

E. Fallselektion

Entscheidungen zur Fallselektion beinhalten Opportunitätsabwägungen.¹⁷⁵⁹ Die Selektion von Fällen ist äußerst komplex und keinesfalls mit einem bloßen Hinweis auf die Kriterien des Art. 53 I 2, II ICCSt erklärt. Bereits der Terminus der Fallselektion ist nicht eindeutig, da es sich bei näherer Betrachtung um einen Oberbegriff handelt. Er beinhaltet einerseits die Frage, ob das OTP bestimmte Fälle endgültig auswählt, und andererseits die Entscheidung, welche Fälle es vorläufig priorisiert. Entsprechend der Systematik des Art. 53 ICCSt sind außerdem die unterschiedlichen Zeitpunkte der Entscheidungen (Einleitung der formalen Ermittlungen in Art 53 I ICCSt und Durchführung von Strafverfolgung in Art. 53 II ICCSt) zu betrachten.¹⁷⁶⁰ Der erste Schritt einer Dogmatisierung der Fallselektion wird daher eine Erörterung der unterschiedlichen Arten von Selektionsentscheidungen sein.¹⁷⁶¹

Im Anschluss an die Konkretisierung des Selektionsbegriffs werden die theoretisch möglichen Selektionsentscheidungen daraufhin untersucht, ob sie vor dem Hintergrund des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips rechtlich zulässig sind und auf welcher Rechtsgrundlage sie beruhen.¹⁷⁶² Hierfür wird wesentlich auf die Untersuchungsergebnisse zu den Anwendungsbereichen des Art. 53 ICCSt und zum Umfang der Beurteilungsspielräume des OTP innerhalb des grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs zurückgegriffen.¹⁷⁶³ Aus den jeweiligen Rechtsgrundlagen lassen sich schließlich inhaltliche Maßstäbe der Selektionsentscheidung ableiten.¹⁷⁶⁴ Sie bilden zugleich den Rahmen für mögliche Selektionsstrategi-

1759 Neben Vielen, *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 399; *Bergsmo*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 7, 9. *Guariglia/ Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 358 – 362; *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 85 – 121; *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 375 – 380.

1760 Vgl. *Stegmiller*, *ICLR* 9 (2009), 547, 556, 557.

1761 Näher unter (E. I., II.).

1762 Näher unter (E. III.).

1763 Näher bereits unter (C., D.).

1764 Näher unter (E. IV.).

en.¹⁷⁶⁵ Das Kapitel schließt mit einem Abschnitt zur richterlichen Kontrolle der Fallselektion.¹⁷⁶⁶

Die Grundlagen der Fallselektion stellen eine notwendige Vorüberlegung für die Frage dar, wann und unter welchen Voraussetzungen das OTP eine Entscheidung zur *Situation Completion* treffen kann.¹⁷⁶⁷ Schließlich enden die aus dem Grundsatz des Legalitätsprinzips folgenden Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten dort, wo einzelne Fälle auf Grundlage zulässiger Opportunitätsentscheidungen nicht weiter ermittelt oder verfolgt werden. Jeder Fall, der abgeschlossen oder aufgrund einer zulässigen Opportunitätsentscheidung eingestellt wird, führt das OTP ein Stück näher an die Erfüllung seines Mandats innerhalb einer Situation und an den Punkt, die formalen Ermittlungen in der Situation als Ganzes zu beenden.¹⁷⁶⁸

I. Entscheidungsarten

Der Begriff „Fallselektion“ umfasst mehrere Arten von Entscheidungen. Einerseits sind endgültige Auswahlentscheidungen gemeint, infolge derer bestimmte Fälle ermittelt und zur Anklage gebracht werden und andere nicht.¹⁷⁶⁹ Ebenso erstreckt sich die Selektion auf die Priorisierung von Fällen. Dabei richtet sich der Fokus des OTP zunächst auf Fälle mit höherer Priorität, während andere Fälle zu einem späteren Zeitpunkt behandelt werden.¹⁷⁷⁰ In der Literatur wird in aller Regel keine Unterscheidung zwischen Auswahl und Priorisierung getroffen.¹⁷⁷¹ Für die vorliegende Untersuchung ist sie jedoch erforderlich, da beide Entscheidungsarten unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben unterliegen.

1765 Näher unter (E. VI.).

1766 Näher unter (E. VII.).

1767 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 31.

1768 Vgl. ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 28.

1769 Goldston, JICJ 8 (2010), 383, 389; De Vlaming, in: Reydamas et al. (Hrsg.), *International Prosecutors*, 542.

1770 Bådagård/ Klamberg, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699.

1771 Kritisch hierzu, Bergsmo, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 7, 9.

1. Auswahlentscheidungen

Das OTP trifft Auswahlentscheidungen schon aus faktischen Gründen.¹⁷⁷² In den allerseltensten Konstellationen können alle Fälle einer Situation ermittelt und zur Anklage gebracht werden.¹⁷⁷³ Die Frage einer rechtsdogmatischen Herleitung wird hingegen weitestgehend nicht in den Blick genommen. Es hat den Anschein, dass jene Form der Opportunität oftmals als Selbstverständlichkeit hingenommen wird.¹⁷⁷⁴ Nach dem bereits gefundenen Ergebnis eines grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwangs bedarf es jedenfalls dann einer konkret normierten Gesetzesgrundlage, wenn das OTP einzelne zulässige Fälle trotz vorhandener Verdachtsmomente nicht näher ermitteln oder anklagen möchte.¹⁷⁷⁵ Von einer endgültigen Auswahlentscheidung im hier verstandenen Sinn ist der als „Selection“ bekannte Begriff des *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* abzugrenzen. Letzteres erfasst lediglich vorläufige Auswahlentscheidungen, die jederzeit neu getroffen werden können:

*“Case selection and prioritisation will require regular updating on the basis of the information and evidence obtained during the course of investigations, any ongoing criminality, as well as the evolution of operational conditions that could impact the Office’s ability to conduct successful investigations and prosecutions. As part of this process, not only could a selection or prioritisation decision need to be revisited over time [...]”*¹⁷⁷⁶

1772 So auch das OTP, ICC-OTP, *Policy Paper on Victims’ Participation* (April 2010), S. 8.

1773 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 6; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 12; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 20; Bergsmo, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 7, 12; Danner, *American JIL* 97 (2003), 510, 519 – 520; De Guzman, *Michigan JIL* 33 (2012), 265, 269. Ausnahmen dürften höchstens kleine, überschaubare Situationen bilden, bei denen die Anzahl der Opfer und Täter sehr gering ist, wobei derartige Konstellationen bisweilen das Schwerekriterium nicht erfüllen dürften, vgl. 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.

1774 Kritisch hierzu, Schabas, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 380.

1775 Näher bereits unter (D. II. 8.).

1776 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 13.

