

Schlussbetrachtungen

A Zusammenfassung der Ergebnisse

Indem verschiedene nationale oder internationale Tribunale im Völkerstrafrecht für die gleiche Rechtsmaterie zuständig sein können, ist institutioneller Rechtspluralismus im Völkerstrafrecht unausweichlich. Hingegen ist es dem IstGH, sobald er sich einer Situation bzw. eines Verfahrens angenommen hat, nur sehr eingeschränkt möglich, den gleichen Sachverhalt bzw. die strafrechtliche Verantwortlichkeit in Abhängigkeit von der Herkunft der Angeklagten unterschiedlich zu behandeln. Dies ist bei der Auslegung tatbestandlicher Normen nur dann möglich, wenn eine Frage überhaupt nur durch nationales Recht beantwortet wird oder die Schutzrichtung der jeweiligen Normen es verlangt, auch den gesellschaftlichen Kontext zu betrachten, um prüfen zu können, ob bzw. in welchem Maße ein durch die jeweilige völkerstrafrechtliche Norm geschütztes Rechtsgut tangiert ist. Ein den völkerstrafrechtlichen Universalitätsanspruch herausfordernder materieller Rechtspluralismus liegt darin nicht.

Relativierende Argumentationen, welche den gleichen Sachverhalt unterschiedlich bewerten wollen, indem die Verbreitung einer bestimmten Handlung in der Rechtskultur des Angeklagten berücksichtigen wird, um zu bewerten, ob diese Praxis dem IstGH-Statut unterfällt, sind hingegen aufgrund des Universalitätsanspruchs und der Menschenwürde eines jeden Angeklagten genauso zurückzuweisen wie eine in Abhängigkeit von der Herkunft des Angeklagten variiierende Strafzumessung. Auch der Verweis in Art. 21 Abs. 1 c) auf das sonst anwendbare Recht kann nicht als Einfallstor für materiellen Rechtspluralismus vor dem IstGH verstanden werden.

Ist die Geltung einer universellen, völkerstrafrechtlichen Norm bejaht, können Angeklagte sich vor dem IstGH auch nicht mit einem *cultural defense* in Form eines schlichten Hinweises auf ihre rechtskulturelle Prägung von ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit exkulpieren. Berücksichtigt werden kann der rechtskulturelle Kontext dann nur als *cultural specific evidence*, insbesondere bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit angeführter Verteidigungsgründe.

Damit bleiben aber die im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigten Bedenken daran bestehen, wenn der IstGH oder ein anderes internationales Straft-

ibunal in einer Art und Weise tätig wird, die den primär betroffenen nationalen Gemeinschaften und Staaten nicht mehr vermittelbar ist. Insbesondere die Verwirklichung bestimmter Strafzwecke – und damit auch die Legitimität völkerstrafrechtlicher Verfahren – ist fraglich, wenn sich das durch den IStGH ausgesprochene Recht hinsichtlich der Sanktionierung eines Verhaltens oder der Festsetzung der Strafe nicht als anschlussfähig erweist. Ist das durch den IStGH angewandte Recht nicht hinreichend im nationalen Recht verwurzelt, kann dies zudem Zweifel an der tatsächlichen Vorhersehbarkeit einer Norm, mithin an der Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip, sowie an der für den IStGH essenziellen Kooperationsbereitschaft der Nationalstaaten begründen.

Angesichts der Tatsache, dass die Berücksichtigung des rechtskulturellen Kontexts bei Verfahren vor dem IStGH nur sehr eingeschränkt möglich ist, sollen abschließend daher einige Überlegungen angestoßen werden, ob die angeführten Bedenken gegenüber einem an die lokale Gemeinschaft nicht mehr vermittelbaren Agieren des IStGH bereits Berücksichtigung finden können in der Entscheidung, ob der IStGH überhaupt tätig wird.

B Mögliche Implikationen für das Einschreiten des IStGH: Die Auswahl von Situationen und Verfahren als Ergebnis einer Abwägung relativer Selektionskriterien?

Da die Verfolgung aller Völkerstraftäter durch den IStGH aus Kapazitätsgründen noch auf lange Sicht ausgeschlossen ist, muss der IStGH bei der Auswahl der Situationen und Verfahren zwangsläufig selektiv verfahren.¹²²⁴ Damit die Auswahl nicht willkürlich erfolgt, muss der IStGH seine Selektionsentscheidungen anhand legitimer Kriterien treffen.

