendung einer anderen Vorschrift des Statuts oder eines Rückgriffs auf eine in Art 21 ICCSt genannte subsidiäre Rechtsquelle geschehen.²²¹⁴ Aus zwei Gründen kommt für das vorliegende Problem allein die vertragsimmanente Gesetzesanalogie in Betracht. Bei dieser wird

2208 UN-GA, *Report of the PrepCom on the Establishment of the ICC I*, A/51/22 (1996), para. 229.

2209 ICC-ASP, *Review Conference of the ICCSt*, RC/9/11 (31 May – 11 June 2010), S. 108.

2210 ICC-ASP, *Resolution 6*, ICC-ASP/11/Res.6 (21 November 2012).

2211 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 41; *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 23; *O'Donohue*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 105, 109 – 112.

2212 ICC-OTP, *Strategic Plan 2019–2021* (17 July 2019), para. 23.

2213 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), R248; zur allgemeinen Zustimmung zur Erarbeitung des Strategiepapiers, *Dittrich*, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 16.

2214 Näher bereits unter (A. IV. 3. c)).

der Gehalt einer einzelnen Norm auf einen unregelmäßig Sachverhalt übertragen.²²¹⁵

Erstens genießt die analoge Anwendung einer anderen Vorschrift des Statuts Vorrang vor einem Rückgriff auf weitere in Art. 21 ICCSt genannte Rechtsquellen,²²¹⁶ welche dem Statut gegenüber subsidiär sind.²²¹⁷ Die analoge Anwendung einer anderen Vorschrift des Statuts ist dem Vertragstext insoweit näher als ein Rückgriff auf subsidiäre Rechtsquellen, da Letzteres bei genauerer Betrachtung ebenfalls eine analoge Anwendung anderer – allerdings normfremder – Rechts darstellt.²²¹⁸ Zweitens existiert ohnehin kein einschlägiger Rechtssatz in den subsidiären Rechtsquellen. Insbesondere haben sich bislang keine allgemeinen Rechtsgrundsätze und kein Völkergewohnheitsrecht gebildet, da es keine historischen Vorbilder zum Begriff der Situation gibt. Speziell die UN-Tribunale lassen sich hierfür nicht heranziehen, weil deren Errichtung und spätere Abwicklung von Anfang an vom politischen Willen des Sicherheitsrats abhängig war.²²¹⁹ Diesbezüglich fehlt es an einer hinreichenden Vergleichbarkeit.

a) Vorschlag einer Analogie

Der im Folgenden näher zu begründende Vorschlag lautet, dass das OTP im Zuge seiner Entscheidung zur Beendigung der formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt analog zur Beurteilung nicht hinreichend ermittelter, potenzieller Fälle heranzieht. Auf diese Weise werden sämtliche Fälle der Situation in die formale Entscheidungsfindung zur Einleitung einer *Situation Completion* mit einbezogen. Für konkretisierte Fälle gilt

2215 Bleckmann, AVR 17 (1977), 161, 176; Dahm et al., Völkerrecht I/1, S. 81.

2216 ICC, *Prosecutor v. Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13-2123-Corr, Decision on Sentence (22 March 2017), para. 40; Bleckmann, AVR 17 (1977), 161, 168; Powderly, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 444, 473 – 474.

2217 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. 126; Bitti, in: Stahn/Sluiters (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 411, 414 – 415.

2218 Vgl. Bleckmann, AVR 17 (1977), 161, 176; Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, S. 134; Raimondo, General Principles of Law, S. 59.

2219 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Pikis (13 July 2006), para. 15; Pittman, JICJ 9 (2011), 797, 798.

Art. 53 II ICCSt unmittelbar,²²²⁰ für potenzielle Fälle gelten die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt analog. Um Missverständnissen vorzubeugen, soll sich die Analogie allein auf Konstellationen beschränken, in denen das OTP die formalen Ermittlungen in einer Situation als Ganzes beenden möchte. Auf einzelne potenzielle Fälle soll die Norm nicht analog angewandt werden, da es in dieser Hinsicht an der Planwidrigkeit der entsprechenden Regelungslücke fehlt.²²²¹

Der Vorschlag bietet zahlreiche Vorteile. Er erlaubt die Einbeziehung aller Fälle in einen einzigen formalen Einstellungsbeschluss. Weil das OTP diesen auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt trifft, kann die PTC unter den Voraussetzungen des Art. 53 III ICCSt ihre Kontrollfunktion ausüben.²²²² Auf diese Weise kann kein Fall durch unkontrollierte Verfahrenseinstellung der Judikative entzogen werden, was der Gewaltenteilung sowie der Gesetzesbindung der Anklagebehörde zugutekommt.²²²³ Gleichzeitig erlaubt der Vorschlag dem OTP eine flexible Entschlussfassung und minimiert die Anzahl gerichtlicher Entscheidungen.²²²⁴ Die Anzahl der gerichtlichen Überprüfungen wird auch dadurch gemindert, dass die Analogie nur die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt, nicht aber den gesamten Absatz betrifft. Würde man den gesamten Absatz analog anwenden, müsste das OTP eine Situation einmal mit Blick auf konkretisierte Fälle gem. Art. 53 II ICCSt und einmal mit Blick auf potenzielle Fälle analog Art. 53 I ICCSt beurteilen. Für jeden Entschluss würde Art. 53 III ICCSt gelten, was ein die Justizökonomie gefährdendes Unterfangen wäre.

Die Analogie hat darüber hinaus ein gewisses Potenzial, eine hier nur peripher relevante Regelungslücke zu schließen. Nimmt das OTP fehlerhaft an, ein Fall unterfalle der Gerichtsbarkeit des ICC und sei zulässig, wird das Ergebnis im Laufe des weiteren Verfahrens überprüft.²²²⁵ Demgegenüber besteht keine Kontrolle für die Konstellation, dass das OTP ohne

2220 Näher bereits unter (C. II. 2. a)).

2221 Näher bereits unter (E. III. 6.).

2222 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 146 – 147; *Stahn*, in: *Stahn/ Sluiter* (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC*, 247, 270.

2223 *La Fave*, *American JCL* 18 (1970), 532, 540.

2224 Zur Kritik einer zu großen Anzahl an Entscheidungen im Fall richterlicher Kontrolle von Einstellungsbeschlüssen, *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 38.

2225 Näher zu den verschiedenen Kontrollmechanismen einer positiven Auswahlentscheidung bereits unter (E. VIII. 1.).

einen formalen Einstellungsbeschluss fehlerhaft annimmt, ein Fall liege außerhalb der Gerichtsbarkeit oder sei unzulässig.²²²⁶ Einen solchen Fall wird das OTP regelmäßig nicht ausreichend für eine formale Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt ermitteln, sodass er potenziell bleibt. Will das OTP aber sein Engagement in der Situation als Ganzes gem. Art. 53 II ICCSt beenden, ist die richterliche Kontrolle gem. Art. 53 III ICCSt eröffnet, sodass die Kammer den nicht ermittelten potenziellen Fall zumindest theoretisch anhand des Maßstabs des Art. 53 I 2 ICCSt analog mitberücksichtigen kann. Hierzu müsste sie freilich die entsprechenden Informationen zur Verfügung gestellt bekommen, was jedenfalls im Fall einer Kontrolle gem. Art. 53 III a ICCSt nicht ausgeschlossen erscheint, da die überweisende Partei in einer solchen Anfechtungskonstellation ein Strafverfolgungsinteresse hat und bereit sein dürfte, ihre Informationen zu teilen.

Was die Voraussetzungen der Analogie anbelangt, wurde ein wesentlicher Schritt bereits getan. Es konnte gezeigt werden, dass das Statut eine planwidrige Regelungslücke für die Konstellation enthält, dass das OTP die formalen Ermittlungen in einer Situation beenden möchte, in der noch nicht sämtliche Fälle hinreichend konkretisiert sind für eine Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt. Darüber hinaus ist zu zeigen, dass kein Analogieverbot besteht, und dass die Interessenlagen vergleichbar sind.

b) Kein Analogieverbot

Für Art. 53 I 2 ICCSt bestehen mit Blick auf ein mögliches Analogieverbot keine Bedenken. Begriffsbestimmungen eines Verbrechens dürfen gem. Art. 22 II ICCSt nicht durch Analogie erweitert werden,²²²⁷ wobei Vorschriften, die einen unmittelbaren Einfluss auf die Tatbestände und die Strafbarkeit haben, ebenfalls von Art. 22 II ICCSt erfasst sind.²²²⁸ Erlaubt

²²²⁶ *Ambos*, Treatise III, S. 276; *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 41.

²²²⁷ 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. 133; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-3343, Judgment (21 March 2016), para. 83; *Ambos*, JICJ 4 (2006), 660, 670; *Davidson*, St. John's LR 91 (2017), 37, 45.

²²²⁸ 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. 131; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, Decision on the Confirmation of Charges (15 June 2009), para. 369.

sind hingegen Einschränkungen von Strafnormen, etwa in Form zusätzlicher Strafbarkeitsvoraussetzungen.²²²⁹ Rein prozessuale Vorschriften sind grundsätzlich ebenso wenig vom Analogieverbot umfasst, weswegen Lücken dort prinzipiell geschlossen werden können.²²³⁰ In der Vergangenheit war es Richtern internationaler Strafgerichte sogar ausdrücklich gestattet, ein eigenes Prozessrecht zu schaffen.²²³¹ Die Lückenschließung darf wegen Art. 51 IV ICCSt lediglich zu keiner Änderung des Prozessrechts führen, die rückwirkend zum Nachteil der Person angewandt wird, gegen die sich Ermittlungen, Strafverfolgung oder das Urteil richten.²²³² Nach der Rechtsprechung kommt es darauf an, ob die Gesamtposition des Angeklagten im Verfahren durch die Benachteiligung negativ beeinflusst wird.²²³³

Art. 53 I ICCSt ist eine rein prozessuale Vorschrift, da sie lediglich die (Nicht-)Einleitung der Ermittlungen in einer Situation regelt.²²³⁴ Auswirkungen auf einzelne Tatbestände oder die Voraussetzungen materieller Strafbarkeit bestehen nicht. In unmittelbarer Anwendung wirkt die Regel allenfalls unter dem Gesichtspunkt zulasten eines Täters, dass ohne die Einleitung der Ermittlungen nie ein Verfahren vor dem ICC gegen ihn geführt würde. In der hier vorgeschlagenen analogen Anwendung wirkt Art. 53 I 2 ICCSt hingegen stets zugunsten der betroffenen Person. Schließlich geht es um die Schließung einer Regelungslücke zur Beendigung laufender Ermittlungen, die ansonsten weitergeführt werden müssen.

2229 ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04–02/06–1962, Judgment on the Appeal of Mr Ntaganda (15 June 2017), para. 54; *Powderly*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 444, 490 – 491.

2230 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–42, Decision on the Application for Leave to Participate in the Proceedings (11 February 2011), para. 12; *Stahn*, *A Critical Introduction to ICL*, S. 297 – 298.

2231 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94–1-AR72, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (2 October 1995), para. 4; *Mégret*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 68, 69.

2232 ICC, *Prosecutor v. Ruto and Sang*, ICC-01/09–01/11–2024, Judgment on the Appeals of Mr William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang (12 February 2016), para. 23; *Schabas*, *The ICC*, Art. 22 S. 542.

2233 ICC, *Prosecutor v. Ruto and Sang*, ICC-01/09–01/11–2024, Judgment on the Appeals of Mr William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang (12 February 2016), para. 78.