2. Priorisierungsentscheidungen

Bei einer Priorisierungsentscheidung geht es darum, dass sich das OTP zunächst auf bestimmte Fälle konzentriert und andere Fälle später behandeln möchte.¹⁷⁷⁷ Sie ist keine formale und endgültige Entscheidung gegen die Durchführung eines Verfahrens.¹⁷⁷⁸ Vielmehr bleiben die grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflichten des OTP unberührt, weswegen keine Notwendigkeit einer konkreten gesetzlichen Grundlage oder gar richterlicher Kontrolle der Entscheidung besteht.¹⁷⁷⁹ Allgemeine Kompetenzen genügen insoweit. Oftmals ist eine Priorisierungsentscheidung das Ergebnis ermittlungs- und ressourcentaktischer Erwägungen.¹⁷⁸⁰

Das OTP bezeichnet die Priorisierung von Fällen im *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* als “the process by which cases that meet the selection criteria are rolled-out over time.”¹⁷⁸¹ Mit der Formulierung “cases that meet the selection criteria“ meint das OTP jene Fälle, die aufgrund einer unverbindlichen Vorauswahl für den weiteren Selektionsprozess in Betracht kommen,¹⁷⁸² nicht aber eine endgültige Auswahlentscheidung. Wenn nämlich ein vorläufig nicht „ausgewählter“ Fall nachträglich doch ausgewählt wird, liegt im Ergebnis eine zeitliche Verschiebung und infolgedessen eine Priorisierung vor. Fälle, die den vorläufigen Auswahlkriterien nicht entsprechen, sind im Endeffekt Fälle mit niedriger Priorität. In einer späteren Definition des OTP zur Priorisierung fehlt der Verweis auf die “selection criteria”: “The process by which a case is deemed to be relatively more or less deserving of the allocation of resources, in comparison to all other cases currently under investigation by the Office.”¹⁷⁸³

1777 Bådagård/ Klamberg, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699; Bergsmo, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 7, 9.

1778 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.

1779 Bådagård/ Klamberg, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699.

1780 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), S. 31; Goldston, JICJ 8 (2010), 282, 289.

1781 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 48.

1782 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 13; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 27.

1783 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), S. 31.

Priorisierungsentscheidungen kommt eine keinesfalls zu unterschätzende Relevanz zu. Das OTP ist sich bewusst, dass es nur eine sehr geringe Anzahl an Fällen ermitteln und zur Anklage bringen kann.¹⁷⁸⁴ Um die Lücke der Straflosigkeit für völkerrechtliche Verbrechen zu schließen, fördert es daher gezielt nationale Strafverfahren.¹⁷⁸⁵ Führen die Staaten den Anforderungen des Art. 17 ICCSt genügende Verfahren durch, sind entsprechende Fälle vor dem ICC unzulässig.¹⁷⁸⁶ Im Idealfall muss das OTP also lediglich für einen begrenzten Zeitraum selbst Verfahren initiieren.¹⁷⁸⁷ Diejenigen Fälle, die vor dem ICC verhandelt werden, sind dann logischerweise solche, denen das OTP zuvor eine erhöhte Priorität eingeräumt hat.¹⁷⁸⁸ Die weit überwiegende Anzahl nicht priorisierter Fälle wird im besten Fall auf nationaler Ebene bearbeitet.¹⁷⁸⁹

Zugleich besteht die Gefahr, dass eine niedrige Priorisierung dazu führt, dass im Laufe der Zeit Beweise verloren gehen und der Nachweis strafrechtlicher Verantwortlichkeit nicht mehr möglich ist.¹⁷⁹⁰ Im schlechtesten Fall kann es zur Straflosigkeit kommen. So hatte das OTP in Uganda den Anspruch, Taten aller Konfliktakteure zu verfolgen,¹⁷⁹¹ priorisierte jedoch „zunächst“ Verbrechen der LRA.¹⁷⁹² Nachdem es nunmehr verkündet hat, keine weiteren Verfahren in der Situation mehr durchführen zu wollen,¹⁷⁹³ sind Verfahren gegen Angehörige anderer Konfliktparteien mehr als zwei-

1784 ICC-OTP, *Policy Paper on Victims' Participation* (April 2010), S. 8; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 20.

1785 ICC-OTP, *Strategic Plan 2016–2018* (16 November 2015), para. 102; ICC-OTP, *Strategic Plan 2019–2021* (17 July 2019), para. 50; *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 403.

1786 *Pampalk/ Knust*, *ZIS* (2010), 669, 672; *Tallgren*, *European JIL* 13 (2002), 561, 572.

1787 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 29; *Hamilton*, *ILP* 47 (2014), 1, 11; vgl. auch die Verkündung der Beendigung der Ermittlungsphase in den Situationen in der Zentralafrikanischen Republik und in Georgien, die das OTP vor allem mit verstärkt zu erwartenden nationalen Verfahren begründete, 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).

1788 Vgl. ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 46.

1789 Entsprechend zum tatsächlichen quantitativen Verhältnis zwischen direkter und indirekter Durchsetzung des Völkerstrafrechts, *Safferling*, *Internationales Strafrecht*, § 4 Rn. 11; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 12 Rn. 8 – 9.

1790 *Pues*, *JICJ* 15 (2017), 435, 451.

1791 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01, Letter of the Prosecutor (17 June 2004).

1792 *Dicker*, in: *Bergsmo* (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 267, 272; *Stegmiller*, *ICLR* 9 (2009), 547, 558.

1793 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

felhaft. Finden sie tatsächlich nicht statt, hat die Priorisierung der LRA nunmehr Straflosigkeit an anderer Stelle nach sich gezogen.

II. Zeitpunkt und Bezugsobjekt der Entscheidungen

Die frühestmögliche Selektionsentscheidung innerhalb einer Situation kann dann erfolgen, wenn sich das OTP entschließt, bestimmte Verbrechen des der Situation zugrundeliegenden Konflikts näher zu untersuchen.¹⁷⁹⁴ Der Informationsstand des OTP zu einzelnen Verbrechen ist dabei noch gering,¹⁷⁹⁵ weshalb es sich bei dem Entscheidungsobjekt um potenzielle Fälle handelt.¹⁷⁹⁶ Im Statut finden sich keine Vorgaben, wann die Ermittlungen in einem potenziellen Fall aufgenommen werden oder abgeschlossen sein müssen.¹⁷⁹⁷ Auch aus einer theoretischen Verjährung lassen sich keine Fris-

1794 So das OTP zur aktuellen Vorgehensweise: “[T]he Office first identifies alleged crimes (or incidents) to be investigated within a wide range of incidents. Following this meticulous process, alleged perpetrators are identified based on the evidence collected.”, ICC-OTP, *Strategic plan 2016–2018* (16 November 2015), para. 34.