I. „Sufficient gravity“, Art. 17 1 d)

Indem in Abs. 4 der Präambel der Auftrag des IStGH bekräftigt wird, die „most serious crimes of concern to the international community as a whole“ nicht ungestraft zu lassen und Art. 17 Abs. 1 d) für die Zulässigkeit

¹²²⁴ Zum Problem der Selektivität siehe z.B. *Damaska*, *ChiKentLRev* 83 (2008), S. 360 ff.; *Kiyani*, *JICJ* 15 (2017); *Chuter* 2003, S. 93 f.

einer Sache verlangt, dass diese „*of sufficient gravity*“ sein muss, stellt die Erheblichkeit einer Sache ein wichtiges Selektionskriterium dar.¹²²⁵

In ihrer umfassenden Analyse zum Erheblichkeitserfordernis im Völkerstrafrecht kritisiert *deGuzman*, dass bislang keine ausreichenden Versuche unternommen worden sind, die bei verschiedenen Fragen des Völkerstrafrechts relevant werdende Erheblichkeitsschwelle präzise zu bestimmen oder ihre Funktion im Völkerstrafrecht umfassend zu erklären.¹²²⁶ Bezüglich aller bislang entwickelten Ansätze, welche die Erheblichkeit bestimmter Handlungen zur Legitimation des den Souveränitätsgrundsatz durchbrechenden Völkerstrafrechts bemühen, merkt *deGuzman* Zweifel an, ob diese allein zur Begründung oder Prüfung der Erheblichkeit genügen können.¹²²⁷

Stattdessen schlägt sie vor, das Interesse der globalen Gemeinschaft an dem Schutz der Würde des Einzelnen in den Mittelpunkt zu stellen, um ein Einschreiten des den Souveränitätsgrundsatz durchbrechenden Völkerstrafrechts zu legitimieren. Dabei versteht sie die Würde des Einzelnen als die Anerkennung der gleichen moralischen Qualität aller Menschen und dem daraus folgenden Recht aller auf die Gewährleistung bestimmter universeller Rechte.¹²²⁸ Um zu prüfen, ob es überhaupt legitim ist, einen Sachverhalt dem Völkerstrafrecht zu unterwerfen, sei hierfür eine niedrige – absolute und universell gültige – Minimalschwelle anzusetzen, die nur solche Verletzungen ausschließt, welche überhaupt keiner strafrechtlichen Sanktionierung wert erscheinen.¹²²⁹ Ob eine Verletzung üblich oder weit verbreitet ist, kann – wie im Kapitel zu Verfolgungstatbestand argumentiert – keine Bedeutung haben, um festzustellen, ob eine Rechtsverletzung so erheblich ist, dass sie die Menschheit als Ganze betrifft.¹²³⁰ Zu argumentieren, dass eine Handlung, z.B. die Zwangsverheiratung minderjähriger Mädchen, an

1225 *Schabas/El Zeidy* in *Ambos* 2022 Art. 17 Rn. 62; vgl. z.B. auch *IStGH*, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33 (2019) Rn. 35; *Kiyani*, JICJ 15 (2017), S. 20, 24.

1226 *deGuzman* 2020, S. 64, 81 f.

1227 *Ebd.* S. 64 ff.

1228 *Ebd.* S. 87. Diese universellen Rechte sind durch einen möglichst pluralen Prozess zu ermitteln, *ebd.* S. 88: „Although global values are universal in nature, discovering them requires a dialogic process that takes account of as many divergent views as possible.“

1229 *Ebd.* S. 62, 96.

1230 Dies ebenfalls klarstellend *ebd.* S. 90, 128.

einem Ort der Welt eine so erhebliche Beeinträchtigung der Würde dieser Mädchen darstellt, dass die globale Gemeinschaft ein legitimes Interesse daran hat, einen solchen Angriff zu verhindern; an einem anderen Ort die Legitimität des globalen Interesses jedoch zu verneinen, mutet fast schon zynisch an. Auch wäre es mit dem in Art. 21 Abs. 3 normierten Nichtdiskriminierungsgebot nicht in Einklang zu bringen, bei einer rein rechtlichen Bewertung der Erheblichkeit anhand der Herkunft der Täter oder der Opfer zu differenzieren.

Die Besonderheit an dem von *deGuzman* vorgeschlagenen Ansatz liegt darin, dass sie es nicht bei dieser absoluten *minimal gravity threshold* belässt, sondern die Funktion der Erheblichkeit vor allem auch darin sieht, den IstGH in seiner Selektion von Situationen und Fällen zu leiten:

„This theory differs from other theories of international criminal law in several aspects. First, it adopts only a minimal threshold compared to the undefined, but implicitly substantial, gravity threshold in many theories. Second, where most theories look to global interests to justify international criminality, this one sees those interests as merely supporting prescriptive priorities. [...] [deeming] global prescription to be more strongly legitimate for crimes in which the global community has a stronger interest. [...] Finally [...] it delinks the question of when global prescription is legitimate from that of when global adjudication is legitimate [...] Once the global community chooses to proscribe certain conduct, a separate decision must be made as to whether it is legitimate to exercise adjudicative authority over that conduct under particular circumstances [...] the legitimacy of global adjudication depends not only on the global community's values and goals, but also on those of the most affected national communities. When they are in tension, global adjudication is legitimate only when global values outweigh national values. In contrast [...] [g]lobal prescription is legitimate as long as it promotes global values.“¹²³¹

Ist eine Rechtsverletzung erheblich genug, um grundsätzlich ein Einschreiten des Völkerstrafrechts zu legitimieren, soll die Erheblichkeit einer Rechtsverletzung nach diesem Ansatz zudem beachtet werden, um das Interesse der globalen Gemeinschaft an einer Strafverfolgung mit allen anderen durch die globale Gemeinschaft sowie von den besonders betrof-