2234 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 in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17–33, Decision on the Authorisation of an Investigation (12 April 2019), para. 30.

ten. Im Übrigen soll die Analogie allein die Entscheidungskriterien des Art. 53 I 2 ICCSt erfassen und nicht den gesamten ersten Absatz.

c) Vergleichbarkeit der Interessenlage

Die analoge Übertragung einer für einen bestimmten Sachverhalt geschaffenen Norm auf einen unregulierten Sachverhalt ist nur möglich, wenn beiden Sachverhalten eine vergleichbare Interessenlage zugrunde liegt.²²³⁵ Ob ein normierter und ein unregelter Sachverhalt rechtlich gleich oder ungleich zu behandeln sind, ist im Wesentlichen eine Wertungsfrage.²²³⁶ Diesbezüglich sind zwei Vergleiche von Sachverhalten denkbar, von denen allerdings nur einer methodisch korrekt ist. Der methodisch nicht korrekte Vergleich erstreckt sich einerseits auf Situationen, in denen keine weiteren potenziellen Fälle vorhanden sind, und andererseits auf Situationen, in denen noch potenzielle Fälle existieren. In erstgenannten Situationen kann das OTP die formalen Ermittlungen gem. Art. 53 II ICCSt einstellen, in letztgenannten nicht. Das Problem an diesem Vergleich ist, dass es vorliegend nicht um die Begründung einer Analogie des Art. 53 II ICCSt geht. Vielmehr soll eine Analogie der Kriterien des ersten Absatzes dargelegt werden.

Aus diesem Grund sind zwei Sachverhalte miteinander zu vergleichen, von denen einer von Art. 53 I 2 ICCSt geregelt ist und der andere nicht. Geregelt ist insoweit die Beurteilung potenzieller Fälle bei der Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation.²²³⁷ Nicht geregelt ist hingegen die Beurteilung potenzieller Fälle einer Situation bei der Beendigung der

2235 Bleckmann, AVR 31 (1993), 353; Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, S. 135 – 136; Möllers, Legal Methods, S. 241 Rn. 107; näher bereits unter (A. IV. 3. c)).

2236 Bleckmann, ZaöRV 36 (1976), 374, 393; Fastenrath, Lücken im Völkerrecht, S. 135; Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 254 Rn. 559.

2237 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 50; 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. 191; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 36; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17–9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 143; 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; 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 Applica-

formalen Ermittlungen in der Situation. Es kommt daher auf die Vergleichbarkeit der Beurteilung potenzieller Fälle bei der Einleitung und bei der Beendigung der formalen Ermittlungen in einer Situation an.

Vor diesem Hintergrund ist nun zu untersuchen, ob beide Sacherhalte einen vergleichbaren und durch die analoge Anwendung der Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt zu lösenden Interessenkonflikt aufweisen. Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass das OTP in beiden Sachverhalten mit der prinzipiell identischen Fragestellung konfrontiert ist. Sowohl bei der Entscheidung zur Einleitung oder Nichteinleitung als auch bei derjenigen zur Weiterführung oder Beendigung der formalen Ermittlungen geht es darum, ob das OTP auf Grundlage der verfügbaren Informationen in der Situation als Ganzes formal ermitteln soll oder nicht.

Der Wortlaut des Art. 53 I ICCSt und die richterliche Kontrolle des Art. 53 III ICCSt zeigen, dass bei der Einleitung der formalen Ermittlungen eine Vermutung zugunsten einer Positiventscheidung existiert.²²³⁸ Daher lässt sich ebenso von einer Vermutung zugunsten der Weiterführung formaler Ermittlungen sprechen, solange noch potenzielle Fälle innerhalb der Situation existieren.²²³⁹ Sowohl bei der Einleitung als auch bei der Weiterführung formaler Ermittlungen sind im Ausnahmefall Verfahrenseinstellungen auf Grundlage von Opportunitätserwägungen notwendig, weil das OTP nicht sämtliche Situationen vollständig strafrechtlich aufarbeiten kann.²²⁴⁰ Letztendlich sind die Interessenlagen bei beiden Sachverhalten als vergleichbar zu bewerten. Der Interessenkonflikt besteht jeweils aus der grundsätzlich bestehenden Ermittlungspflicht auf der einen und der Notwendigkeit flexibler Opportunitätserwägungen im Einzelfall auf der anderen Seite.

Ein scheinbarer Unterschied besteht allenfalls mit Blick auf den Informationsstand, den das OTP bei der Entscheidung zur Einleitung beziehungsweise der Weiterführung der formalen Ermittlungen hat. Weil die Behörde vor Einleitung der formalen Ermittlungen nur wenige Informationen über möglicherweise begangene Verbrechen hat, muss das Ergebnis der

tion for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 18; *Ambos*, *Treatise III*, S. 277; *Cryer et al.*, *An Introduction to ICL and Procedure*, S. 420.

2238 *De Guzman/ Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 144; *Van Heeck*, *Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts*, S. 187 – 190.

2239 Näher zu den umfassenden Ermittlungspflichten innerhalb einer Situation bereits unter (D. II. 2.).

2240 *Hamilton*, *ILP 47* (2014), 1, 15 – 16.

Vorermittlungen nicht eindeutig sein.²²⁴¹ Bei der Entscheidung zur Beendigung der formalen Ermittlungen ist dies zu einem gewissen Teil anders. Aufgrund bereits durchgeführter Ermittlungen existieren in aller Regel ein oder mehrere hinreichend konkretisierte Fälle. In die Bewertung der Vergleichbarkeit der Interessenkonflikte fließt dieser Umstand allerdings nicht ein. Für konkretisierte Fälle bietet Art. 53 II ICCSt schließlich bereits eine gesetzliche Lösung. Die planwidrige Regelungslücke liegt allein in der fehlenden Regelung zur Beurteilung potenzieller Fälle bei der Initiierung einer *Situation Completion*. Diesbezüglich ist der Informationsstand des OTP nur unwesentlich größer als bei der Entscheidung zur Einleitung der formalen Ermittlungen in der Situation.²²⁴² Der unterschiedliche Informationsstand des OTP ändert aus diesem Grund nichts an der Wertungsgleichheit der Interessenkonflikte.

Der Vorschlag, wonach das OTP die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt analog für die Beurteilung potenzieller Fälle im Rahmen einer Entscheidung gem. Art. 53 II ICCSt heranzieht, fügt sich darüber hinaus in die Systematik des Art. 53 ICCSt ein. Die Vorschrift löst den Konflikt zwischen grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten sowie als Ausnahmefall konzipierten Opportunitätsentscheidungen im Wege eines *Check-and-Balance-Systems*.²²⁴³ Innerhalb des Systems sind Verfahrenseinstellungen möglich, sie unterliegen aber nach Maßgabe des Art. 53 III ICCSt der richterlichen Kontrolle.²²⁴⁴ Beurteilt das OTP potenzielle Fälle bei der Entscheidung gegen Strafverfolgung analog der Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt, bleiben die Kontrolle, und damit verbunden das *Check-and-Balance-System* erhalten, weil sich Art. 53 III ICCSt auch auf den Entschluss gegen die Durchführung von Strafverfolgung erstreckt.²²⁴⁵

2241 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 34; 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.

2242 Vgl. *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 38 – 39; *Ratsan*, CLF 19 (2008), 435, 441.

2243 *Cryer et al.*, *An Introduction to ICL and Procedure*, S. 366; *El Zeidy*, CLF 19 (2008), 35, 55.

2244 *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 410; *Cassese*, *European JIL* 10 (1999), 144, 162; *Cryer et al.*, *An Introduction to ICL and Procedure*, S. 366.

2245 *Greenawalt*, *New York JILP* 39 (2007), 583, 597; *Nserko*, *JICJ* 3 (2005), 124, 141 – 142.

Auch den einzelnen Kriterien der ersten beiden Absätze des Art. 53 ICCSt liegen identische Wertungen zugrunde, was sich nicht zuletzt in den Vorschriften der Reg. OTP widerspiegelt. Gem. Reg. 29 I, III, IV Reg. OTP soll das OTP während der gesamten Dauer der formalen Ermittlungen das Fortbestehen der hinreichenden Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt anhand der dort genannten Kriterien evaluieren. Wenn das OTP nach Art. 53 II ICCSt handelt, soll es gem. Reg. 29 V Reg. OTP die ersten vier Absätze des Reg. 29 Reg. OTP *mutatis mutandis* anwenden, wodurch die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt Einzug in die Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt finden.²²⁴⁶ Weiterhin soll das OTP für die Selektion potenzieller Fälle innerhalb einer Situation gem. Reg. 33 S. 2 Reg. OTP die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt anwenden,²²⁴⁷ wohingegen Art. 53 II ICCSt die einschlägige Vorschrift zur endgültigen Auswahl einzelner Fälle ist.²²⁴⁸ Eine klare Trennlinie zwischen den Kriterien der ersten beiden Absätze des Art. 53 ICCSt lässt sich nicht ziehen.

d) Besonderheiten bei den Auslösemechanismen

Die obigen Ausführungen zur Vergleichbarkeit der Interessenlage gelten ohne Einschränkung für Situationen, in denen das OTP infolge einer Staatenüberweisung oder einer Überweisung des Sicherheitsrats ermittelt. Lediglich für Situationen, in denen das OTP die Ermittlungen *proprio motu* eingeleitet hat, müssen weitere Aspekte in die Problemlösung einfließen. Allen voran gilt bei der Einleitung von Ermittlungen *proprio motu* nicht Art. 53 I ICCSt, sondern Art. 15 ICCSt.²²⁴⁹ Im Gegensatz zur Überprüfung einer Negativentscheidung kontrolliert die PTC eine Positiventscheidung des OTP.²²⁵⁰ Die Kontrolle beschränkt sich auf die Frage ob

2246 *Ambos/ Stegmüller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

2247 *Ambos/ Stegmüller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; *Bådagård/ Klamberg*, Gerorgetown JIL 48 (2017), 639, 675 – 676.

2248 *Ambos/ Stegmüller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; näher zur Rechtsgrundlage der Fallauswahl bereits unter (E. III. 2.).

2249 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; *Nserko*, African HRLJ 4 (2004), 256, 272.

2250 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 Fn. 52.

die Faktenlage eine hinreichende Grundlage für das Vorliegen von Verbrechen i.S.d. Art. 5 ICCSt bietet, und ob diese der Gerichtsbarkeit zu unterliegen scheinen.²²⁵¹ Sie erstreckt sich also nicht auf sämtliche Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt.²²⁵² Das OTP genießt aus diesem Grund mehr Opportunität bei der Entscheidung gegen die Aufnahme formaler Ermittlungen *proprio motu* im Vergleich zur Aufnahme der Ermittlungen infolge einer Überweisung.²²⁵³ Hieraus ließe sich folgern, dass das Statut bei der Einleitung der formalen Ermittlungen unterschiedliche Wertungen enthält, die sich unter Umständen auf deren Beendigung auswirken.²²⁵⁴

Bei genauerer Betrachtung handelt es sich bei jener Folgerung allerdings um einen Trugschluss. Zunächst einmal geht es bei der hier vorgeschlagenen Analogie nicht um den gesamten ersten Absatz des Art. 53 ICCSt und insbesondere nicht um die darin enthaltene Rechtsfolge, sondern lediglich um die im zweiten Satz genannten Kriterien.²²⁵⁵ Diese soll das OTP gem. Rule 48 RPE auch bei einer Entscheidung nach Art. 15 III ICCSt heranziehen.²²⁵⁶ Während der PTC im Rahmen der Autorisierung eine eingeschränkte Kontrollkompetenz zusteht, ist das OTP bei sämtlichen Auslösemechanismen an identische Kriterien gebunden.²²⁵⁷ Dafür, dass

-
- 2251 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.
- 2252 Zum engeren Kontrollumfang der Autorisierung im Vergleich zur Kontrolle gem. Art. 53 III ICCSt bereits, *Olásolo*, ICLR 3 (2003) 87, 104.
- 2253 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.
- 2254 Ähnlich das OTP, wonach Art. 53 II ICCSt aufgrund der Besonderheiten des Art. 15 ICCSt nicht anwendbar sei, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 52.
- 2255 Näher bereits unter (F. III. 5. a)).
- 2256 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, *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. 79; *De Guzman*, Fordham ILJ 32 (2008), 1400, 1412; *De Gurmendi/ Friman*, YIHL 3 (2000), 289, 294; *Webb*, CLQ 50 (2005) 305, 321 – 322; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 295.
- 2257 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.

sich die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt unterschiedslos für alle Situationen im Rahmen einer Entscheidung nach Maßgabe des Art. 53 II ICCSt eignen, lässt sich ebenso Reg. 29 Reg. OTP heranziehen. Gem. Reg. 29 I Reg. OTP erstellt das OTP für eine Entscheidung nach Art. 15 III ICCSt einen Bericht mit Blick auf die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt. Bei einer Entscheidung gem. Art. 53 II ICCSt soll es diesen Absatz gem. Reg. 29 V Reg. OTP *mutatis mutandis* anwenden, wobei die Reg. OTP keine Hinweise auf Unterschiede hinsichtlich der Auslösemechanismen enthalten.