1795 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19–Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 27; ICC, *Situation in the Republic of Côte D’Ivoire*, ICC-02/11–14–Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 24; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17–9–Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 38; ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19–27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 128; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–111, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 43.

1796 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. 190; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 43; näher zum Begriff der potenziellen Fälle bereits unter (B. I. 3.).

1797 *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 37 – 38; O’Donohue, in: Rothe et al. (Hrsg.), *The Realities of ICJ*, 267, 296.

ten herleiten,¹⁷⁹⁸ da Art. 29 ICCSt die Verjährung der im Statut definierten völkerrechtlichen Verbrechen ausschließt.¹⁷⁹⁹

Sind die Ermittlungen im jeweiligen Fall fortgeschritten, geht es darum, ob das OTP das Verfahren gem. Art. 53 II ICCSt einstellt,¹⁸⁰⁰ oder alternativ den Erlass eines Haftbefehl oder eine Vorladung beantragt (Art. 58 ICCSt).¹⁸⁰¹ Selektionsentscheidungen für oder gegen die Durchführung von Strafverfolgung betreffen keine potenziellen, sondern konkretisierte Fälle.¹⁸⁰² Diese sind zugleich das Prüfobjekt eventuell später folgender richterlicher Kontrolle.¹⁸⁰³ Mit dem formalen Abschluss der Entscheidungsfindung für oder gegen eine Strafverfolgung endet der Prozess der Fallselektion für das OTP.¹⁸⁰⁴ Ein Haftbefehl oder eine Vorladung kann gem. Art. 58 I, VII ICCSt „nach Einleitung der Ermittlungen“ beantragt werden,¹⁸⁰⁵ die Verfahrenseinstellung gem. Art. 53 II ICCSt erfolgt „nach den Ermittlungen“.¹⁸⁰⁶ Damit sind keine bestimmten Verfahrensabschnitte gemeint.¹⁸⁰⁷ Ein expliziter Zeitpunkt, zu dem das OTP einen Fall der Strafverfolgung zuführen muss, existiert nicht.¹⁸⁰⁸ Nachdem das OTP die Straf-

1798 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 14; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 24 Fn. 33.

1799 *Schabas*, European JIL 6 (1998), 84, 103; *Tomuschat*, Die Friedens-Warte 73 (1998), 335, 341.

1800 Ähnlich, *Röben*, MPYUNL 7 (2003), 513, 540; anders das OTP zur Auslegung des Art. 53 II ICCS, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 52 – 54; hierzu bereits näher unter (C. II. 2. b) dd)).

1801 *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1177 – 1178.

1802 Näher bereits unter (C. II. 2. a)); zum Begriff der konkretisierten Fälle (B. I. 5.).

1803 *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

1804 *Pikis*, *The Rome Statute for the ICC*, S. 272; *Schabas*, *The ICC*, Art. 53 S. 839.

1805 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 44; 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. 6.

1806 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; *Bergsmo/ Bekou*, in: *Ambos* (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 38; *Stegmiller*, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 419.

1807 *Röben*, MPYUNL 7 (2003), 513, 522; *Safferling*, *International Criminal Procedure*, S. 242; anders das OTP, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 11 – 12.

1808 Vgl. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 14.

verfolgung in einem Fall eingeleitet hat, gebieten die Rechte der betroffenen Person immerhin einen zügigen Abschluss des Verfahrens.¹⁸⁰⁹

III. Rechtsgrundlagen

Nach der obigen Unterscheidung kann das OTP vier Arten von Selektionsentscheidungen für Fälle innerhalb einer Situation treffen:¹⁸¹⁰ (1) Auswahl potenzieller Fälle zur Einleitung von Ermittlungen; (2) Auswahl konkretisierter Fälle zur Strafverfolgung; (3) Priorisierung potenzieller Fälle zur Einleitung von Ermittlungen; (4) Priorisierung konkretisierter Fälle zur Strafverfolgung. Im Folgenden soll jede der vier theoretisch möglichen Selektionsentscheidungen daraufhin untersucht werden, ob sie vor dem Hintergrund des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips zulässig ist und von welcher Rechtsgrundlage sie gestützt wird.

1. Auswahl potenzieller Fälle zur Einleitung von Ermittlungen

Eine Auswahlentscheidung, Ermittlungen in einzelnen potenziellen Fällen innerhalb einer Situation einzuleiten, darf nicht mit der Entscheidung verwechselt werden, formale Ermittlungen in der Situation als Ganzes einzuleiten.¹⁸¹¹ Als Rechtsgrundlage scheint zunächst ein unmittelbarer Rückgriff auf Art. 53 II ICCSt naheliegend, was einer genaueren Betrachtung aber nicht standhält. Nach dieser Vorschrift kann das OTP zwar das Verfahren in einzelnen Fällen einstellen, die Regelung setzt allerdings voraus, dass die Konturen der einzustellenden Fälle bereits hinreichend konkretisiert sind.¹⁸¹² Bei der Entscheidung zur Einleitung der Ermittlungen in einem

1809 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.

1810 Zu alternativen Unterscheidungsmöglichkeiten, *Guariglia/ Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 360 – 361.

1811 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 24.

1812 *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.

potenziellen Fall ist dies noch nicht gegeben,¹⁸¹³ weil die dafür erforderlichen Informationen erst im Laufe der weiteren Ermittlungen zutage treten.¹⁸¹⁴ Art. 53 II ICCSt bildet infolgedessen keine taugliche Rechtsgrundlage.

Daneben ist an Art. 53 I ICCSt zu denken. Demnach zieht das OTP potenzielle Fälle einer Situation zur Beurteilung der Situation als Ganzes heran, um eine hinreichende Grundlage für die Einleitung der formalen Ermittlungen in der Situation als Ganzes zu prüfen.¹⁸¹⁵ Die Norm bezieht sich also zunächst einmal nicht auf einzelne Fälle innerhalb der Situation. Trotzdem lässt sich über eine erweiterte Auslegung diskutieren, wonach Art. 53 I ICCSt zugleich die Einleitung der Ermittlungen in einzelnen potenziellen Fällen innerhalb der Situation regelt, woraus folgend das OTP anhand der dort genannten Kriterien einzelne potenzielle Fälle von den Ermittlungen ausschließen könnte.¹⁸¹⁶ Hierfür spricht Reg. 33 S. 2 Reg. OTP, wonach die Behörde bei der Selektion potenzieller Fälle innerhalb einer Situation die in den Buchstaben des Art. 53 I 2 ICCSt genannten Kriterien berücksichtigen soll, um die Gerichtsbarkeit, Zulässigkeit sowie die Interessen der Gerechtigkeit mit Blick auf den jeweiligen potenziellen Fall zu beurteilen.¹⁸¹⁷

Hierzu ist zunächst einmal klarzustellen, dass die Anzahl der von einer solchen negativen Auswahl betroffenen Fälle begrenzt wäre. Eine Entscheidung gegen die Einleitung von Ermittlungen könnte nur potenzielle Fälle

1813 ICC, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09–01/11–101, Decision on the Application by the Government of Kenya (30 May 2011), para. 54.