1231 *deGuzman* 2020, S. 62 f.

fenen Nationalstaaten oder Gemeinschaften verfolgten Zielen abzuwägen, um so angesichts der limitierten Ressourcen des Völkerstrafrechts legitime Priorisierungsentscheidungen treffen zu können.¹²³²

Aufgrund der limitierten Ressourcen sei ein Einschreiten des Völkerstrafrechts besonders legitim, wenn die von der globalen Gemeinschaft durch eine Strafverfolgung angestrebten Ziele damit besonders effektiv vorangebracht werden können.¹²³³ Gleichzeitig dürfe – wie der Verweis auf die Afghanistan-Entscheidung der Vorverfahrenskammer II¹²³⁴ deutlich macht – der IstGH sich in seinen notwendigerweise zu treffenden Selektionsentscheidungen nicht ausschließlich an Effektivitätserwägungen orientieren, die an den Erfolgsaussichten eines Verfahrens ausgerichtet sind, sondern er müsse auch andere Faktoren einfließen lassen – wie beispielsweise die Gleichheit vor dem Gesetz –, unabhängig davon, ob ein Angeklagter aus einem mächtigen oder weniger mächtigen Staat stammt.¹²³⁵

Nach diesem Ansatz ist bei der notwendigen Selektion von Fällen durch den IstGH in einer relativen Abwägungsentscheidung nicht nur das an der Intensität der Rechtsgutsverletzung zu messende globale Interesse an einer Strafverfolgung zu berücksichtigen,¹²³⁶ sondern auch die zu erwartende Realisierbarkeit einer Strafverfolgung und der damit angestrebten Zwecke. Zusätzlich sollen auch andere, dem globalen Interesse an der Strafverfolgung möglicherweise entgegenstehende Interessen der globalen oder der

1232 *deGuzman* 2020, S. 90 f., 96 f., 98 f., 141 mit dem Hinweis, dass in diesen Abwägungsprozess möglichst viele Akteure der globalen Gemeinschaft mit einbezogen werden sollen.

1233 *deGuzman* 2020, S. 99, 131 f.

1234 Hier sah die Vorverfahrenskammer II zwar die Erheblichkeitsschwelle des Art. 17 Abs. 1) d) als erfüllt an, erachtete es jedoch aufgrund der geringen Erfolgsaussichten einer Verurteilung mangels Kooperationsbereitschaft der USA nicht im *interest of justice* (Art. 53 Abs. 1 c)), die Untersuchungen fortzuführen, *IstGH*, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33 (2019) Rn. 90-96.

1235 *deGuzman* 2020, S. 133; ähnlich *Damaska*, *ChiKentLRev* 83 (2008), S. 339, 344 und *Nouwen/Werner*, *JICJ* 13 (2015), S. 172, 174 f.

1236 Hingegen vor allem auf den „sozialen Alarm“, den eine Tat bei der globalen Gemeinschaft ausgelöst hat, abstellend *IstGH*, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, ICC-01/04-520-Anx2 (2006) Rn. 47.

besonders betroffenen Gemeinschaft miteinbezogen werden, um zu bewerten, ob ein Einschreiten des IStGH legitim ist.¹²³⁷

Wertet die betroffene Bevölkerung ein bestimmtes Verhalten entweder gar nicht als Unrecht oder sieht andere Mechanismen vor, um auf das geschehene Unrecht zu reagieren, beispielsweise Wahrheitskommissionen, Aussöhnung oder sonstige lokale Mechanismen,¹²³⁸ könnte dies als gegenläufiges Interesse der primär betroffenen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Das Rechtsempfinden der primär betroffenen Gesellschaft könnte zudem mit Blick auf das Interesse der globalen Gemeinschaft an der Realisierung bestimmter Strafzwecke in eine relative Abwägungsentscheidung einfließen: So könnte der kommunikative Gehalt eines Verfahrens und etwaigen Schuldspruchs vor dem IStGH größer sein, wenn die (primär) betroffene Gemeinschaft sich mit der strafrechtlichen Sanktionierung eines Verhaltens identifizieren kann. Der Strafzweck der positiven Generalprävention ist ebenfalls eher zu realisieren, wenn der IStGH den Verstoß gegen eine solche Norm sanktioniert, die im Rechtsbewusstsein bereits verankert ist.¹²³⁹ Schließlich könnten auch die Kooperationsbereitschaft eines Staates und damit einhergehend die Chancen einer effektiven Strafverfolgung größer sein, wenn ein Verhalten auch nach einem national oder regional vorherrschenden Verständnis strafbar ist.