Überdies endet der zeitliche Anwendungsbereich der Regelungen zu den Auslösemechanismen mit der Einleitung der formalen Ermittlungen.²²⁵⁸ Ab diesem Zeitpunkt enthält das ICCSt keine unterschiedlichen Vorschriften für das weitere Verfahren in Abhängigkeit vom jeweiligen Auslösemechanismus.²²⁵⁹ In Anbetracht dessen wäre es widersprüchlich, wenn das OTP für Situationen, in denen es die Ermittlungen infolge einer Überweisung eingeleitet hat, die Beurteilungskriterien des Art. 53 I 2 ICCSt analog für ihre Beendigung heranziehen könnte und für anderen Situationen nicht. Die einzige Besonderheit für Situationen, in denen das OTP die Ermittlungen eigeninitiativ eingeleitet hat, liegt im unterschiedlichen Maß richterlicher Kontrolle bei der Verfahrenseinstellung. Weil Art. 53 III a ICCSt eine überweisende Partei voraussetzt, ist die Kompetenz der PTC gem. Art. 53 III b ICCSt allein auf die Interessen der Gerechtigkeit begrenzt.²²⁶⁰ Die Interessenlage ist daher in allen Konstellationen vergleichbar, weswegen die Analogie möglich ist.

IV. Entscheidungskriterien

Nach der bisherigen Analyse kann das OTP Situationen im Stadium der Vorermittlungen und der formalen Ermittlungen auf Grundlage von

2258 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. 21; *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 201.

2259 *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 122.

2260 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. 57; *Calvo-Goller*, The Trial Proceeding of the ICC, S. 159 – 160; *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC II, 1137, 1158; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 301 – 303.

Art. 54 I b ICCSt priorisieren.²²⁶¹ Die hier nicht weiter erörterte Auswahlentscheidung am Ende der Vorermittlungen trifft es auf Grundlage von Art. 53 I ICCSt. Nach Einleitung der formalen Ermittlungen kann es eine *Situation Completion* gem. Art. 53 II ICCSt einleiten.²²⁶² Für den Fall, dass noch potenzielle Fälle in der Situation vorhanden sind, beurteilt das OTP diese im Rahmen der Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt mittels analoger Anwendung der Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt.²²⁶³ Nachdem diese Rechtsgrundlagen geklärt sind, soll es nun um die heranzuziehenden Kriterien gehen. Prinzipiell spiegeln sie die im Rahmen der Fallselektion dargelegten Faktoren wider. Selbiges gilt für die allgemeinen Grenzen der Entscheidungsfindung.

Das OTP unterliegt auch auf Situationsebene den Prinzipien der Unabhängigkeit, Objektivität und Unparteilichkeit.²²⁶⁴ Es ist gem. Art. 21 III ICCSt an international anerkannte Menschenrechte gebunden und darf keine Entscheidung auf Grundlage eines der in der Norm genannten Merkmale treffen.²²⁶⁵ Auf Situationsebene besteht die Besonderheit, dass abstrakte Situationen keine Träger individueller Menschenrechte sind.²²⁶⁶ Hieraus zu folgern, das OTP sei bei Selektionsentscheidungen für Situationen nicht an das Diskriminierungsverbot gebunden,²²⁶⁷ scheint jedoch verfehlt. Eine Situation besteht aus einzelnen Fällen, die einen gemeinsamen Kontext aufweisen.²²⁶⁸ Trifft das OTP eine positive Selektionsentscheidung aus diskriminierender Motivation für eine Situation, impliziert dies in aller Regel eine Diskriminierung der jedenfalls mittelbar betroffenen Individuen. Dem Prinzip der Unparteilichkeit folgend muss es für alle Situationen identische Verfahren, Methoden, Kriterien und

2261 Näher bereits unter (F. III. 2.).

2262 Näher bereits unter (F. III. 1. b)).

2263 Näher bereits unter (F. III. 5.).

2264 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 13.

2265 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 41; *De Guzman/Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 167; *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 60 – 61.

2266 *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 61.

2267 *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 61 – 62.

2268 *Stegmiller*, CLF 24 (2013), 475, 481; *Tharakan*, *Konkretisierung des Komplementaritätsprinzips*, S. 43; *Zakerhossein*, *Situation Selection Regime at the ICC*, S. 30.

Maßstäbe anwenden.²²⁶⁹ Letzteres stellt eine enorme Herausforderung dar. Schließlich unterscheiden sich Situationen mitunter sehr stark.²²⁷⁰

1. Entscheidung zur Situation Completion

Die für eine Entscheidung zur Einleitung einer *Situation Completion* heranzuziehenden Kriterien ergeben sich abschließend aus der Rechtsgrundlage des Art. 53 II ICCSt und des analog heranzuziehenden Art. 53 I 2 ICCSt.²²⁷¹ Darüberhinausgehende Kriterien sind ausgeschlossen, da ansonsten die gerichtliche Kontrolle des Art. 53 III ICCSt unterlaufen würde. Diese beschränkt sich inhaltlich auf die in den ersten beiden Absätzen genannten Faktoren.²²⁷² In der *Policy on Situation Completion* weist das OTP darauf hin, dass diese im gemeinsamen Kontext mit dem *Policy Paper on Preliminary Examinations* sowie dem *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* zu sehen ist.²²⁷³ In den beiden letztgenannten Strategiepapieren benennt das OTP die Gerichtsbarkeit, Zulässigkeit und die Interessen der Gerechtigkeit als primär relevante Kriterien.²²⁷⁴ Der Sache nach sind also auch aus Sicht des OTP die Kriterien des Art. 53 I 2, II ICCSt maßgeblich für eine Entscheidung zur *Situation Completion*.

a) Kriterien des Art. 53 II ICCSt

Die Einleitung einer *Situation Completion* auf Grundlage des Art. 53 II ICCSt ist der im Statut vorgesehene rechtliche „Normalfall“. Aus diesem Grund soll das OTP die dort genannten Kriterien an erster Stelle heranziehen. Für die in der Praxis unwahrscheinliche Konstellation, dass das OTP sämtliche Fälle der Situation ausreichend für eine Beurtei-

2269 Missverständlich die Konsequenzen des Prinzips nur mit Blick auf Fälle explizit nennend, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 18.

2270 *Evenson/ Smith*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 1259, 1267.

2271 Näher zur Rechtsgrundlage des Art. 53 II ICCSt bereits unter (F. III. 1. b)); zur Analogie des Art. 53 I 2 ICCSt unter (F. III. 5.).

2272 *Kloss*, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 38; *Schabas*, *The ICC*, Art. 53 S. 841; *Webb*, *CLQ* 50 (2005), 305, 321.

2273 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 3.

2274 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 34; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), paras. 24.

lung anhand der in der Norm genannten Kriterien ermittelt hat, sind sie ausreichend, um den Einstellungsbeschluss zu legitimieren. Auf die Analogie des Art. 53 I 2 ICCSt muss und darf das OTP dann nicht mehr zurückgreifen. Zum Inhalt und Entscheidungsmaßstab der Rechtsbegriffe des Art. 53 II ICCSt sei auf die oben getätigten Ausführungen verwiesen.²²⁷⁵

b) Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt analog

Im Rahmen der Entscheidung nach Maßgabe des Art. 53 II ICCSt greift das OTP auf die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt analog zurück, um noch vorhandene potenziellen Fälle einer Situation zu beurteilen.²²⁷⁶ Dabei lässt sich der bereits diskutierte Entscheidungsmaßstab für die Einleitung der formalen Ermittlungen auf deren Beendigung übertragen. Bei der unmittelbaren Anwendung des Art. 53 I 2 a ICCSt am Ende der Vorermittlungen genügt demzufolge der hinreichende Verdacht, dass mindestens ein Verbrechen innerhalb der Gerichtsbarkeit begangen wurde oder begangen wird, um die Voraussetzungen des Kriteriums zu erfüllen.²²⁷⁷ Für die Entscheidung zur Beendigung der formalen Ermittlungen bedeutet dies, dass die Verfahrenseinstellung in der Situation nicht analog Art. 53 I 2 a ICCSt legitimiert werden kann, solange weiterhin ein hinreichender Verdacht dafür besteht, dass mindestens ein Verbrechen innerhalb der Gerichtsbarkeit begangen wurde oder begangen wird.

Bei der unmittelbaren Anwendung des Art. 53 I 2 b ICCSt genügt für die Einleitung der formalen Ermittlungen, dass ein einzelner potenzieller Fall innerhalb der Situation zulässig ist.²²⁷⁸ Auf ihre Beendigung übertragen bedeutet dies, dass die Ermittlungen in der Situation nicht analog Art. 53 I 2 b ICCSt beendet werden dürfen, solange noch mindestens ein zulässiger potenzieller Fall innerhalb der Situation existiert. Die Schwelle zur Einleitung einer *Situation Completion* ist also zunächst einmal hoch.

2275 Näher zum Entscheidungsmaßstab im Kontext des Art. 53 II a ICCSt bereits unter (D. III. 1. b)); zum Entscheidungsmaßstab der Komplementarität im Kontext des Art. 53 II b ICCSt unter (D. III. 2. a) gg)); zur Schwere im Kontext des Art. 53 II b ICCSt unter (D. III. 2. c) ff)); zu Art. 53 II c ICCSt unter (D. III. 3. f)).

2276 Näher bereits unter (F. 5).

2277 Näher bereits unter (D. III. 1. a)).

2278 Näher zum Entscheidungsmaßstab im Kontext der Komplementarität im Kontext des Art. 53 I 2 b ICCSt bereits unter (D. III. 2. a) ff)); zur Schwere im Kontext des Art. 53 I 2 b ICCSt unter (D. III. 2. c) ee)).

Für die Interessen der Gerechtigkeit hat sich bei der Einleitung der formalen Ermittlungen noch kein konkreter Maßstab gebildet. Es konnte allerdings argumentiert werden, dass das Bezugsobjekt des Art. 53 I 2 c ICCSt kein einzelnes Verbrechen und kein einzelner potenzieller Fall ist, sondern die Ermittlungen als solche mit Blick auf die Situation als Ganzes.²²⁷⁹ Im Gegensatz zu den übrigen Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt sollte der Maßstab also nicht zwingend darauf ausgelegt sein, dass die formalen Ermittlungen in der Situation als Ganzes so lange fortgeführt werden müssen, wie in mindestens einem einzelnen potenziellen Fall die Interessen der Gerechtigkeit positiv zu beurteilen sind. Vielmehr handelt es sich um eine Gesamtabwägung unter Beachtung aller verbliebenen potenziellen Fälle und berücksichtigungsfähiger Interessen im Hinblick auf das Verfahren in der Situation als Ganzes. So kann ein potenzieller Fall, dessen Schwere besonders hoch zu beurteilen ist, dazu führen, dass das OTP sich gegen eine Einstellung entscheidet. Unter Umständen können aber andere innerhalb der Interessen der Gerechtigkeit zu berücksichtigende Faktoren zu einer gegenteiligen Entscheidung führen.