1814 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 739; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 312.

1815 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; *Cryer et al.*, An Introduction to ICL and Procedure, S. 420; *Rastan*, CLF 19 (2008), 435, 441 – 442.

1816 Den Gedanken aufwerfend, aber ablehnend, *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

1817 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 675 – 676.

erfassen, die nicht bereits im Zuge der Vorermittlungen für die Einleitung der formalen Ermittlungen in der Situation gesprochen haben. Das OTP hat bereits am Ende der Vorermittlungen eine hinreichende Grundlage i.S.d. Art. 53 I ICCSt mit Blick auf die Situation als Ganzes festgestellt.¹⁸¹⁸ Dies impliziert eine hinreichende Grundlage zur Aufnahme der Ermittlungen in den für die Positiventscheidung herangezogenen potenziellen Fällen.¹⁸¹⁹ In der Regel dürften daher nur potenzielle Fälle für eine negative Auswahlentscheidung infrage kommen, bei denen sich ein entsprechender Tatverdacht erst nach Abschluss der Vorermittlungen ergibt.

Vor allem aber sprechen grundsätzliche Erwägungen gegen eine erweiterte Auslegung des Art. 53 I ICCSt. Die Vorschrift soll die Einleitung der Ermittlungen in einer Situation als Ganzes regeln.¹⁸²⁰ Ihr zeitlicher Anwendungsbereich endet konsequenterweise mit der Einleitung der formalen Ermittlungen in der jeweiligen Situation.¹⁸²¹ Zu dem Zeitpunkt ist die Fallselektion mit Blick auf die Einleitung der Ermittlungen in einzelnen potenziellen Fällen noch nicht abgeschlossen.¹⁸²² Wäre Art. 53 I ICCSt unmittelbar auf einzelne potenzielle Fälle anwendbar, bestünden darüber hinaus Informationspflichten gegenüber der überweisenden Partei zu jedem potenziellen Fall, in dem nicht ermittelt werden soll.¹⁸²³ Die Konsequenz wäre eine besonders weitreichende gerichtliche Kontrolle.¹⁸²⁴ Unter der Prämisse

1818 ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 23; Cryer *et al.*, An Introduction to ICL and Procedure, S. 445; Kremens, in: Krzan (Hrsg.), Prosecuting International Crimes, 176, 187; Safferling, International Criminal Procedure, S. 229.

1819 Vgl. ICC-OTP, *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations* (4 October 2010), para. 43; dennoch für ein Ermessen bei der Einleitung der Ermittlungen in solchen Fällen, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 25 Fn. 25.

1820 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; Rastan, CLF 19 (2008), 435, 441.

1821 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.

1822 ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), para. 22; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 13.

1823 Zur entsprechenden Kritik im Kontext des Art. 53 II ICCSt, Kloss, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 38.

1824 Van Heeck, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 151.

einer möglichen gerichtlichen Kontrolle stellt sich außerdem die Frage, anhand welcher Informationen die PTC die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt prüfen sollte. Die Informationen des OTP sind zu diesem Zeitpunkt äußerst begrenzt.¹⁸²⁵ Eine angemessene Überprüfung wäre in der Praxis nur äußerst eingeschränkt möglich.

Art. 53 I ICCSt ist schlussendlich nicht auf die Einleitung der Ermittlungen in einzelnen potenziellen Fällen zugeschnitten.¹⁸²⁶ Das entspricht auch der von der Rechtsprechung bislang nicht beanstandeten Sicht des OTP: *“However, the selection of cases for investigation within an existing situation should not be confused with decisions to initiate an investigation into a situation as a whole within the meaning of article 53(1) and rule 48.”*¹⁸²⁷ Eine explizite Rechtsgrundlage dafür, dass sich das OTP gegen die Aufnahme von Ermittlungen in einem potenziellen Fall entscheidet, sieht das Statut demzufolge nicht vor.¹⁸²⁸ Vielmehr würde es der Pflicht zur Wahrheitsfindung mit Blick auf die Situation als Ganzes widersprechen, wenn das OTP noch vor einer ausreichenden Informationslage über die Verbrechen eine Entscheidung gegen einzelne Ermittlungen treffen könnte.¹⁸²⁹ Eine Verfahrenseinstellung in einzelnen potenziellen Fällen ist nicht möglich.

1825 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr, Decision on the Authorization of an Investigation (31 March 2010), para. 27; ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 24 ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 25; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 38; ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 128; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 43; Wouters et al., ICLR 8 (2008), 273, 312.

1826 Ambos/ Stegmiller, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn 3; Van Heeck, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 151.

1827 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 24; vgl. auch, ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-156, Prosecution's Application to Dismiss the Victims' Request (25 August 2015), para. 27 Fn. 41.

1828 ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), para. 22.

1829 Ähnlich die PTC I, allerdings mit Blick auf die Frage zur Einleitung der Ermittlungen in einer Situation: *“The Prosecutor has an obligation to extend the investiga-*

2. Auswahl konkretisierter Fälle zur Strafverfolgung

Strafverfolgung infolge der Ermittlungen bildet den vom Statut vorgesehenen Normalfall.¹⁸³⁰ Eine endgültige Auswahlentscheidung gegen Strafverfolgung bedarf einer expliziten Rechtsgrundlage.¹⁸³¹ In begrenztem Umfang betrifft eine Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt auch die weiteren Ermittlungen. Diese werden nämlich stets geführt *“with a view to bringing to justice those deemed responsible.”*¹⁸³² Ermittlungen sind kein Selbstzweck, sondern dienen der Strafverfolgung.¹⁸³³ Daraus folgt, dass sie eingestellt werden müssen, soweit eine Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt gegen Strafverfolgung getroffen wurde.¹⁸³⁴ Das erklärt die immer wieder vorkommende Formulierung, Art. 53 II ICCSt betreffe die Einstellung von Ermittlungen.¹⁸³⁵ Nach dem bereits gefundenen Ergebnis kann sich das OTP auf Grundlage von Art. 53 II ICCSt in einem oder mehreren konkretisierten Fällen gegen die Durchführung von Strafverfolgung entscheiden.¹⁸³⁶

tion to cover all possible categories of perpetrators and may not a priori exclude any of them.”, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 42.

1830 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 739; *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 839; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 418 – 419.

1831 Das OTP vertritt eine gegenteilige Rechtsauffassung, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 53 – 54; näher zur entsprechenden Diskussion bereits unter (C. II. 2. b) dd).