Ist andererseits der Entzug eines Rechts, wie beispielsweise bei Zwangsehen der Entzug des Rechts auf Selbstbestimmung hinsichtlich der Wahl des Lebenspartners, in vielen Kulturen noch völlig üblich und lassen sich keine signifikanten Abkehrtendenzen erkennen, so könnte ein Einschreiten

1237 *deGuzman* 2020, S. 90 f., 96 f., 98 ff., 130, 141; ähnlich *Damaska*, *ChiKentLRev* 83 (2008), S. 339, 344 und *Drumbl* 2007, S. 143 ff. Dass die Prüfung der Erheblichkeitsschwelle anhand einer umfassenden Bewertung aller relevanten Kriterien erfolgen muss und damit eine relative Abwägungsentscheidung darstellt entspricht auch der Rechtsprechung des IStGH, vgl. *Schabas/El Zeidy* in *Ambos* 2022 Art. 17, Rn. 66, 69 ff. mit weiteren Nachweisen.

1238 Im Verfahren gegen *Ongwen* bat die Verteidigung darum, im Falle einer Verurteilung den Angeklagten der Gemeinschaft der Acholi zur Verbüßung seiner Haftstrafe nach dem *mato oput*-Verfahren zu übergeben, *Ongwen Defence*, *Prosecutor v. Ongwen*, Public Redacted Version of 'Corrected Version of „Defence Closing Brief“, filed on 24 February 2020', ICC-02/04-01/15-1722-Corr-Red (2020) Rn. 733. Die Hauptverfahrenskammer bezweifelte hingegen, dass ein solches *mato oput*-Verfahren überhaupt den kulturellen Gepflogenheiten der ugandischen Gesellschaft – und insbesondere der Opfer – entspräche, *IStGH*, *Prosecutor v. Ongwen*, Sentence, ICC-02/04-01/15-1819-Red (2021) Rn. 28 ff.

1239 Ähnlich *Drumbl* 2007, S. 143 ff., insbes. S. 148.

des IstGH angesichts seiner knappen Ressourcen und der relativen Unerheblichkeit der Rechtsverletzung als weniger legitim erscheinen.¹²⁴⁰ Schritte der IstGH in einem solchen Falle nicht ein, so würde er nach dem von *deGuzman* eingebrachten Vorschlag nicht die in der betreffenden Handlung liegende, mehr als nur völlig unerhebliche Entwürdigung negieren. Vielmehr gelangte er in einer als Momentaufnahme verstandenen Abwägung zu dem Ergebnis, dass angesichts aller durch das Völkerstrafrecht verfolgten Zwecke und der begrenzten Ressourcen ein Einschreiten des IstGH als vergleichsweise weniger legitim erscheint.

Dies bedeutet keinesfalls, dass ein Verhalten durch den IstGH grundsätzlich nicht verfolgt werden soll, wenn es nach nationalem Recht oder regional dominierenden Moralvorstellungen kein Unrecht darstellt. Denn es lässt sich auch andersherum argumentieren, dass die begrenzten Ressourcen des IstGH auch oder gerade dann besonders effektiv eingesetzt werden und ein Einschreiten daher besonders legitim erscheint, wenn bestimmte diskriminierende oder sonstige unmenschliche Handlungen weit verbreitet und geduldet werden. Beispielsweise ist die weibliche Genitalverstümmelung zwar immer noch weit verbreitet, wird jedoch verstärkt sowohl von internationalen Akteuren als auch innerhalb von Gemeinschaften, in welchen dieses Ritual praktiziert wird, als Unrecht angeprangert und bekämpft.¹²⁴¹

1240 Ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen und in Verwirklichung welcher Tatbestandsvariante die Herbeiführung solcher Ehen überhaupt die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit erfüllen könnte, ist ebenfalls umstritten, siehe z.B. *Goodfellow*, IntlCLR 11 (2011). Die Einordnung von Zwangsehen als andere unmenschliche Handlung gemäß Art.7 Abs.1 k) oder sexuelle Sklaverei gemäß Art.7 Abs.1 g) wurde auch in mehreren *amici curiae briefs* zur von *Ongwen* eingelegten Berufung umfassend erörtert, siehe z.B. *Allain*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Observations on the Issue of Sexual and Gender-Based Crimes: Sexual Slavery & Forced Marriage, ICC-02/04-01/15-1927 (2021); *Zakerhossein*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-02/04-01/15-1928 (2021); *Baines et al.*, Prosecutor v. Ongwen, Amici Curiae Brief on Forced Marriage, ICC-02/04-01/15-1935 (2021); *Behrens*, Prosecutor v. Ongwen, Amicus Curiae Observations on Issues Raised in the Appeals Chamber Order of 25 October 2021 Inviting Expressions of Interest as Amici Curiae in Judicial Proceedings (Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence), ICC-02/04-01/15-1943 (2021) Rn.15 ff. Siehe hierzu außerdem *Al Hassan Defence*, Prosecutor v. Al Hassan, Public Redacted Version of „Submission for the Confirmation of Charges“, ICC-01/12-01/18 (2019).

1241 Näher zur Verbreitung, zu den (gesundheitlichen) Risiken und zu eingeleiteten Schritten zur Bekämpfung weiblicher Genitalverstümmelung WHO, Female genital mutilation, vom 31.01.2023.