Dabei kann sich die Beurteilung der Interessen der Gerechtigkeit im Laufe der formalen Ermittlungen ändern. Je mehr Fälle strafrechtlich aufgearbeitet werden, desto weniger können die Interessen der Gerechtigkeit für eine Fortführung sprechen. Das Ergebnis ihrer Beurteilung ist abhängig von der Strategie, die das OTP im Zuge der Fallselektion gewählt hat. Weil die Interessen der Gerechtigkeit das bei weitem höchste Potenzial zur Beendigung des Engagements in einer Situation bieten, sollte das OTP von seiner restriktiven Auslegung der Klausel Abstand nehmen.²²⁸⁰ Eine weite Auslegung der Klausel ist vor dem Hintergrund der ebenfalls erweiterten richterliche Kontrolle (Art. 53 III b ICCSt) legitim.

c) Prognostische Komponente

Die Entscheidung zur Beendigung des Engagements in einer Situation geht mit einem erhöhten Maß an Prognose einher. Wesentliche Informationen zu einzelnen Fällen erlangt das OTP erst durch weitreichende Ermittlungen.

2279 Näher bereits unter (D. III. 3. e)).

2280 Hierzu, ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 9.

gen.²²⁸¹ Dabei ist es durchaus möglich und nicht unwahrscheinlich, dass die Behörde auch Informationen zu solchen Verbrechen erlangt, die ihm am Ende der Vorermittlungen noch vollständig verborgen waren.²²⁸² Wenn das OTP das Verfahren in einer Situation beenden möchte, sollte es sich des möglichen Dunkelfelds ihm noch unbekannter Verbrechen bewusst sein.

Im Fall *Mbarushimana* entschied die Rechtsprechung, dass auch Fälle, deren zugrundeliegende Verbrechen erst Jahre nach Aktivierung der Gerichtsbarkeit begangen wurden, von den Ermittlungskompetenzen des OTP erfasst sind, solange sie einen hinreichenden Nexus zur Situation aufweisen.²²⁸³ Konsequenterweise müssten dann auch solche Fälle erfasst sein, deren Verbrechen mehrere Jahre nach einer Entscheidung zur Beendigung der formalen Ermittlungen begangen wurden, solange sie einen hinreichenden Nexus zur Situation aufweisen. Das Problem tritt vor allem dann auf, wenn der gewaltsame Konflikt, welcher der Situation zugrunde liegt, nach einer scheinbaren Befriedung wieder aufflammt.²²⁸⁴ Jedenfalls in Situationen, in denen die Gewalt fort dauert, scheint eine *Situation Completion* nur äußerst schwer legitimierbar.

Eine weitere prognostische Komponente liegt in der Beurteilung der Zulässigkeit. Das gilt beispielsweise für Situationen, in denen das OTP die Strategie der positiven Komplementarität verfolgt hat. Dort kann es ab einem gewissen Punkt zu der Beurteilung gelangen, der primär zuständige Staat führe nunmehr selbst effektive Verfahren durch, was sich nach einer gewissen Zeit wiederum erneut ändern kann. Das OTP sollte sein Engage-

2281 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 50; 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; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 739; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 312.

2282 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 50; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 36; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 143.

2283 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. 50; 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. 122.

2284 Allgemein zur Schwierigkeit, die zeitlichen und örtlichen Grenzen des die Parameter einer Situation deteminierenden gewaltsamen Konflikts zu konkretisieren, *Zakerhossein*, ICLR 18 (2018), 686, 707.

ment in einer Situation daher nicht vorschnell beenden, sondern im Vorfeld eines formalen Beschlusses die Situation einem ausgiebigen *Monitoring* unterziehen.²²⁸⁵

Hat das OTP bereits einen Einstellungsbeschluss gefasst, bietet Art. 53 IV ICCSt immerhin eine Möglichkeit, die Entscheidung gem. Art. 53 II ICCSt auf der Grundlage neuer Tatsachen oder Informationen zu überprüfen.²²⁸⁶ Hierunter könnte auch das Auftreten neuer Gewalt zählen. Dabei müsste das OTP aber beurteilen, ob es sich bei der neuen Gewalt gegebenenfalls um eine neue Situation handelt, für welche die Gerichtsbarkeit erneut aktiviert werden müsste.²²⁸⁷ Art. 53 IV ICCSt ist bislang wenig erforscht und nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, weshalb es bei diesem knappen Ausblick belassen sei.

2. Priorisierungsentscheidungen

Anstelle einer *Situation Completion* kann sich das OTP auf Grundlage von Art. 54 I b ICCSt dazu entschließen, einzelne Situationen gegenüber anderen zu priorisieren.²²⁸⁸ Entsprechend unbestimmt sind die heranzuziehende Entscheidungskriterien, wobei jedenfalls die Faktoren des Art. 53 I 2 ICCSt relevant sind. Das folgt bereits aus der in Reg. 29 I, III, IV Reg. OTP geforderten Evaluation einer Situation im Stadium formaler Ermittlungen am Maßstab der Gerichtsbarkeit, Zulässigkeit sowie der Interessen der Gerechtigkeit i.S.d. Art. 53 I 2 ICCSt. Auf welche Weise das OTP die Kriterien tatsächlich prüft, lässt sich leider nicht feststellen. Weil die Kriterien im Rahmen des Art. 54 I b ICCSt Anwendung finden, hat das OTP einen weiten Spielraum. Bisweilen hat das OTP das

2285 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 93.

2286 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–68, Decision on the Application for Judicial Review (15 November 2018), paras. 52 – 54; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–109, Prosecution’s Consolidated Response (11 May 2020), para. 21.

2287 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 101; so bereits zu den Situationen in der Zentralafrikanischen Republik, ICC-OTP, *Press Release on new Preliminary Examination in the Central African Republic* (7 February 2014).

2288 Näher zur Priorisierungskompetenz für Situationen bereits unter (F. III. 2.).

Kriterium der Schwere als wesentlichen Faktor bei der Priorisierung von Situationen,²²⁸⁹ ohne jedoch näher auf den Aspekt einzugehen.

Im Übrigen hängt die (De-)Priorisierung einer Situation vom Status der Priorisierung einzelner Fälle innerhalb der Situation ab. So benennt das OTP in der *Policy on Situation Completion* drei gangbare Vorgehensweisen für Situationen, in denen Fälle mit niedriger Priorisierung existieren: (1) Beseitigung der Umstände, die zur Depriorisierung der betreffenden Fälle geführt haben, sodass das Verfahren mit Blick auf die Situation als Ganzes wieder effektiv geführt werden kann; (2) Depriorisierung der Situation als Ganzes mit der Folge, dass die formalen Ermittlungen in der Situation erst zu einem unbestimmten Zeitpunkt in der Zukunft abgeschlossen werden können; (3) Beendigung der formalen Ermittlungen in der Situation mit der Konsequenz, dass in den betreffenden Fällen gegebenenfalls Straffreiheit entsteht.²²⁹⁰ Letzteres erscheint regelmäßig allein im Wege einer Abwägung im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit möglich, da eine *Situation Completion* auf Grundlage der übrigen Kriterien an hohe Entscheidungsmaßstäbe geknüpft ist.²²⁹¹ Hieraus wird deutlich, dass es sich bei der Priorisierung von Situationen im Stadium formaler Ermittlungen im Kern um eine Priorisierung von Fällen handelt. Verständlicherweise benennt das OTP daher in der *Policy on Situation Completion* keine eigenständigen Kriterien für Situationen, sondern verweist auf die einschlägigen Passagen des *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*.²²⁹²

Je weiter die Anzahl an Situationen bei gleichbleibenden Ermittlung- und Strafverfolgungsressourcen steigt, desto öfter muss das OTP einzelne Fälle mit niedriger Priorität beurteilen, was die Dauer der Ermittlungsphase in den betreffenden Situationen verlängert.²²⁹³ Prägnantes Beispiel für eine ausdrückliche Depriorisierung einer Situation ist die Situation in Sudan. Im Jahr 2015 berichtete das OTP dem Sicherheitsrat über den Stand der Ermittlungen und teilte diesem mit, dass es der Situation in Anbetracht der mangelnden Kooperation seitens der Staatengemeinschaft sowie begrenzter

2289 ICC-OTP, *Annual Report 2022* (1 December 2022), S. 52.

2290 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 46.

2291 Näher bereits unter (F. IV. 1.).

2292 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 46 Fn. 37; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), paras. 48, 53.

2293 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 44 – 45.

Ermittlungsressourcen künftig weniger Priorität einräume.²²⁹⁴ Die Mitteilung ist aus zweierlei Gründen interessant. Sie verdeutlicht zum einen, dass das OTP eine Situation unter Umständen selbst dann niedrig priorisiert, wenn sie vom Sicherheitsrat auf Grundlage einer Resolution nach Kapitel VII UN-Charter überwiesen wurde.²²⁹⁵ Zum anderen offenbart sie die Problematik politischer Einflussnahme auf die Verfahren durch eine schlichte Verweigerung von Kooperation.²²⁹⁶

V. Ablauf der Entscheidungsfindung

Weil das Statut und die RPE keine Vorgaben für Selektionsentscheidungen hinsichtlich der Situationen im Stadium formaler Ermittlungen enthalten,²²⁹⁷ liegt der Ablauf im Wesentlichen im Ermessen des OTP.²²⁹⁸ Es unterteilt die formalen Ermittlungen intern in eine Ermittlungsphase (im engen Sinn) sowie eine Strafverfolgungsphase. Die Ermittlungsphase soll die eigentlichen Ermittlungen und die Identifikation einzelner Fälle umfassen, die Strafverfolgungsphase den Vollzug offener Haftbefehle, den Abschluss gerichtlicher Verfahren und gegebenenfalls Residualaktivitäten.²²⁹⁹ Das Recht des ICC schreibt eine solche Unterteilung nicht vor, schließt sie aber ebenso wenig aus.

Zu Beginn der Ermittlungsphase innerhalb der formalen Ermittlungen erstellt das OTP eine Situationsstrategie,²³⁰⁰ die es im Laufe des weiteren Verfahrens stetig evaluiert und überarbeitet.²³⁰¹ Das vertrauliche Dokument enthält diejenigen Vorfälle, welche das OTP untersuchen wird, bevor es die

2294 ICC-OTP, *Twenty-First Report of the OTP Pursuant to UNSCR 1593* (29 June 2015), paras. 7 – 9.

2295 UN-SC, *Resolution 1593*, UN Doc S/RES/1593 (31 March 2005), Nr. 1.

2296 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 706.

2297 *Cryer et al.*, *An Introduction ICL and Procedure*, S. 447; *Evenson/ Smith*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 1259.

2298 *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 23.

2299 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), S. 31 – 32.

2300 “The confidential internal document which sets out the lines of inquiry to be pursued before the investigation may be considered to be complete, in light of the overall aim to represent as much as possible the true extent of the criminality which has occurred within the situation.”, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), S. 32 – 33.

2301 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 23.