1832 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.

1833 Vgl. 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 Georgia*, ICC-01/15–12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 36; 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. 134; *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 675.

1834 *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 202; *Safferling*, International Criminal Procedure, S. 243.

1835 Vgl. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision (5 November 2015), para. 27; ICC-OTP, *Policy Paper on the Interests of Justice* (September 2007), S. 2 Fn. 2; *Hamilton*, Harvard HR Research Working Paper Series 2012, 1, 10; *Safferling*, International Criminal Procedure, S. 243; *Van Heeck*, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 328.

1836 Näher bereits unter (C. II. 2. b) ee)).

3. Priorisierung potenzieller Fälle zur Einleitung von Ermittlungen

Anstelle einer strikten Auswahlentscheidung bei der Einleitung von Ermittlungen in potenziellen Fällen innerhalb einer Situation kann das OTP einzelne solcher Fälle priorisieren, wodurch diese vorrangig und andere Fälle später untersucht werden.¹⁸³⁷ Fälle, die keine hohe Priorität erfahren, werden nicht grundsätzlich von den Ermittlungen ausgeschlossen, sodass auf diese Weise keine Straffreiheit entsteht.¹⁸³⁸ Sie werden lediglich zeitweise zurückgestellt.¹⁸³⁹ Der Grundsatz des Legalitätsprinzips bleibt erhalten, weswegen es keiner konkret normierten Gesetzesgrundlage oder richterlicher Kontrolle bedarf.¹⁸⁴⁰ Das OTP benennt im *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* den allgemein formulierten Art. 54 I b ICCSt als Rechtsgrundlage.¹⁸⁴¹ Demnach trifft es geeignete Maßnahmen, um die wirksame Ermittlung und Strafverfolgung von den der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegenden Verbrechen zu gewährleisten.¹⁸⁴²

Diesem Rechtsverständnis des OTP ist zuzustimmen. In Anbetracht der hohen Fallzahlen im Kontext von Massengewalt können nicht sämtliche Fälle gleichzeitig ermittelt und verfolgt werden.¹⁸⁴³ Priorisierungsentscheidungen sind eine schlichte Notwendigkeit und infolgedessen eine geeignete Maßnahme, um wirksame Ermittlungen und Strafverfolgungen zu gewährleisten. Ohne eine Priorisierung auf Grundlage von Art. 54 I b ICCSt wären Ermittlungen und Strafverfolgungen faktisch nicht möglich. Das Priorisierungsermessen lässt sich darüber hinaus als Ausdruck der Unabhängigkeit

1837 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 48; *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699; *Bergsmo*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 7, 9.

1838 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.

1839 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 43.

1840 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699.

1841 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 49.

1842 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04–01/07–717, Decision on the Confirmation of Charges (30 September 2008), para. 144; *Buisman*, Leiden JIL 27 (2014), 205, 225; *Pues*, JICJ 15 (2017), 435, 444.

1843 *Bergsmo*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 7, 12; *Danner*, American JIL 97 (2003), 510, 519 – 520; *De Guzman*, Michigan JIL 33 (2012), 265, 269; *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 378.

des OTP (Art. 42 ICCSt) verstehen,¹⁸⁴⁴ ohne dass sich inhaltliche Unterschiede ergeben.

4. Priorisierung konkretisierter Fälle zur Strafverfolgung

Ebenso wie bei der Einleitung der Ermittlungen in potenziellen Fällen innerhalb einer Situation muss das OTP bestimmen, welche der in den Ermittlungen befindlichen konkretisierten Fälle es priorisiert und welche es zu einem späteren Zeitpunkt bearbeitet.¹⁸⁴⁵ Spiegelbildlich zur Priorisierung bei der Einleitung der Ermittlungen in einem potenziellen Fall innerhalb einer Situation entsteht auch bei der Priorisierung im Vorfeld der Strafverfolgung keine Straffreiheit.¹⁸⁴⁶ Als Rechtsgrundlage dient abermals der allgemeine Art. 54 I b ICCSt.¹⁸⁴⁷

5. Regelungslücke

Wie soeben dargestellt, bietet das Statut Rechtsgrundlagen für Auswahlentscheidungen gegen Strafverfolgung in konkretisierten Fällen sowie für Priorisierungsentscheidungen in potenziellen und konkretisierten Fällen. Demgegenüber existiert keine Rechtsgrundlage für eine Auswahlentscheidung gegen die Einleitung von Ermittlungen in einem einzelnen potenziellen Fall innerhalb einer Situation.¹⁸⁴⁸ Vor diesem Hintergrund überrascht die in der Literatur vorherrschende Auffassung, das ICCSt normiere die Einleitung der Ermittlungen weitaus detaillierter als die Statuten der UN-Tribunale.¹⁸⁴⁹ In der Tat enthalten die von den Autoren herangezogenen Art. 18 I 1 ICTYSt

1844 Danner, American JIL 97 (2003), 510, 520; De Meester, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 269.

1845 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 48; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 43.

1846 ICC-OTP, *Report on Prosecutorial Strategy* (14 September 2006), S. 5.

1847 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 49.

1848 Näher bereits unter (E. III. 1.).

1849 Ambos, Internationales Strafrecht, § 8 Rn. 25; Hoffmeister/ Knoke, ZaöRV 59 (1999), 785, 806; Safferling, International Criminal Procedure, S. 231; Turone, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC II, 1137, 1146; Wei, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 47.

und Art. 17 I 2 ICTRSt zwar kein konkretes Verfahren,¹⁸⁵⁰ wohingegen das ICCSt explizite Vorschriften für den Prozess zwischen der Aktivierung der Gerichtsbarkeit und der Einleitung der formalen Ermittlungen in einer Situation bereitstellt.¹⁸⁵¹ Der Vergleich geht allerdings an einem wesentlichen Punkt fehl.

Die Zuständigkeit der UN-Tribunale war von vornherein durch die Vorgaben des Sicherheitsrats auf die Konflikte im ehemaligen Jugoslawien und in Ruanda begrenzt.¹⁸⁵² Diese sind hinsichtlich ihrer Parameter mit einzelnen Situationen am ICC vergleichbar.¹⁸⁵³ Während die Einleitung der Ermittlungen in einzelnen Situationen vor dem ICC das Ergebnis einer rechtlich regulierten Entscheidung des OTP ist, handelte es sich bei der Einleitung der Ermittlungen in den „Situationen“ des ehemaligen Jugoslawiens und Ruandas um einen primär politischen Entschluss des Sicherheitsrats.¹⁸⁵⁴ Für die UN-Tribunale bestand schlicht keine Notwendigkeit eines mit dem ICCSt vergleichbaren Regelsystems. Die jeweiligen Statute lassen sich mit Blick auf die Einleitung der Ermittlungen in „Situationen“ also nicht vergleichen.¹⁸⁵⁵

Eine zielführende Gegenüberstellung müsste sich stattdessen auf die genannten Normen des ICTYST und des ICTRSt sowie eine Vorschrift im ICCSt beziehen, welche explizit die Einleitung der Ermittlungen in einem Fall regelt. Eine solche existiert gerade nicht. Tatsächlich ist das Prozessrecht des ICTY in diesem Punkt sogar eingehender. Im Zuge der *Completion Strategy* wurde mit Rule 28 (A) der RPE des ICTY eine Verfahrensregel eingeführt, wonach sichergestellt werden soll, dass sich die

1850 *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn. 23 – 24; *Calvo-Goller*, The Trial Proceeding of the ICC, S. 25 – 26; *Safferling*, International Criminal Procedure, S. 231.