Hier könnte die Verurteilung einer solchen Verhaltensweise als Verbrechen gegen die Menschlichkeit¹²⁴² durch den IstGH einen wichtigen Beitrag dazu leisten, die mit der verurteilten Handlung einhergehende, weit verbreitete Herabwürdigung einer großen Anzahl an Opfern zu bekämpfen.¹²⁴³

Die angestellten Überlegungen sind allgemeiner Natur. Aufgrund der Weite und relativen Unbestimmtheit der Menschlichkeitsverbrechen durch „Verfolgung“ und durch eine „andere unmenschliche Behandlung“ und der damit einhergehenden Bedenken mancher hinsichtlich einer ausufernden Zuständigkeitserklärung des IstGH bei „schlichten“ Menschenrechtsverletzungen könnte der von *deGuzman* entwickelte relative Ansatz zur Bewertung der Erheblichkeit hier besonders bedenkenswert sein.

II. Weitere normative Anknüpfungspunkte

1. Prüfung des Komplementaritätsgrundsatzes im Übrigen: Art. 17 Abs. 1 a) als relatives Abwägungskriterium?

In einer von institutionellem Rechtspluralismus geprägten Völkerstrafrechtsordnung, in der die einheitliche Bestrafung aller Völkerstraftäter ohnehin Utopie bleibt und nationale Strafrechtssysteme erhebliche Unterschiede in den Verfahrensstandards, der Rechtsdogmatik und den vorgesehenen Rechtsfolgen aufweisen, könnten auch die in Art. 17 Abs. 1 a) normierten Voraussetzungen relative Kriterien darstellen. Ob ein sonst zuständiger Staat, der Maßnahmen ergreift, um auf geschehenes Unrecht zu reagieren, i.S.d. Art. 17 Abs. 1 a) überhaupt Ermittlungen oder Strafverfolgungen durchführt bzw. hierzu willens und in der Lage ist, mithin welches Maß an Konformität der IstGH von einem sich um Strafverfolgung bemühenden Staat verlangen darf, wäre dann nicht anhand absoluter Maßstäbe, sondern unter Abwägung der verschiedenen durch das Völkerstrafrecht verfolgten Ziele zu bestimmen. Auch hier könnte der Gedanke einfließen, dass der IstGH ohnehin selektiv verfahren muss, in anderen Worten bei einer Gesamtbetrachtung völkerstrafrechtlicher Ressourcen die Entschei-

1242 Zur möglichen Einordnung als Folter (Art. 7 Abs. 1 f)), sexualisierte Gewalt (Art. 7 Abs. 1 g)), oder andere unmenschliche Behandlung (Art. 7 Abs. 1 k)), siehe *Mulvey*, Female Genital Mutilation Should Be Prosecuted as a Crime against Humanity, Centre for Women, Peace and Security vom 03.04.2017.

1243 Daher fordert *deGuzman*, geschlechtsspezifischen und auf sexualisierter Gewalt beruhenden Verbrechen mehr Beachtung zu schenken, *deGuzman* 2020, S. 128.

derung für ein bestimmtes Verfahren gleichzeitig immer auch eine solche ist, die knappen Ressourcen in einem anderen Verfahren oder einer anderen Situation nicht zum Einsatz zu bringen.¹²⁴⁴

Wird die Frage, ob ein Staat Ermittlungen oder Verfahren durchführt und hierzu in der Lage und willens ist, verstanden als relative Abwägungsentscheidung, könnten neben dem Ziel, möglichst viele Völkerstraftäter einem rechtsförmigen Strafverfahren unter Einhaltung internationaler Verfahrensstandards zuzuführen, auch andere Faktoren wie die Verwirklichung bestimmter Strafzwecke oder die zu erwartende Unterstützung der Staaten berücksichtigt werden. Ist ein Staat ernsthaft bemüht, eine Strafverfolgung zu betreiben, wenn auch möglicherweise nicht „so gut“ wie der IStGH, könnten diese Aspekte sowie die Erfolgsaussichten der nationalen Verfahren als relative Abwägungskriterien in die Prüfung des Komplementaritätsgrundsatzes miteinfließen.¹²⁴⁵

Ein solcher Ansatz könnte Beachtung finden in der Diskussion darum, inwiefern *alternative justice mechanisms* eine Strafverfolgung i.S.d. Art. 17 Abs. 1 a) darstellen¹²⁴⁶ oder wann Abweichungen in der materiellen Strafrechtsdogmatik, wie beispielsweise ein fehlendes spezifisches *labeling* als Völkerstraftat¹²⁴⁷ oder Unterschiede bei Formen strafrechtlicher Verant-

1244 Dass die Anklagebehörde bei der Prüfung des Komplementaritätsgrundsatzes Situationen und Verbrechen miteinander vergleichen darf, wurde auch durch den IStGH bereits anerkannt, vgl. *Bergsmo/Bekou* in *Ambos* 2022 Art. 53, Fn. 53 und 54 mit begleitendem Text.