Ermittlungen in der Situation als abgeschlossen betrachtet.²³⁰² Es besteht anfangs aus den während der Vorermittlungen identifizierten potenziellen Fällen und wird im Laufe der Ermittlungen erweitert.²³⁰³ Die Situationsstrategie bildet die Grundlage vorläufiger Fallhypothesen,²³⁰⁴ die das OTP für die Fallselektion heranzieht.²³⁰⁵ Im Idealfall repräsentiert die Situationsstrategie das Ausmaß der Verbrechen innerhalb der Situation und dient als Maßstab, anhand dessen das OTP irgendwann beurteilt, ob es eine ausreichende Anzahl an Fällen untersucht hat.²³⁰⁶

Werden diejenigen Fälle, in denen die PTC einem Antrag auf Erlass eines Haftbefehls oder einer Vorladung gefolgt ist (*“Prosecutorial Programme“*),²³⁰⁷ der Situationsstrategie gerecht, beendet das OTP die Ermittlungsphase und stellt keine weiteren Anträge gem. Art. 58 I, VII ICCSt.²³⁰⁸ Letzteres kann erst dann der Fall sein, wenn das OTP sowohl Fälle mit hoher als auch solche mit niedriger Priorisierung einer Entscheidung für oder gegen Strafverfolgung unterzogen hat.²³⁰⁹ Den Abschluss der Ermittlungsphase verkündet das OTP öffentlich,²³¹⁰ wie es dies zuletzt in den Situationen in Kenia und Uganda getan hat.²³¹¹ Nach diesem Schritt beginnt laut *Policy on Situation Completion* die Strafverfolgungsphase, für die das OTP seine Ressourcen neu konzentriert,²³¹² wobei es einen gewissen Überschneidungszeitraum zwischen Ermittlungs- und Strafverfolgungsweise eingesteht.²³¹³

Während der Strafverfolgungsphase hat das OTP verschiedene Ziele im Blick: Abschluss gerichtlicher Verfahren inklusive gegebenenfalls erforderlicher Rechtsmittelverfahren, Vollzug offener Haftbefehle, Berücksichtigung

2302 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 24.

2303 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 25.

2304 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 23 Fn. 23.

2305 Näher zum Ablauf der Fallselektion bereits unter (E. V.).

2306 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 28.

2307 “The total docket of article 5 cases in a situation to be prosecuted, for which applications under article 58 of the Statute have been granted and suspects are required to appear before the Court”, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), S. 32.

2308 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 31.

2309 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 42.

2310 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 48.

2311 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).

2312 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 55 – 56.

2313 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 12; näher zur Kritik an dem vermeintlich kurzen Überschneidungszeitraum bereits unter (B. 2.).

und Sicherung neu aufkommender Beweise, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten gegen die Rechtspflege (Art. 70 ICCSt), Garantie von Zeugenschutz, Garantie des Haftvollzugs sowie Kooperation und Unterstützung bei der Durchführung nationaler Verfahren.²³¹⁴ Es beobachtet die Situation darüber hinaus auf zusätzliche Verbrechen, die unter Umständen weitere Ermittlungen und Strafverfolgungen erfordern.²³¹⁵ Die schlussendliche Einleitung der *Situation Completion* manifestiert sich nach der hier vertretenen Rechtsauffassung in einer Entscheidung gem. Art. 53 II ICCSt, für die das Statut keinen bestimmten Zeitpunkt vorschreibt.²³¹⁶ Nach Ansicht des OTP hingegen komme Art. 53 II ICCSt nur zur Anwendung, wenn das OTP keinen einzigen Fall einer Situation verfolgen möchte.²³¹⁷ Aus dieser Perspektive bedarf es in aller Regel keiner formalen Entscheidung.

VI. Strategien zur Situation Completion

Die ASP fordert zwar seit nunmehr fast zehn Jahren die Erarbeitung einer Abschlussstrategie für Situationen.²³¹⁸ Ihre Aufsichtsautorität (Art. 112 II b ICCSt) umfasst allerdings keine inhaltlichen Vorgaben.²³¹⁹ Das OTP soll vielmehr als abseits politischer Instruktionen handelndes, unabhängiges Organ des Gerichts agieren,²³²⁰ weswegen die Strategie weitestgehend eine Ermessensfrage ist.²³²¹ Erst im Juni 2021 veröffentlichte das OTP mit der *Policy on Situation Completion* ein Dokument, das die Entscheidungsfindung gegenüber der Öffentlichkeit transparent machen soll.²³²² Tatsächlich enthält das Papier aber nur wenige Ausführungen zu inhaltlichen Strategien, sondern fokussiert sich in erster Linie auf den for-

2314 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 59.

2315 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 82 – 83.

2316 Näher bereits unter (F. II.).

2317 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 52 – 54.

2318 ICC-ASP, *Report of the Court on Complementarity*, ICC-ASP/12/32 (15 October 2013), para. 17; *Dittrich*, Sicherheit und Frieden 31 (2013), 197, 201.

2319 *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 23.

2320 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 41; *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 387; *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 513 – 516.

2321 ICC-ASP, *Report of the Court on Complementarity*, ICC-ASP/12/32 (15 October 2013), para. 11.

2322 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 2; zum Entstehungsprozess, *Dittrich*, in: *Dittrich/ Heinze* (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15 – 16.

malen Ablauf. Außerdem hat das OTP bis heute kein Verfahren in einer Situation vollständig abgeschlossen, weswegen keine einschlägige Praxis existiert. Immerhin geht aus der *Policy on Situation Completion* hervor, dass eine mögliche Abschlussstrategie stets im Zusammenhang mit dem *Policy Paper on Preliminary Examinations* und dem *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* steht.²³²³ Letzteres ist konsequent, da Fallselektion und *Situation Completion* untrennbar miteinander verknüpft sind. Eine kohärente Strategie des OTP sollte von Beginn an eine spätere *Situation Completion* im Blick haben.²³²⁴

1. Strategien der UN-Tribunale

Zunächst scheint es naheliegend, die *Completion Strategy* des ICTY und des ICTR zu betrachten,²³²⁵ die sich bereits in der Umsetzungsphase befindet.²³²⁶ Die beiden in den 1990er Jahren errichteten Tribunale benötigten zu viele Ressourcen, um sie auf längere Sicht weiter zu betreiben, weswegen der Sicherheitsrat im Jahr 2003/ 2004 die Beendigung ihrer Tätigkeit beschloss.²³²⁷ Die Anklagebehörde sollte eine Strategie verfolgen mit Blick auf “*the prosecution and trial of the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the ICTY’s jurisdiction and transferring cases involving those who may not bear this.*”²³²⁸ Die Strategie wurde komplementiert durch einen Transfer von Informationen an nationale Gerichte durch die internationale Anklagebehörde.²³²⁹ 2010 setzte der Sicherheitsrat mit dem MICT einen für beide Tribunale gemeinsamen Residualmechanismus ein, um bereits existierende Fälle abzuschließen und nationale Verfahren zu unterstützen und zu überwachen.²³³⁰ Jedenfalls mit Blick auf praktische

2323 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 2.

2324 Dittrich, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15 – 18.

2325 Dittrich, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15.

2326 Gozani, *Loyola Los Angeles ICLR* 36 (2015), 331, 370; Oosterveld, *Loyola Chicago ILR* 8 (2010), 13, 15; Pittman, *JICJ* 9 (2011), 797, 180; Heller, in: Reydams et al. (Hrsg.), *International Prosecutors*, 886, 893 – 897.

2327 Ausführlich zum Entscheidungsprozess, Pittman, *JICJ* 9 (2011), 797, 799 – 804.

2328 So zum ICTY und unmittelbar folgend zum ICTR, UN-SC, *Resolution 1503*, UN Doc S/RES/1503 (28 August 2003), Preamble.

2329 Lafontaine/ Magnoux, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 247 – 248; Pittman, *JICJ* 9 (2011), 797, 804.

2330 UN-SC, *Resolution 1966*, UN Doc S/RES/1966 (22 December 2010), Nr. 1.

Erwägungen wie der Kommunikation mit den Staaten oder benötigter Ressourcen dürften die Erfahrungen der UN-Tribunale für das OTP am ICC hilfreich sein.²³³¹

Im Übrigen lässt sich der Ansatz der *Completion Strategy* der UN-Tribunale kaum auf den ICC übertragen. Der ICTY und der ICTR waren von Anfang an als temporäre Einrichtungen konzipiert.²³³² Ihre Errichtung und Abwicklung basieren auf Resolutionen des Sicherheitsrats,²³³³ die ihrerseits das Ergebnis primär politischer Entscheidungsfindungen sind.²³³⁴ Der ICC hingegen ist eine auf vertraglicher Basis errichtete permanente Institution.²³³⁵ Inwieweit er tätig wird, ist das Ergebnis der von den Vertragsparteien vereinbarten rechtlichen Prozesse.²³³⁶ Für mögliche Abschlussstrategien gilt insbesondere der sich in den Statuten der UN-Tribunale so nicht wiederzufindende Art. 53 ICCSt.

Ein weiterer für die Übertragbarkeit der vom Sicherheitsrat beschlossenen *Completion Strategy* relevanter Unterschied liegt in der im Vergleich zu den UN-Tribunalen weiter gefassten Gerichtsbarkeit des ICC, die nicht auf einzelne gewaltsame Konflikte begrenzt ist.²³³⁷ Abschlussstrategien am ICC erstrecken sich auf einzelne Situationen und nicht auf das Gericht als Ganzes.²³³⁸ Selektionsentscheidungen umfassen am ICC sowohl Fälle als auch Situationen, wohingegen sie bei den UN-Tribunalen auf Fälle beschränkt sind. Nicht einschränkungslos für alle Situationen am ICC übertragbar ist

2331 *Dittrich*, in: *Dittrich/ Heinze* (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15; Im Übrigen kritisch zu einer Übertragung der Strategie der UN-Tribunale auf den ICC, *ICC-ASP, Report of the Court on Complementarity*, ICC-ASP/12/32 (15 October 2013), para. 16.

2332 *ICTY, Prosecutor v. Boškoski and Tarčulovski*, IT-04-82-AR72.1, Decision on Interlocutory Appeal on Jurisdiction (22 July 2005), para. 10; *Pittman*, JICJ 9 (2011), 797, 798.

2333 *Gozani*, *Loyola Los Angeles ICLR* 36 (2015), 331, 343 – 344; *Pittman*, JICJ 9 (2011), 797, 799.

2334 *Frau*, ZIS 2011, 784, 792; *Lavalle*, CLF 14 (2003), 195, 218; *Pichon*, *IStGH und Sicherheitsrat*, S. 124; *Trahan*, CLF 24 (2013), 417, 468.

2335 *Dittrich*, *Sicherheit und Frieden* 31 (2013), 197, 201; *Heller*, in: *Reydams et al.* (Hrsg.), *International Prosecutors*, 886; *Oosterveld*, *Loyola Chicago* 8 ILR (2010), 13, 27 – 28.

2336 *Hamilton*, *Harvard HR Research Working Paper Series* 2012, 1, 13; *Schabas*, in: *Stahn* (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 368.

2337 *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. 60; *Satzger*, *Internationales Strafrecht*, § 13 Rn. 20, 29.

2338 *Evenson/ Smith*, in: *Stahn* (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 1259, 1267; *Hamilton*, *ILP* 47 (2014), 1, 11.

auch die vom Sicherheitsrat für die UN-Tribunale beschlossene Strategie, bestimmte Fälle der nationalen Justiz zu überlassen.²³³⁹ Ihr Erfolg hängt nämlich von der Kooperation der Staaten ab.

2. Positive Komplementarität

Besonderes Potenzial kommt demgegenüber der Strategie der positiven Komplementarität zu, wonach das OTP durch verschiedene Maßnahmen gezielt die Durchführung nationaler Verfahren fördert.²³⁴⁰ Ist es damit erfolgreich, führt der primär zuständige Staat eigene Prozesse durch und entsprechende Verfahren vor dem ICC werden unzulässig, woraufhin das OTP sein Engagement in der Situation in Ermangelung weiterer Fälle beenden kann und muss.²³⁴¹ Unter anderem hat es auf diese Weise ausdrücklich den Abschluss der Ermittlungsphasen in den Situationen der Zentralafrikanischen Republik und in Georgien begründet und damit einen wesentlichen Schritt in Richtung *Situation Completion* getan.²³⁴² In der Literatur wird vorgeschlagen, dass die Fallselektion des OTP von Anfang an Hand in Hand mit der Strategie der positiven Komplementarität gehen solle, um auf lange Sicht eine Abschlussstrategie umsetzen zu können.²³⁴³ Dabei ist zu bedenken, dass sich die Umstände innerhalb einer Situation jederzeit ändern könne, weswegen eine entsprechende Strategie dynamisch sein sollte.²³⁴⁴

Allerdings unterscheiden sich die Ansätze, wie Fallselektion, positive Komplementarität und *Situation Completion* harmonisiert werden sollten. *Turone* schlägt etwa vor, dass das OTP die wichtigsten Fälle selbst verfolgen

2339 Anders, *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1154.

2340 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 37; *Dittrich*, in: *Dittrich/ Heinze* (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15; *Hamilton*, *ILP 47* (2014), 1, 11; *Lionel*, *The ICC and the End of Impunity in Kenya*, S. 43.