1851 *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn. 21; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn. 60.

1852 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.

1853 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003) S. 6; *Schabas*, JICJ 6 (2008), 731, 734; *Ambos/Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 392.

1854 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.

1855 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor’s Appeal (13 July 2006), para. 80; insoweit zustimmend auch die abweichende Stimme, 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.

Ermittlungen allein auf Hauptverantwortliche für Verbrechen innerhalb der Gerichtsbarkeit des Tribunals beschränken.¹⁸⁵⁶ Anstelle einer im Vergleich zu den UN-Tribunalen detaillierteren Regelungsbreite beinhaltet das Statut vielmehr eine Lücke zur Frage der Einleitung von Ermittlungen in potenziellen Fällen innerhalb einer Situation.

6. Keine Planwidrigkeit der Regelungslücke

Soll eine Regelungslücke in einem völkerrechtlichen Vertrag etwa durch Analogie geschlossen werden, darf das Fehlen der Normierung nicht Ausdruck des Willens der Vertragsparteien sein.¹⁸⁵⁷ Das Schließen der Lücke muss stets den Zielen, Wertungen und Prinzipien des Vertrags entsprechen.¹⁸⁵⁸ Diesbezüglich spricht eine systematische Betrachtung des ICCSt gegen eine planwidrige Regelungslücke. Zunächst einmal bedeutet die fehlende Normierung zur Einleitung der Ermittlungen in einem potenziellen Fall nicht, dass das Statut keine Vorgaben hierzu enthielte. Nach dem Legalitätsprinzip gilt im Fall des Fehlens einer im Ausnahmefall einschlägigen Opportunitätsvorschrift ein grundsätzlicher Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang.¹⁸⁵⁹

Zudem ist das OTP an die Pflicht zur Wahrheitssuche gebunden (Art. 54 I a ICCSt).¹⁸⁶⁰ Es soll sich ein volles Bild der begangenen Verbrechen in einer Situation als Ganzes machen.¹⁸⁶¹ Das Prinzip der Unparteilichkeit verbietet, dass es einzelne Konfliktakteure von vornherein von den

1856 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), paras. 57 – 59; Angermaier, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 27, 40; Bensouda, in: Bellelli (Hrsg.), *International Criminal Justice*, 131, 136; Ferdinandusse/ Whiting, JICJ 19 (2021), 759, 761 – 762.

1857 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)).

1858 Bleckmann, AVR 17 (1977), 161, 180.

1859 Safferling, *Internationales Strafrecht*, § 7 Rn. 61.

1860 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-568, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review (13 October 2006), para. 52; ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 193; Buisman, Leiden JIL 27 (2014), 205, 223; Wouters et al., ICLR 8 (2008), 273, 307.

1861 ICC, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation (5 March 2020), para. 60.

Ermittlungen ausschließt.¹⁸⁶² Stattdessen soll es stets dieselben Methoden, Kriterien und Maßstäbe anwenden.¹⁸⁶³ Es wäre widersprüchlich, wenn sich das OTP gegen die Aufnahme von Ermittlungen in einem einzelnen potenziellen Fall entscheiden könnte, bevor es die für eine valide Auswahlentscheidung erforderlichen Informationen überhaupt gesammelt hat.¹⁸⁶⁴ Das bedeutet, dass das ICCSt eine Auswahl in der Weise, dass einzelne potenzielle Fälle von vornherein ermittelt werden und andere nicht, ausschließt.¹⁸⁶⁵

In Anbetracht der hohen und wachsenden Anzahl potenzieller Fälle sowie der begrenzten Ressourcen des OTP mag ein solcher Befund realitätsfern erscheinen.¹⁸⁶⁶ Das gilt umso mehr, als dass die Rechtsprechung eine Einschränkung der Ermittlungs- und Strafverfolgungskompetenzen auf bestimmte Täterkategorien grundsätzlich ablehnt und lediglich vergleichsweise marginale und periphere Taten von der Zulässigkeit ausschließt.¹⁸⁶⁷ In der Tat darf die Problematik begrenzter Ressourcen im Kontext der Fallselektion nicht ignoriert oder wegdiskutiert werden. Das Legalitätsprinzip führt nicht allein deswegen zu mehr Ermittlungen und Strafverfolgungen, weil dies seinem normativen Ideal entspricht.¹⁸⁶⁸

Die faktische Notwendigkeit von Opportunitätsabwägungen bedeutet dennoch nicht, dass das OTP jedwede Selektionsentscheidung für einzelne Fälle treffen darf. Vielmehr ist das Statut so auszulegen, dass dem Legali-

1862 ICC, *Situation in the Republic of Burundi*, ICC-01/17-9-Red, Decision on the Authorization of an Investigation (9 November 2017), para. 193; ebenso die Antwort des OTP auf die Überweisung der Situation in Uganda, ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01, Letter of the Prosecutor (17 June 2004).

1863 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 19; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 18.

1864 ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-19, Representations of Victims from Tula Toli (23 October 2019), para. 22; in diese Richtung auch, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 41.

1865 Kloss, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 42.

1866 Vgl. Schabas, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 378.

1867 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 74; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 59; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 22; Pikis, *The Rome Statute for the ICC*, S. 59.

1868 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 33 – 34.

tätsprinzip so weit wie möglich Geltung verschafft wird. Der Problematik, dass oftmals nicht alle potenziellen Fälle ermittelt werden können, wird in der vorliegenden Arbeit erst auf der Ebene der *Situation Completion* Rechnung getragen.¹⁸⁶⁹ Bis hierhin genügt, dass das OTP die Ermittlungen und die später folgenden Strafverfolgungen lediglich priorisieren und darüber hinaus einzelne oder mehrere konkretisierte Fälle gem. Art. 53 II ICCSt von der Strafverfolgung ausschließen darf.