1245 Auch *Mégret* gelangt in seiner Analyse zur Übertragbarkeit der *margin of appreciation*-Doktrin auf das Völkerstrafrecht zu dem Ergebnis, dass den Nationalstaaten bei der Verfolgung von Völkerstraftaten in Anlehnung an diese Doktrin sowohl bei der materiellen Prüfung etwaiger Völkerrechtsverbrechen als auch bei der Durchführung völkerstrafrechtlicher Verfahren ein gewisser Spielraum zugestanden werden sollte, bevor ihnen die Fähigkeit oder der Wille zur Strafverfolgung abgesprochen wird, *Mégret*, *HarvHumRtsJ* 33 (2020), S. 114 ff.; ähnlich *Greenawalt*, *IndLJ* 86 (2011), S. 1124; *Almqvist*, *JICJ* 4 (2006), S. 760. Eine solche Vorgehensweise ebenfalls andeutend *Drumbl* 2007, S. 143 und *Kiyani*, *JICJ* 15 (2017), S. 636, 639 f.

1246 Zu dieser Diskussion vgl. z.B. *Nouwen/Werner*, *JICJ* 13 (2015); *Drumbl* 2007, S. 141 ff.; *Sander*, *IntlCLR19* (2019), S. 1032 f.

1247 Hierzu schreibt *Bassiouni*, *The Shari'a and Islamic Criminal Justice in Time of War and Peace* (2013), S. 133: „The fact that the criminal aspects of the sharia do not correspond to contemporary international criminal law in the labeling of certain crimes and as to their legal elements does not mean that the sharia is devoid of a counterpart in contemporary international law. In fact, it is no different than domestic criminal laws that have a counterpart to international crimes. The killing of a noncombatant or of a sick or injured combatant is a war crime, and

wortlichkeit¹²⁴⁸, dazu führen, dass einem sich um Strafverfolgung bemühen- den Staat die Fähigkeit hierzu abgesprochen wird.

Wird das Einschreiten des IStGH als relative Abwägungsentscheidung verstanden, könnte dies auch Einfluss nehmen auf die unter dem Stichwort der *due process thesis* geführte Debatte darum, ob und wann aufgrund zu niedriger verfahrensrechtlicher Standards einem Staat die Fähigkeit abgesprochen werden kann, eine Strafverfolgung durchzuführen.¹²⁴⁹

2. Art. 53 Abs. 1 c) („*interest of justice*“) als relatives Abwägungskriterium?

Einen weiteren normativen Anknüpfungspunkt für relative Abwägungen zum Einschreiten des IStGH unter Berücksichtigung einer möglichst effizienten Nutzung seiner begrenzten Ressourcen könnte der zuletzt stärker in den Fokus geratene Art. 53 Abs. 1 c) darstellen. Dieser verlangt, dass eine

could be qualified as part of genocide or crimes against humanity depending on the circumstances. The domestic law of a given state may not have codified these crimes, but it can prosecute the same conduct under murder provisions of its domestic criminal law. The same applies to the shari‘a, as it allows states to prosecute international crimes as *taczi r* or on the basis of *hudud* and *qisas* norms.“

1248 Siehe hierzu zum Beispiel die Diskussion um die Voraussetzungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit, *Ospin/Pappier*, The “Command Responsibility” Controversy in Colombia: A Follow-Up, EJIL: Talk! vom 13.03.2019; *Pappier*, The ‘Command Responsibility’ Controversy in Colombia, EJIL: Talk! vom 15.03.2015. Ähnlich argumentiert auch *Fletcher* in *Arnold* 2005, S. 739, 748 f.: „Das Prinzip der Toleranz gegenüber verschiedenen Denkweisen wäre tatsächlich ein großer Beitrag zum Erfolg des Gerichtshofs. [...] Der IStGH [...] täte gut daran, die Werte Toleranz, Vielfalt und gegenseitigen Respekt aufzunehmen, so wie sie durch *reasonableness* als Filter für die Weitergabe von Fällen an die Jury ausgedrückt werden. Dieser Ansatz könnte dem IStGH wenigstens ein wenig Hilfe bieten, wenn es darum geht, das am heftigsten umstrittene institutionelle Prinzip, nämlich das der Komplementarität, zu interpretieren und die Unterschiede zwischen internationalem und nationalem Strafrecht miteinander in Einklang zu bringen. Der Komplementaritätsgrundsatz steht für Vertrauen in die Vielfalt der nationalstaatlichen Lösungen, vorausgesetzt, sie stellen ein ernsthaftes Bemühen dar, den betreffenden Fall strafrechtlich zu verfolgen.“

1249 Siehe hierzu z.B. *Heller*, CrimLF 17 (2006), insbes. S. 271, 273 ff. und *IStGH*, Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled „Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi“, ICC-01/11-01/11-565 (2014).