2341 Näher zur Strategie der positiven Komplementarität bereits unter (D. III. 2. b)).

2342 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).

2343 *Dittrich*, in: *Dittrich/ Heinze* (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15; *Hamilton*, *ILP 47* (2014), 1, 11; näher zum Zusammenhang zwischen Fallselektion und positiver Komplementarität bereits unter (E. VI.).

2344 Ähnlich das OTP, 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).

und die übrigen Fälle der nationalen Gerichtsbarkeit überlassen solle.²³⁴⁵ Seine Idee ähnelt der *Completion Strategy* der UN-Tribunale.²³⁴⁶ Andere favorisieren eine möglichst hohe Anzahl kleinerer Fälle in Verbindung mit einer möglichst weitreichenden Kooperation mit Blick auf das Teilen von Informationen.²³⁴⁷ Beide Konzepte sind jedoch fragwürdig. Unter der Prämisse, dass der primär zuständige Staat tatsächlich eigene Verfahren durchführt, ist dieser nämlich automatisch vorrangig gegenüber dem ICC zuständig. Das gilt unabhängig davon, ob das OTP einen Fall als wichtig einstuft und selbst führen möchte oder nicht. Die Konzepte setzen einen zumindest teilweise nicht effektiv tätig werdenden Staat voraus, was nicht dem Gedanken positiver Komplementarität entspricht.

Zielführender erscheint stattdessen ein Vorgehen, wonach das OTP diejenigen Fälle priorisiert verfolgt, bei denen ein nationales Verfahren am wenigsten wahrscheinlich ist.²³⁴⁸ Dadurch wird die Lücke bei der Beendigung der Straflosigkeit am ehesten geschlossen. Positive Komplementarität kann auf diese Weise ein effektiver Baustein auf dem Weg zu einer *Situation Completion* sein. Sie ist jedoch abhängig vom Kooperationswillen des primär zuständigen Staats und sollte daher nicht das alleinige Mittel des OTP sein. Außerdem ist zu bedenken, dass sich die Umstände innerhalb einer Situation jederzeit ändern können, weswegen die Umsetzung einer Strategie der positiven Komplementarität dynamisch sein sollte.²³⁴⁹ Da die Beurteilung der Zulässigkeit eines Verfahrens stets nur eine Momentaufnahme ist,²³⁵⁰ bieten sich zudem Abkommen zwischen dem OTP und dem betroffenen Staat an, in denen sich dieser auch zur Umsetzung künftiger Maßnahmen und der weiteren Kooperation mit dem OTP verpflichtet.²³⁵¹

2345 Turone, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1154.

2346 Vgl. UN-SC, *Resolution 1503*, UN Doc S/RES/1503 (28 August 2003), Preamble.

2347 *Ferdinandusse/ Whiting*, JICJ 19 (2021), 759, 774.

2348 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 61 – 62.

2349 Ähnlich das OTP, 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).

2350 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.

2351 So bereits zur Situation in Kolumbien in Art. 1, 2 Cooperation Agreement between the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court and the Government of Columbia.

3. Teilsituationen

Schabas schlägt vor, die Verbrechen einzelner Parteien des einer Situation zugrundeliegenden Konflikts als Situationen innerhalb einer Situation zu begreifen.²³⁵² Als Beispiel derartiger Teilsituationen führt er den Konflikt in Uganda an. Dort hatte das OTP 2006 verkündet, keine weiteren Verbrechen der LRA, wohl aber Taten von Gruppen wie der UPDF ermitteln zu wollen.²³⁵³ Verbrechen der LRA sowie der UPDF könnten laut *Schabas* als unterschiedliche Teilsituationen innerhalb der Gesamtsituation in Uganda behandelt werden.²³⁵⁴ Das Statut schließe eine entsprechende Strukturierung der Ermittlungen nicht *per se* aus.²³⁵⁵ Ein ausdrückliches Verbot besteht in der Tat nicht. Das OTP muss allerdings zu jeder Zeit sicherstellen, dass sich die Ermittlungen nicht einseitig gegen einzelne Konfliktparteien richten.²³⁵⁶

Denkt man die Idee weiter, müssen sich die Parameter von Teilsituationen nicht zwangsläufig anhand der Verbrechen einzelner Konfliktparteien bilden. Möglich erscheinen etwa geographische Aspekte. So wählte das OTP für die Situation in Uganda anfangs die Bezeichnung “*Situation in Northern Uganda*“.²³⁵⁷ Innerhalb der Situation zur Demokratischen Republik Kongo konzentrierte sich das OTP lange Zeit auf Verbrechen in Ituri, ohne dass die Situation als Ganzes auf diese Region begrenzt gewesen wäre.²³⁵⁸ Ebenso denkbar sind Einteilungen nach zeitlichen Abschnitten, Opfergruppen, Verläufen des Konfliktgeschehens, der Reichweite national durchgeführter Verfahren oder nach anderen Erwägungen. Es geht um die Frage, welche Verbrechen innerhalb des Gesamtkontexts der Situation einen engeren gemeinsamen Kontext aufweisen, anhand dessen sich Fälle gruppieren und Ermittlungen und Strafverfolgungen effektiver durchführen lassen. Schlussendlich besteht eine Teilsituation aus einer gewissen An-

2352 *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 368.

2353 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–76, OTP Submission Providing Information on Status of Investigation (11 January 2006), paras. 5 – 6.

2354 *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 368.

2355 Im Ergebnis ebenso, jedoch ohne konkrete Bezugnahme auf die Idee der Teilsituation, *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 201.

2356 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01, *Letter of the Prosecutor* (17 June 2004); ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–577, *Prosecution’s Submissions on Jurisdiction* (10 September 2010), paras. 17 – 19; *Bock*, *Das Opfer vor dem IStGH*, S. 271; *Olásolo*, *The Triggering Procedure of the ICC*, S. 94; kritisch, *Krefß*, *JICJ* 2 (2004), 944, 947.

2357 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01, *Letter of the Prosecutor* (17 June 2004).

2358 ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04–01/10–451, *Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court* (26 October 2011), paras. 22 – 34.

zahl an Fällen innerhalb der gesamten Situation, die das OTP im Rahmen der Fallselektion auf Grundlage von Art. 54 I b ICCSt (de-)priorisiert.

Weil Art. 53 II ICCSt Verfahrenseinstellungen für einen oder mehrere konkretisierte Fälle einer Situation erlaubt,²³⁵⁹ kann sich das OTP auf Grundlage dieser Vorschrift auch in Teilsituationen gegen Strafverfolgung entscheiden. Beispielhaft sei eine Konstellation genannt, in der ein Staat in einigen Regionen in der Lage zur Durchführung eigener Verfahren ist und in anderen nicht, wodurch einige Verfahren vor dem ICC unzulässig sind.²³⁶⁰ Begreift man die unzulässigen Verfahren als Teilsituation, kommt insoweit eine Einstellung gem. Art. 53 II b ICCSt in Betracht. Die Verfahrenseinstellung in Teilsituationen lässt sich auf diese Weise mit der Strategie der positiven Komplementarität verbinden. Bislang hat das Konzept einer Teilsituation allerdings keinen starken Widerhall in der Wissenschaft und Praxis erfahren. Im Übrigen kommt für potenzielle Fälle innerhalb von Teilsituationen keine Einstellung in analoger Anwendung der Kriterien des Art. 53 I 1 ICCSt in Betracht. Die Analogie ist erst bei der Beendigung des Engagements in der Situation als Ganzes möglich.

4. Vorschlag einer rechtskriterienorientierten Strategie

Betrachtet man die Voraussetzungen, unter denen das OTP das Verfahren in einer Situation nach Art. 53 II ICCSt, gegebenenfalls in gemeinsamer analoger Anwendung des Art. 53 I 2 ICCSt, einstellen kann, sind die Möglichkeiten einer Abschlussstrategie vielseitiger, als es zunächst den Anschein hat. Letztendlich geht es immer darum, dass das OTP während der formalen Ermittlungen dafür Sorge trägt, dass mindestens eine der zwingenden Voraussetzungen für die Weiterführung der formalen Ermittlungen entfällt, oder dass die Voraussetzungen für eine Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen vorliegen. Eine zielführende Herangehensweise wäre daher, dass das OTP situationsspezifische Strategien zur Fallselektion entwickelt, die jeweils darauf ausgelegt sind, einzelne Fälle derart priorisiert zu ermitteln und zu verfolgen, dass die formalen Ermittlungen in der Situation auf Grundlage eines der in Art. 53 I 2, II ICCSt genannten Kriterien auf absehbare Zeit beendet werden müssen oder dürfen.

2359 Näher bereits unter (C. II. 2. b) ee)).

2360 Zu einer solchen Konstellation, *Ambos*, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity*, S. 81.

Je nachdem, welche Strategie das OTP während der formalen Ermittlungen gewählt hat, können etwa im Laufe der Zeit zahlreiche Fälle unzulässig werden.²³⁶¹ Hat es sich auf Fälle mit besonders hoher Schwere konzentriert,²³⁶² scheitert die Zulässigkeit verbliebener Fälle unter Umständen an der erforderlichen hinreichenden Mindestschwere des Art. 17 I d ICCSt. Vor allem aber werden Fälle unzulässig, wenn der primär zuständige Staat im Sinne des Komplementaritätsprinzips tätig wird.²³⁶³ War das OTP mit der bereits diskutierten Strategie der positiven Komplementarität erfolgreich, bietet sich ihm hier die Möglichkeit zur Legitimierung einer *Situation Completion*.²³⁶⁴

Ebenso denkbar ist eine auf die Interessen der Gerechtigkeit abzielende Strategie. Die Klausel eröffnet am ehesten Möglichkeiten zur Einleitung einer *Situation Completion*. Im Vergleich zum Verdachtsgrad, zur Gerichtsbarkeit und zur Zulässigkeit enthält sie den weitesten Beurteilungsspielraum.²³⁶⁵ Konzentriert sich das OTP etwa auf die schwersten Verbrechen und die Personen mit der höchsten Verantwortung, besteht nicht nur die Möglichkeit, dass die verbliebenen Fälle keine hinreichende Mindestschwere mehr aufweisen, sondern es spricht auch die Schwere der Verbrechen im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit weniger stark für ein Weiterführen der Ermittlungen.²³⁶⁶

Ebenso kann das OTP im Hinblick auf die Opferinteressen verfahren, indem es die Fallsektion nach deren Aufarbeitungsinteresse oder Viktimi-

2361 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 29.

2362 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 7; ICC-OTP, *Report on Prosecutorial Strategy* (14 September 2006), S. 5; ICC-OTP, *Prosecutorial Strategy 2009–2012* (1 February 2010), para. 19.

2363 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 7; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), paras. 100 – 103; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 29; *El Zeidy*, The Principle of Complementarity, S. 299 – 300; *Pampalk/ Knust*, ZIS 2010, 669, 627.

2364 Vgl. 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).

2365 *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.