IV. Entscheidungskriterien

Im Folgenden sollen die vom OTP bei der Fallselektion heranzuziehenden Kriterien dargelegt werden. Für jedwede Art von Selektionsentscheidung gilt, dass sich das OTP stets der Gerichtsbarkeit des ICC und der Zulässigkeit vergewissert.¹⁸⁷⁰ Außerdem muss es international anerkannte Menschenrechte beachten, wobei das Diskriminierungsverbot des Art. 21 III ICCSt eine Entscheidung anhand der dort genannten Kriterien verbietet.¹⁸⁷¹ Zudem unterliegt das OTP den Prinzipien der Unabhängigkeit, Objektivität und Unparteilichkeit.¹⁸⁷² Es muss für alle Fälle dieselben Methoden, Kriterien und Maßstäbe anwenden.¹⁸⁷³ Solche finden sich in erster Linie in den Reg. OTP sowie den Strategiepapieren des OTP, allen voran dem *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*.¹⁸⁷⁴ Einige der heranzuziehenden Kriterien sind inhaltlich sehr unbestimmt und weisen einen weiten Beurteilungsspielraum auf.¹⁸⁷⁵

1869 Näher unter (F. III. 4., 5.).

1870 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 24.

1871 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-168, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review (13 July 2006), para. 38; *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 41; *De Guzman/Schabas*, in: Sluiter et al. (Hrsg.), *International Criminal Procedure*, 131, 167.

1872 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 16; *Guariglia/Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 358 – 359.

1873 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 19; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 18.

1874 Zu den Reg. OTP, *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 378; zum *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 1.

1875 *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 542; *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 15 – 16.

1. Auswahlentscheidungen

Auswahlentscheidungen für konkretisierte Fälle innerhalb einer Situation im Stadium formaler Ermittlungen sieht das Statut allein im Kontext der Strafverfolgung vor.¹⁸⁷⁶ Art. 53 II ICCSt nennt das Nichtvorliegen einer hinreichenden sachlichen oder rechtlichen Grundlage zur Beantragung eines Haftbefehls oder einer Vorladung, die Unzulässigkeit des Falls nach Art. 17 ICCSt oder entgegenstehende Interessen der Gerechtigkeit als Einstellungskriterien.¹⁸⁷⁷ Einen Hinweis auf weitergehende Kriterien liefert allenfalls Reg. 29 V Reg. OTP, wo die Faktoren des Art. 53 I 2 ICCSt im Kontext der Fallselektion und der Strafverfolgung genannt sind.¹⁸⁷⁸

Allerdings soll das OTP gem. Reg. 29 I, IV, V Reg. OTP lediglich eine Evaluation der Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt im Vorfeld der Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt durchführen. Daraus lässt sich nicht folgern, dass die Faktoren des Art. 53 I 2 ICCSt auch bei der formalen Auswahlentscheidung selbst Berücksichtigung finden sollen.¹⁸⁷⁹ Aus Reg. 33 S. 2 Reg. OTP folgt insoweit nichts anderes. Die Norm erwähnt zwar pauschal die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt im Kontext der Fallselektion, bezieht sich aber ausdrücklich auf potenzielle Fälle, die von Art. 53 II ICCSt nicht erfasst werden. Weil sich die gerichtliche Kontrolle einer Verfahrenseinstellung auf die einzelnen Buchstaben des Art. 53 II ICCSt beschränkt, lägen über die Vorschrift hinausgehende Erwägungen des OTP außerhalb der Überprüfungskompetenz der PTC.¹⁸⁸⁰ Auf diese Weise würden das Legalitätsprinzip und die gerichtliche Kontrolle der Verfahrenseinstellung unterlaufen.¹⁸⁸¹

1876 Näher bereits unter (E. III. 1., 2.); anders das von einem grundsätzlichen Auswahlermessen ausgehende OTP, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), paras. 20 – 22.

1877 ICC, *Situation in Sudan*, ICC-02/05–185, Decision on Application under Rule 103 (4 February 2009), paras. 15 – 16; *Wilhelmi*, Die Verfahrensordnung des IstGH, S. 48.

1878 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 261 Fn. 819; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 418.

1879 In die Richtung auch, *Ambos*, Treatise III, S. 381.

1880 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), paras. 13, 28; *Robinson*, European JIL 14 (2003), 481, 487 – 488.

1881 Insbesondere auf die Gefahr des Unterlaufens der richterlichen Kontrolle hinweisend, *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

2. Priorisierungsentscheidungen

Das OTP hat einen weiten Spielraum zur Priorisierung von Fällen auf Grundlage von Art. 54 I b ICCSt. Die Vorschrift enthält keine expliziten Angaben dazu, nach welchen Kriterien das OTP konkret entscheiden soll.

a) Kriterien des Art. 53 I, II ICCSt

Gem. Reg. 33 S.2 Reg. OTP berücksichtigt das OTP bei der Selektion potenzieller Fälle innerhalb einer Situation die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt zur Beurteilung der Gerichtsbarkeit, der Zulässigkeit (inklusive des Schwerekriteriums) sowie der Interessen der Gerechtigkeit.¹⁸⁸² Weil Art. 53 I ICCSt für die Einleitung der Ermittlungen in der Situation als Ganzes geschaffen wurde, wendet das OTP die dort genannten Faktoren für die Priorisierung von Fällen lediglich *mutatis mutandis* an.¹⁸⁸³ Mit der Formulierung „*selecting potential cases within a situation*“ verweist Reg. 33 S.2 Reg. OTP explizit auf einen Zeitpunkt, zu dem die Konturen der Fälle nur zum Teil bekannt sind.¹⁸⁸⁴ Die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt finden also insbesondere bei der Priorisierung potenzieller Fälle Anwendung.

Allerdings bleibt unklar, welcher Absatz des Art. 53 ICCSt im Vorfeld der Strafverfolgung geeignete Priorisierungskriterien für konkretisierte Fälle liefert. Auf der einen Seite bietet sich Art. 53 II ICCSt an, weil jene Norm auf konkretisierte Fälle im Kontext der Strafverfolgung zugeschnitten ist.¹⁸⁸⁵ Auf der anderen Seite soll das OTP gem. Reg. 29 I, IV Reg. OTP die Situation während der gesamten Dauer der Ermittlungen auf die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt hin evaluieren, wobei beide Absätze

1882 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; *Bådagård/Klarnberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639; 675 – 676; *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 261 Fn. 819; *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 365, 378.

1883 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 25; *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395; *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 261 Fn. 819.