Strafverfolgung durch den IStGH auch „im Interesse der Gerechtigkeit“ liegen muss.¹²⁵⁰

Wird dieses Kriterium aufgefasst als Norm, die der Anklagebehörde einen Spielraum bei der Entscheidung gibt,¹²⁵¹ welches Verhalten zur Anklage gebracht wird,¹²⁵² könnten auch hier die oben formulierten Überlegungen in die Entscheidung einfließen, ob der IStGH über einen Sachverhalt richten sollte.¹²⁵³ So könnte es – selbst wenn Formen der alternativen Konfliktbewältigung die Qualität als Mechanismen der Strafverfolgung abgesprochen wird¹²⁵⁴ und eine Sache demnach nach Art. 17 Abs. 1 a) zulässig wäre – in bestimmten Situationen im Interesse der Gerechtigkeit liegen, die Reaktion auf begangenes, auch völkerstrafrechtlich relevantes Verhalten

1250 *deGuzman* 2020, S. 134 ff. Stützt die Anklagebehörde ihre Entscheidung, nicht weiter vorzugehen, allein auf Art. 53 Abs. 1 c) ist dies nur wirksam, wenn sie von der Vorverfahrenskammer bestätigt wird, vgl. Art. 53 Abs. 3 b), näher hierzu *Bergsmo/Bekou* in *Ambos* 2022 Art. 53, Rn. 54.

1251 Zur grundsätzlichen Diskussion um das Opportunitätsprinzip *Bergsmo/Bekou* in *Ambos* 2022 Art. 53, Rn. 6; speziell zum Beurteilungsspielraum der Anklagebehörde bei der Frage, ob Ermittlungen nach Art. 53 Abs. 1 c) im Interesse der Gerechtigkeit liegen *ebd.* Art. 53, Rn. 26–35.

1252 Zur Überprüfbarkeit einer Entscheidung der Anklagebehörde hinsichtlich des „interest of justice“ nach Art. 53 Abs. 1 c) durch die Vorverfahrenskammer vgl. z.B. *deGuzman*, ASIL 19 (2015); *Bergsmo/Bekou* in *Ambos* 2022 Art. 53 Rn. 30–34.

1253 Indem nach dem OTP, Policy Paper on the Interests of Justice (2007) eine Entscheidung, aus Gründen der Gerechtigkeit nicht einzuschreiten, nur ein *course of last resort* darstellen soll, auf den nur ausnahmsweise zurückgegriffen werden kann, wenn die starke Vermutung für ein Einschreiten des IStGH bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 53 Abs. 1, 2 widerlegt ist, hat sich die Anklagebehörde damit gegen eine Interpretation von Art. 53 Abs. 1 c) als Öffnungstor für kulturelle Erwägungen entschieden, vgl. *Sander*, IntJCLR19 (2019), S. 1039 f. Mit der – zurecht stark kritisierten – Afghanistan-Entscheidung widersprach die Vorverfahrenskammer II diesem Verständnis von Art. 53 Abs. 1 c) als *course of last resort* jedoch, *IStGH*, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-33 (2019) Rn. 35, 88 ff. Inwiefern die Vorverfahrenskammer sich bei der Prüfung von Art. 53 Abs. 1 c) von fehlerhaften Erwägungen hat leiten lassen, beantwortete die Berufungskammer nicht abschließend, da sie der Vorverfahrenskammer bereits die Fähigkeit absprach, bei *proprio motu*-Verfahren überhaupt eine Beurteilung der Anklagebehörde zum Vorliegen des *interest of justice* überprüfen zu können, *IStGH*, Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-138 (2020) Rn. 48; vgl. zum Ganzen auch *Bergsmo/Bekou* in *Ambos* 2022 Art. 53, Rn. 30–35.

1254 So statt vieler *Nouwen/Werner*, JICJ 13 (2015), S. 174 f.

lokalen Mechanismen der Konfliktbewältigung zu überlassen.¹²⁵⁵ Auch hätte der IstGH in der *Comoros*-Situation argumentieren können, dass es im Interesse der Gerechtigkeit vorzugswürdig sei, die begrenzten Ressourcen des IstGH auf andere Situationen zu verwenden, in welchen intensivere Rechtsverletzungen in Frage stehen,¹²⁵⁶ anstatt damit zu argumentieren, dass die vorgeworfenen Rechtsverletzungen eine absolute, für die Einordnung als Völkerrechtsverbrechen erforderliche Erheblichkeitsschwelle nicht erreichten.

III. Schlussfolgerung

Bereits in einer ideal gedachten Völkerstrafrechtsordnung, in welcher der IstGH über unbegrenzte Ressourcen zur Strafverfolgung verfügt und sich zudem der Kooperation der Staaten gewiss sein kann, spricht unter anderem die Verwirklichung bestimmter Strafzwecke dafür, den Staaten in Anwendung des Komplementaritätsgrundsatzes einen gewissen Spielraum in der Ausgestaltung des von ihnen zur Verfolgung von Völkerstraftätern angewandten materiellen und formellen Rechts zuzugestehen. Die knappen dem IstGH tatsächlich zur Verfügung stehenden Ressourcen sowie die mangelnde Kooperationsbereitschaft einer Vielzahl von Staaten könnten darüber hinaus berücksichtigt werden bei der Entscheidung, ob ein Verfahren vor dem IstGH geführt werden sollte oder ob die Strafverfolgung der nationalen Strafrechtspflege oder sonstigen nationalen bzw. regionalen Mechanismen überlassen bleiben kann – sofern erforderlich auch mit finanzieller und personeller Unterstützung durch die internationale Gemeinschaft.