2366 Näher zur relativen Schwere im Kontext der Interessen der Gerechtigkeit bereits unter (D. III. 3. c) cc (1)).

sierung ausrichtet.²³⁶⁷ Sind beispielsweise die Interessen der Opfer eines Verbrechenskomplexes innerhalb einer Situation besonders stark auf strafrechtliche Aufarbeitung gerichtet und verfolgt das OTP für diese Verbrechen hauptverantwortliche Personen, können diese Opferinteressen künftig unter Umständen geringer zu gewichten sein. Auf ähnliche Weise könnte ein Zusammenwirken mit alternativen Formen der Gerechtigkeit zu einer *Situation Completion* führen. Verfolgt das OTP etwa hauptverantwortliche Täter bestimmter Verbrechen, während eine Wahrheits- und Versöhnungskommission leichtere Taten behandelt, kann das Interesse an strafrechtlicher Aufarbeitung gegebenenfalls sinken.

Das OTP möchte die Interessen der Gerechtigkeit restriktiv anwenden.²³⁶⁸ Diese Sicht hat insoweit etwas für sich, als eine ausufernde Anwendung einer weitreichenden Opportunitätsvorschrift Raum für Willkür bietet und leicht auf Unverständnis seitens der Opfer oder anderer Träger eines Strafverfolgungsinteresses stoßen kann. Allerdings ist zu bedenken, dass die Interessen der Gerechtigkeit gerade darauf ausgerichtet sind, divergierende Interessen pro und kontra eine Verfahrenseinstellung gegeneinander abzuwägen.²³⁶⁹ Will das OTP also eine Einstellung auf Grundlage der Klausel legitimieren, muss es zuvor den gegen die Einstellung entsprechenden Interessen bis zu einem gewissen Grad gerecht geworden sein. Flankiert das OTP seine Entscheidung mit einer offenen und transparenten Kommunikation, dürfte die Akzeptanz der Entscheidung steigen. In dem Zusammenhang ist es zu begrüßen, dass das OTP eine verstärkte Kommunikation mit den von den Verbrechen betroffenen Opfern und Kommunen plant.²³⁷⁰

Eine Fallselektion, die von Anfang an darauf abzielt, mindestens eine zwingende Voraussetzung für die Weiterführung der formalen Ermittlungen in einer Situation zu beseitigen oder die Bedingungen für eine Einstellung aus Opportunität zu schaffen, scheint geeignet, um den unterschiedlichen Gegebenheiten und Herausforderungen einer Situation angemessen zu begegnen. Schließlich sind auch die den Situationen zugrundeliegenden bewaffnete Konflikte und Interessenkollisionen nicht identisch. Eine solche flexible Strategie erfordert eine konstante und ausführliche Evaluation der

2367 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 45; Guariglia/ Rogier, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 361.

2368 ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 9.

2369 Näher bereits unter (D. III. 3. b)).

2370 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 15.

Situation, zu der das OTP gem. Reg. 29 I, III, IV Reg. OTP ohnehin verpflichtet ist.

VII. Problem der Intransparenz

Einen internen Schritt in Richtung *Situation Completion* tätigte das OTP bereits Oktober 2005.²³⁷¹ Während eines informellen Treffens mit Rechtsberatern verschiedener Außenministerien gab der damalige Chefankläger *Moreno Ocampo* bekannt, dass die Ermittlungen in der Situation in Uganda nahezu abgeschlossen seien.²³⁷² Zu dem Zeitpunkt waren fünf öffentlich bekannte Haftbefehle erlassen worden.²³⁷³ Vor diesem Hintergrund berief die PTC II eine nichtöffentliche 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.*”²³⁷⁴ Einen Monat später verkündete das OTP, die Ermittlungen tatsächlich nicht formal beendet zu haben.²³⁷⁵ Erst im Dezember 2023 verkündete es den geplanten Abschluss der formalen Ermittlungen, ohne dass weitere Haftbefehle oder Vorladungen zu erwarten sind.²³⁷⁶

Lange Zeit vermied das OTP daraufhin eine explizite Auseinandersetzung mit der Thematik *Situation Completion*.²³⁷⁷ Erst im Jahr 2019 kündigte es auf Druck der ASP konkret die Erarbeitung einer einschlägigen

2371 Hierzu, *Hamilton*, ILP 47 (2014), 1, 51 Fn. 145.

2372 “In the last two years we have opened three investigations: one [the situation in Uganda] is nearing completion, another is well advanced, and the most recent investigation [...] is in its early phases.”, ICC-OTP, *Informal Meeting of Legal Advisors* (24 October 2005), S.1.

2373 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).

2374 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.

2375 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01/05–76, OTP Submission Providing Information on Status of Investigation (11 January 2006), paras. 2, 6.

2376 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

2377 Kritisch dazu, *Dittrich*, *Sicherheit und Frieden* 31 (2013), 97.

Strategie an,²³⁷⁸ die es im März 2021 als vorläufige Fassung²³⁷⁹ und drei Monate später als endgültige *Policy on Situation Completion* veröffentlichte.²³⁸⁰ Laut darin enthaltener Aussage sei Transparenz ein wesentlicher Faktor auf dem Weg zu einer erfolgreichen Abschlussstrategie.²³⁸¹ In Anbetracht dessen überrascht es, dass die *Policy on Situation Completion* zahlreiche Verfahrensabläufe, aber keine Gewichtung materieller Entscheidungskriterien oder Strategien enthält. Das OTP weist lediglich darauf hin, dass die *Policy on Situation Completion* im gemeinsamen Kontext mit dem *Policy Paper on Preliminary Examinations* sowie dem *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* zu sehen ist.²³⁸² Ob diese beiden Strategiepapiere allerdings zum Zeitpunkt ihrer Entstehung bereits unter Berücksichtigung einer späteren *Policy on Situation Completion* verfasst wurden, darf bezweifelt werden. Jedenfalls bietet sich eine teilweise Revision der Strategiepapiere an, um sie inhaltlich und strukturell einander anzugleichen. Alternativ könnte das OTP ein umfassendes Strategiepapier entwerfen, das die Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation, die Fallselektion und die Thematik *Situation Completion* übergreifend behandelt.²³⁸³

Schließlich verkündete das OTP im Dezember 2022 den Abschluss der Ermittlungsphasen in den Situationen in der Zentralafrikanischen Republik und in Georgien als einen wesentlichen Schritt in Richtung einer *Situation Completion*.²³⁸⁴ Ein Jahr später erfolgten entsprechende Mitteilungen zu den Situationen in Kenia und Uganda.²³⁸⁵ Wenn sich die Umstände nicht unerwartet ändern sollten, werde das OTP keine neuen Fälle innerhalb der Situationen ermitteln. Auch diese Entscheidungen sind von Intransparenz geprägt. Das gilt insbesondere für die Zentralafrikanische Republik. Hier ermittelte das OTP in zwei Situationen, da es sich aus Sicht des

2378 ICC-OTP, *Strategic Plan 2019–2021* (17 July 2019), para. 23.

2379 ICC-OTP, *Draft Policy on Situation Completion* (24 March 2021).

2380 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021).

2381 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 50.

2382 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 3; zustimmend, Dittrich, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 1, 15 – 16.

2383 Bereits vor Veröffentlichung der *Policy on Situation Completion*, Ambos, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 46; Ambos/ Stegmiller, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 393 – 394.

2384 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).

2385 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).

OTP bei der im Jahr 2012 wieder aufflammenden Gewalt um einen anderen Konflikt handelte als denjenigen, welcher der ursprünglich im Jahr 2004 überwiesenen Situation zugrunde lag.²³⁸⁶ Während seiner Verkündung der Beendigung der Ermittlungsphase bezog sich das OTP allein auf die laufenden Verfahren der zweiten Situation, in der es die Ermittlungen formal erst im Jahr 2014 eingeleitet hatte.²³⁸⁷ Erst anhand des Zusammenhangs mit dem ebenfalls in der Pressemitteilung genannten Beginn der formalen Ermittlungen im Jahr 2004 ist erkennbar, dass das OTP die Ermittlungsphase in beiden Situationen beendet. In den Pressemitteilungen nennt das OTP zudem nur rudimentär, nach welchen Kriterien es entschieden hat.

VIII. Richterliche Kontrolle

Das Zusammenspiel zwischen grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang und Opportunitätserwägungen wird durch die richterliche Kontrolle einer Verfahrenseinstellung abgesichert (Art. 53 III ICCSt). Eine Verfahrenseinstellung in einer Situation als Ganzes darf nicht dazu führen, dass die damit verbundenen Einstellungen in einzelnen Fällen der für sie vorgesehen Kontrolle entzogen werden.

1. Kontrolle einer Entscheidung zur Situation Completion

Die richterliche Kontrolle einer Entscheidung des OTP, formale Ermittlungen in einer Situation einzuleiten, ist im Statut detailliert geregelt. Im Fall einer Überweisung ist eine Positiventscheidung der rechtliche Normalfall, wohingegen die überweisende Partei die Kammer gem. Art. 53 III a ICCSt um Überprüfung einer Negativentscheidung ersuchen kann und Art. 53 III b ICCSt der PTC eine Überprüfungscompetenz *proprio motu* eröffnet, wenn die Negativentscheidung allein auf Grundlage der Interessen der Gerechtigkeit getroffen wurde.²³⁸⁸ Leitet das OTP die

2386 ICC-OTP, *Press Release on new Preliminary Examination in the Central African Republic* (7 February 2014).

2387 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022).

2388 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-68, Decision on the Application for Judicial Review (15 November 2018), para. 89; *Bådagård/ Klamberg*,

formalen Ermittlungen eigeninitiativ ein, ist eine Autorisierung der PTC erforderlich, ohne dass Art. 53 I, III ICCSt gilt.²³⁸⁹ Diese Thematik hier nicht im Fokus und sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Während die richterliche Kontrolle der Entscheidung, keine formalen Ermittlungen in einer Situation einzuleiten, ausdrücklich geregelt ist, enthält das Statut keine explizite Vorschrift, die eine Überprüfung des Entschlusses zu ihrer Beendigung regelt.²³⁹⁰ Inwieweit eine solche dennoch besteht, lässt sich aus den bisherigen Ergebnissen ableiten. Als Ausgangspunkt dient der Befund, dass das Statut nach Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation keine unterschiedlichen Vorschriften in Abhängigkeit des jeweiligen Auslösemechanismus enthält.²³⁹¹ Für sämtliche Situationen gilt der Grundsatz des Legalitätsprinzips gleichermaßen, weswegen das OTP die formalen Ermittlungen in keiner Situation ohne Weiteres beenden darf.²³⁹² Art. 53 II ICCSt bietet zu diesem Zweck eine als Ausnahmevorschrift konzipierte Rechtsgrundlage, aufgrund derer das OTP sich entschließen kann, keine weitere Strafverfolgung – und in der Folge keine weiteren Ermittlungen²³⁹³ – in einer Situation durchzuführen.²³⁹⁴

Weil eine Entscheidung auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt stets dem Anwendungsbereich des Art. 53 III ICCSt unterliegt,²³⁹⁵ gilt dies auch der Entschluss des OTP zur Beendigung der formalen Ermittlungen in einer Situation. Die gerichtliche Kontrolle erhöht die Transparenz, Rechtssicherheit und die Legitimität einer Entscheidung des OTP.²³⁹⁶ Bei Situa-

Georgetown JIL 48 (2017), 639, 681; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 123.

2389 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; *Nserko*, African HRLJ 4 (2004), 256, 272.

2390 Vgl. ICC-ASP, *Report of the Court on Complementarity*, ICC-ASP/12/32 (15 October 2013), para. 15; *Cryer et al.*, An Introduction to ICL and Procedure, S. 447.

2391 *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 332 – 333; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 122.

2392 Näher bereits unter (D. II. 8.).

2393 Vgl. *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC S. 202.

2394 Näher bereits unter (F. III. 1. b)).

2395 *Rohrer*, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 158; *Van Heeck*, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 329 – 330.

2396 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-Osui (2 September 2019), para. 8; *Tomuschat*, Die Friedens-Warte 73 (1998), 335, 344; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 191.

tionen, in denen das OTP die Ermittlungen *proprio motu* eingeleitet hat, gilt allein Art. 53 III b ICCSt, da es in dieser Konstellation an einer beschwerdeberechtigten Überweisungspartei fehlt.²³⁹⁷ Dabei ist die PTC nach allgemeiner Ansicht nicht zur Ausübung ihrer Kontrolle verpflichtet.²³⁹⁸

Bis zu einem gewissen Grad hat das OTP Einfluss darauf, ob seine Entscheidung überprüft wird. Führt es nämlich während der formalen Ermittlungen einen kooperativen Dialog mit der überweisenden Partei und trägt es dafür Sorge, dass diese zum Zeitpunkt der Entscheidung keine Notwendigkeit weiterer Ermittlungen durch das OTP sieht, ist ein Ersuchen nach Art. 53 III a ICCSt weniger wahrscheinlich. Die formalen Ermittlungen auf dem Gebiet der Zentralafrikanischen Republik können als positives Beispiel dienen. Diese hat zwei Situationen auf ihrem eigenen Staatsgebiet überwiesen und führt nunmehr aus Sicht des OTP verstärkte Anstrengungen zu eigenen Verfahren in Kooperation mit dem OTP durch.²³⁹⁹ Die Zentralafrikanische Republik ist demnach zwar befugt, die PTC bei der Beendigung der Ermittlungen um eine Kontrolle nach Art. 53 III a ICCSt zu ersuchen, wird aber von diesem Recht vermutlich keinen Gebrauch machen.

Zum Kontrollmaßstab der Richter lässt sich im Grundsatz auf die Ausführungen im Kontext der Fallsektion verweisen.²⁴⁰⁰ Der wesentliche Unterschied zur Fallsektion liegt in der Anzahl der zu beurteilenden Fälle, für die ein gemeinsamer Beschluss nach Art. 53 II ICCSt ergeht. Die PTC überprüft demnach, ob die ihr vom OTP zur Verfügung gestellten Informationen zu den verbliebenen konkretisierten Fällen der Situation am Maßstab mindestens einer der in der Norm genannten Kriterien den Schluss zulassen, dass keine hinreichende Grundlage i.S.d. Art. 53 II ICCSt besteht. Für Situationen, in denen noch potenzielle Fälle vorhanden sind,

2397 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; *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 123.

2398 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. 57; *Calvo-Goller*, *The Trial Proceeding of the ICC*, S. 159 – 160; *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1158; hingegen für eine Pflicht zur Überprüfung im Fall des Art. 53 III b ICCSt, *Bergsmo/ Bekou*, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 54.

2399 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022).

2400 Näher bereits unter (E. VIII. 2. b)).

was in aller Regel der Fall sein dürfte, prüft die Kammer am Maßstab der analog heranzuziehenden Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt.²⁴⁰¹ Davon sind auch die Interessen der Gerechtigkeit erfasst, wobei die Kammer die weitreichenden Beurteilungsspielräume des OTP zu beachten hat. Entsprechend kann sie die Anwendung und Auslegung des Rechts umfassend überprüfen,²⁴⁰² die Gewichtung einzelner Tatsachen obliegt hingegen dem OTP.²⁴⁰³ Ebenso überprüft werden können die Einhaltung der Prinzipien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Objektivität sowie das Diskriminierungsverbot.²⁴⁰⁴

Die Kammer lehnt im Fall des Art. 53 III a ICCSt die Entscheidung zur *Situation Completion* ab, wenn für mindestens einen konkretisierten Fall eine hinreichende rechtliche oder sachliche Grundlage für die Beantragung eines Haftbefehls oder einer Vorladung besteht (Art. 53 II a ICCSt) und das Verfahren in mindestens einem konkretisierten Fall zulässig ist (Art. 53 II b ICCSt), außer das OTP hat entschieden, dass eine Strafverfolgung in der Situation als Ganzes nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegt (Art. 53 II c ICCSt). Ebenso lehnt sie eine *Situation Completion* ab, wenn für mindestens einen potenziellen Fall hinreichende Verdachtsgründe dafür vorliegen, dass ein der Gerichtsbarkeit unterliegendes Verbrechen begangen wurde oder wird (Art. 53 I 2 a ICCSt) und das Verfahren in mindestens einem potenziellen Fall zulässig wäre (Art. 53 I 2 b ICCSt), außer das OTP hat entschieden, dass die Ermittlungen in der Situation als Ganzes nicht im Interesse der Gerechtigkeit liegen (Art. 53 I 2 c ICCSt).

Bei der Überprüfung der Interessen der Gerechtigkeit kontrolliert die Kammer, ob das OTP mit den Zwecken des Statuts nicht zu vereinbarende Kriterien herangezogen hat oder ob es geschriebene Kriterien nicht ausreichend berücksichtigt hat. Durch die Kontrolle der Prinzipien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Objektivität sowie des Diskriminierungsverbots wird zusätzlich sichergestellt, dass das OTP für alle Fälle dieselben Methoden, Kriterien und Maßstäbe anwendet. Dies stärkt die

2401 Näher zur analogen Anwendung der Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt bereits unter (F. III. 5.).

2402 Vgl. 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. 78.

2403 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. 82.

2404 *Stigen*, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 404 – 405.

Gleichheit vor dem Recht. Im Fall des Art 53 III b ICCSt beschränkt sich die Überprüfung auf die Interessen der Gerechtigkeit, die Einhaltung der Prinzipien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Objektivität sowie auf das Diskriminierungsverbot.

Da die PTC bei der Ausübung der Kontrolle von den Informationen abhängig ist, die ihr das OTP zur Verfügung stellt, liegt der Einwand eines erhöhten Missbrauchspotenzials nahe.²⁴⁰⁵ Ähnliche Bedenken im Kontext der Einleitung der Ermittlungen *proprio motu* äußerte die AC, als sie eine Überprüfung der Interessen der Gerechtigkeit im Rahmen einer Autorisierungsentscheidung verneinte.²⁴⁰⁶ Derartigen Bedenken ist allerdings entgegenzuhalten, dass im Fall einer Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt das OTP verpflichtet ist, dies der PTC und im Fall einer Überweisung der überweisenden Partei zusammen mit den entsprechenden Gründen mitzuteilen (Rule 106 I RPE).²⁴⁰⁷ Die überweisende Partei hat 90 Tage Zeit für die Entscheidung, die PTC um eine Überprüfung zu ersuchen.²⁴⁰⁸ Für die PTC besteht eine 180-tägige Frist, über eine Kontrolle nach Art. 53 III b ICCSt zu entscheiden, wenn das OTP das Verfahren allein auf Grundlage der Interessen der Gerechtigkeit eingestellt hat.²⁴⁰⁹ Dabei können ihr auch Opfer Informationen zukommen lassen.²⁴¹⁰ Außerdem kann die Kammer nähere Informationen seitens des OTP anfordern.

2. Entscheidungen außerhalb der Kontrolle

Aus der bisherigen Untersuchung folgt, dass der Entschluss, die formalen Ermittlungen in einer Situation zu beenden, der gerichtlichen Kontrolle gem. Art. 53 III ICCSt unterliegt. Der Anwendungsbereich dieser Regelung ist auf die Kriterien der beiden vorgenannten Absätze begrenzt.²⁴¹¹ Aus

2405 In diese Richtung, *Gropengießer/ Meißner*, ICLR 5 (2005), 267, 298; *Schabas*, An Introduction to the ICC, S. 240.

2406 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.

2407 *Kuczyńska*, The Accusation Model Before the ICC, S. 163 – 164; *Nserko*, JICJ 3 (2005), 124, 140.

2408 *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 301.

2409 *Kuczyńska*, The Accusation Model Before the ICC, S. 164.

2410 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.

2411 *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 38; *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 841; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 321.

diesem Grund ist zwar das „ob“ einer *Situation Completion* überprüfbar, nicht aber das „wann“. Das Statut enthält keine Frist zum Abschluss der formalen Ermittlungen in einer Situation.²⁴¹² Auch die Frage, welche Situationen das OTP gegenüber anderen Situationen priorisiert, liegt außerhalb der Überprüfungskompetenz.²⁴¹³ Selbst ein vorübergehendes Aussetzen der Ermittlungen ist nicht von der Kontrollmöglichkeit erfasst, da es insoweit an einer formalen Einstellung fehlt.²⁴¹⁴ Theoretisch kann das OTP die Verfahren in einer Situation daher verschleppen. Auch die Inhalte der *Policy on Situation Completion* sind grundsätzlich nicht im Rahmen des Art. 53 III ICCSt überprüfbar, da sie einem betroffenen Individuum oder Staat keine eigenen Rechte gewähren.²⁴¹⁵

IX. Zwischenergebnis

Die Thematik *Situation Completion* kann nicht losgelöst von der Fallselektion betrachtet werden. Beide Prozesse sind im Wesentlichen an dieselben rechtlichen Rahmenbedingungen gebunden, insbesondere an das Legalitätsprinzip und die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung im Ausnahmefall auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt.²⁴¹⁶ Will das OTP eine negative Auswahlentscheidung für eine Situation im Stadium formaler Ermittlungen in dem Sinne treffen, dass es die Ermittlungen beendet, gelten die Kriterien des Art. 53 II ICCSt mit Blick auf sämtliche verbliebenen Fälle der Situation. Weil diese Kriterien voraussetzen, dass die zu beurteilenden Fälle hinreichend konkretisiert sind, könnte das OTP keine Situation abschlie-

2412 ICC-ASP, *Report of the Court on Complementarity*, ICC-ASP/12/32 (15 October 2013), para. 15.

2413 In diese Richtung bereits, 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. 13.

2414 Zur ähnlichen Konstellation im Hinblick auf vorübergehende Verfahrenseinstellungen in einzelnen Fällen, 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. 23.

2415 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 4.

2416 Näher zur Art. 53 II ICCSt als Rechtsgrundlage für Auswahlentscheidungen bei der Fallselektion bereits unter (E. III. 2.); zu Art. 53 II ICCSt als Rechtsgrundlage einer Situation Completion unter (F. III. 1. b)).

ßen, in der noch nicht ausreichend ermittelte, potenzielle Fälle vorhanden sind. Das Statut beinhaltet insoweit eine planwidrige Regelungslücke,²⁴¹⁷ die mittels einer analogen Anwendung der Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt im Hinblick auf die betreffenden potenziellen Fälle geschlossen werden kann.²⁴¹⁸

Zu möglichen Strategien einer *Situation Completion* lassen sich zum jetzigen Zeitpunkt wenige konkrete Ausführungen tätigen. Letztendlich geht es darum, dass das OTP eine Verfahrenseinstellung für sämtliche verbliebenen Fälle der Situation nach Art. 53 II ICCSt rechtfertigen kann, gegebenenfalls unter analoger Anwendung des Art. 53 I 2 ICCSt für potenzielle Fälle.²⁴¹⁹ Dies kann etwa im Wege der Strategie der positiven Komplementarität erfolgen, wenn dereinst zulässige Verfahren durch Tätigwerden des primär zuständigen Staats unzulässig werden. Die Entscheidung zur Beendigung des Verfahrens in einer Situation als Ganzes unterliegt unabhängig vom Auslösemechanismus der richterlichen Kontrolle nach Art. 53 III ICCSt.²⁴²⁰

2417 Näher bereits unter (E. III. 3., 4.).

2418 Näher bereits unter (E. III. 5.).

2419 Näher zum hierauf ausgerichteten Vorschlag einer rechtskriterienorientierten Strategie bereits unter (E. VI. 4.).

2420 Näher bereits unter (E. VIII. 1.).