Dem mag entgegengehalten werden, dass eine solche relative Abwägung der Anklagebehörde (bzw. der Vorverfahrenskammer bei Überprüfung der Entscheidungen der Anklagebehörde nach Art. 53 Abs. 3¹²⁵⁷) einen weiten

1255 *Drumbl* 2007, S. 142 f.

1256 *deGuzman* 2020, S. 132.

1257 Der Beurteilungsspielraum der Vorverfahrenskammer hinsichtlich der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 17 und des *interest of justice* ist dabei im Einzelnen umstritten, siehe *Schabas/El Zeidy in Ambos* 2022 Art. 17, Rn. 63; *IStGH*, Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, ICC-01/04-520-Anx2 (2006) Rn. 63. Speziell zur Überprüfung von Zulässigkeitsentscheidungen der Anklagebehörde bei *proprio motu*-Verfahren nach Art. 15 vgl. *Schabas/Zeidy in Ambos* 2022 Art. 17, Rn. 31; zur Überprüfung der Erheblichkeitsschwelle des Art. 17 Abs. 1 d) vgl. *IStGH*, Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic

Ermessensspielraum einräumt und daher hinsichtlich des Legalitätsgrundsatzes problematisch sein könnte. Diese Bedenken ließen sich zumindest abschwächen, indem die Abwägung, welchen Interessen aus welchen Gründen Priorität eingeräumt wird, in einem transparenten Prozess erfolgt und so auch für die Normadressaten nachvollziehbar bleibt.¹²⁵⁸

Diese abschließend angestellten Erwägungen zum Einschreiten des IStGH anhand relativer Abwägungskriterien sollen nicht als abschließende Empfehlung verstanden werden, sondern lediglich als Anregung für eine weitere Diskussion, in der nicht nur zwischen den einzelnen genannten Zulässigkeitskriterien genauer zu differenzieren wäre, sondern auch näher zu erörtern bliebe, ob Ermittlungen aufgrund einer Überweisung durch den Sicherheitsrat, eines *self-referrals* oder *proprio motu* eingeleitet worden sind und in welchem Verfahrensstand ein Einschreiten des IStGH zu überprüfen ist.

C Ergebnis

Mit dem Universalitätsanspruch des Völkerstrafrechts wäre es nicht vereinbar, wenn der IStGH durch die Auslegung des IStGH-Statuts, die Ermittlung des anwendbaren Rechts oder die Anerkennung eines *cultural defense* einen gleichen Sachverhalt anhand unterschiedlicher rechtlicher Maßstäbe bewerten könnte. Auch bei der Festsetzung einer angemessenen Strafe kann der IStGH nicht in Abhängigkeit von der Herkunft der Angeklagten oder der Opfer unterschiedliche Rechtsregime zur Anwendung bringen. Mithin gibt es keinen materiellen Rechtspluralismus vor dem IStGH. Gleichwohl kann und sollte der rechtskulturelle Kontext einer Tat vor dem IStGH Bedeutung erlangen, indem er *erstens* bereits zur Prüfung bestimmter Tatbestandsmerkmale notwendigerweise berücksichtigt werden muss, indem sich *zweitens* rechtliche Argumentationen zur Ermittlung des durch den

Republic and the Kingdom of Cambodia, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's 'Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros"', ICC-01/13-98 (2019) Rn. 81 ff.; näher *Schabas/El Zeidy* in *Ambos* 2022 Art. 17, Rn. 69. Zum Beurteilungsspielraum hinsichtlich des *interest of justice* nach Art. 53 Abs. 1 c) vgl. z.B. *deGuzman*, ASIL 19 (2015); *Bergsmo/Bekou* in *Ambos* 2022 Art. 53, Rn. 30-34.

1258 *deGuzman* 2020, S. 130, 137 f. Auch die Verwirklichung generalpräventiver Strafzwecke könnte es erfordern, nachvollziehbar zu begründen, weshalb ein Völkerstrafträger eine Strafe hinnehmen muss während ein anderer verschont bleibt, ähnlich *Werkmeister* 2015, S. 251; *Tallgren*, EJIL 13 (2002), S. 583.

IStGH anwendbaren Rechts auch mit dem sonst zuständigen Rechtsregime auseinandersetzen sollten, indem *drittens* kulturspezifische Beweise bei der Feststellung der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit herangezogen werden können und indem – möglicherweise – *viertens* der rechtskulturelle Kontext einer Tat bereits bei den durch den IStGH notwendigerweise zu treffenden Selektionsentscheidungen berücksichtigt wird.

Denn der langfristige Erfolg des IStGH wird auch davon abhängen, inwiefern die vor dem IStGH geführten Verfahren in den primär betroffenen Gemeinschaften und von den Staaten als legitim anerkannt werden.