1884 Vgl. *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 365, 378.

1885 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; zur notwendigen Konkretisierung im Kontext des Art. 53 II ICCSt *Robinson*, European JIL 14 (2003), 481, 487 Fn. 22; *Seibert-Fohr*, MPYUNL 7 (2003), 553, 579; *Varaki*, JICJ 15 (2017), 455, 459.

gem. Reg. 29 V Reg. OTP im Vorfeld einer Verfahrenseinstellung gem. Art. 53 II ICCSt *mutatis mutandis* gelten.¹⁸⁸⁶ Die Evaluationskriterien des Art. 53 I 2 ICCSt finden auf diese Weise Einzug in die Beurteilung von Fällen im Vorfeld der Strafverfolgung.¹⁸⁸⁷ Das scheint zunächst widersprüchlich.¹⁸⁸⁸

Die Kriterien der ersten beiden Absätze des Art. 53 ICCSt weisen in der Tat einen unterschiedlichen Konkretisierungsgrad auf, spiegeln sich aber im Wesentlichen.¹⁸⁸⁹ Ein Fall kann in einigen Punkten hinreichend konkretisiert für eine Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt sein, in anderen hingegen nicht. Die Trennlinie zwischen potenziellen und konkretisierten Fällen verschwimmt im Laufe der Ermittlungen.¹⁸⁹⁰ Steht etwa fest, ob eine hinreichende rechtliche und sachliche Grundlage für die Beantragung eines Haftbefehls besteht oder nicht besteht, ist eine Beurteilung anhand des Art. 53 II a ICCSt möglich.¹⁸⁹¹ Stehen gleichzeitig die im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit heranzuziehenden Interessen der Opfer noch nicht konkret fest und will das OTP den Fall aus dieser Erwägung heraus priorisieren, greift Art. 53 II c ICCSt mangels Konkretisierung nicht ein. Denkbar ist dann allerdings eine Beurteilung anhand des Art. 53 I 2 c ICCSt. Soweit ein Fall hinreichend konkretisiert ist, priorisiert ihn das OTP anhand der Faktoren des Art. 53 II ICCSt. Soweit er es noch nicht ist, berücksichtigt es weiter die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt.¹⁸⁹²

1886 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 261 Fn. 819; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 418.

1887 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

1888 Ebenfalls kritisch zu Reg. 29 V Reg. OTP, *Ambos*, Treatise III, S. 381.

1889 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395; *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 81; *Greenawalt*, New York JILP 39 (2007), 583, 596; *Longobardo*, JICJ 14 (2016), 1011, 1025; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 319; vgl. auch *Turone* mit Blick auf die Interessen der Gerechtigkeit, der diese unterschiedlich auslegen, aber gemeinsam verstanden haben möchte, *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC II, 1137, 1174.

1890 So zu potenziellen und konkreten Fällen, *Ambos*, The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity, S. 37 – 38; *Rastan*, CLF 19 (2008), 435, 440; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 418 – 419.

1891 *Bergsmo/ Bekou*, in: *Ambos* (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 39.

1892 Vgl. auch *Ambos* und *Stegmiller*: "Cases are selected according to similar legal criteria, either based on article 53 (2) ICC Statute or on a *mutatis mutandis* basis of article 53 (1) ICC Statute's factors.", *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395.

Das Zusammenspiel der Kriterien der ersten beiden Absätze des Art. 53 ICCSt lässt sich anhand des Vorgehens des OTP in der Situation in Uganda darstellen. Offiziell ermittelt(e) das OTP dort gegenüber allen Konfliktparteien des der Situation zugrundeliegenden Konflikts.¹⁸⁹³ Jedoch priorisierte es die Ermittlungen dergestalt, dass es bis heute lediglich Angehörige der LRA verfolgt hat, weil diese Gruppe aus Sicht des OTP im Vergleich zu anderen Akteuren schwerere Verbrechen begangen habe.¹⁸⁹⁴ Mit der generellen Betrachtung der Verbrechen der LRA bezog sich das OTP der Sache nach auf die Konturen eines potenziellen Falls.¹⁸⁹⁵ Das zur Priorisierung herangezogene Kriterium der Schwere entnahm es folglich dem ersten Absatz des Art. 53 ICCSt.

Im Zuge der Beantragung von Haftbefehlen betonte das OTP später die Rolle einzelner Personen innerhalb der LRA sowie deren hohes Maß an individueller Verantwortlichkeit,¹⁸⁹⁶ also Aspekte eines konkretisierten Falls. Die dabei implizierten Priorisierungskriterien (Schwere des Verbrechens und Rolle des Täters) entsprechen Art. 53 II c ICCSt. Die gleichzeitige Zuordnung der Kriterien der beiden ersten Absätze des Art. 53 ICCSt mag mit geringer Rechtsklarheit und Transparenz verbunden sein. Sie entspricht aber gerade der unscharfen Trennlinie potenzieller und konkretisierter Fälle. Priorisierungen erfordern ein hohes Maß an Flexibilität, das nicht durch zu eng gefasste Vorgaben unterlaufen werden sollte.¹⁸⁹⁷

1893 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01, Letter of the Prosecutor (17 June 2004).

1894 Dicker, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 267, 272; Stegmiller, ICLR 9 (2009), 547, 558.

1895 Ähnlich einen potenziellen Fall durch die Verbrechen eines Konfliktakteurs bestimmend, ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 54.

1896 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01/05-56, Warrant of Arrest for Okot Odhiambo (8 July 2005), paras. 8 – 10; ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01/05-57, Warrant of Arrest for Dominic Ongwen (8 July 2005), para. 8 – 9; ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01/05-54, Warrant of Arrest for Vincent Otti (8 July 2005), para. 8 – 9; ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04-01/05-53, Warrant of Arrest for Joseph Kony (27 September 2005), paras. 8 – 9.

1897 Goldston, JICJ 8 (2010), 383, 405; Seils, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 69, 73.

b) Kriterien der Reg. OTP und der Strategiepapiere des OTP

Die Kriterien des Art. 53 I 2, II ICCSt bieten aufgrund ihrer bisweilen starken Unbestimmtheit eine weite Bandbreite an Entscheidungsspielräumen.¹⁸⁹⁸ Für sich genommen sind sie zu vage, um dem OTP klare und transparente Vorgaben zur Ermessensausübung an die Hand zu geben.¹⁸⁹⁹ Die Reg. OTP sowie die Strategiepapiere des OTP stellen diesbezüglich Richtlinien bereit, welche die Entscheidungen leiten und transparent machen sollen.¹⁹⁰⁰ Sie spiegeln in weiten Teilen die Wertungen und Maßstäbe des Art 53 I 2, II ICCSt wieder, modifizieren sie jedoch für die Zwecke der Fallselektion und geben ihnen eine gewisse Gewichtung.¹⁹⁰¹

Gem. Reg. 34 II Reg. OTP soll das OTP Vorfälle selektieren, welche die schwersten Verbrechen und die wichtigsten Arten der Viktimisierung,¹⁹⁰² einschließlich sexueller und geschlechtsspezifischer Gewalt und Gewalt gegen Kinder, widerspiegeln, und die für das Ausmaß und die Auswirkungen der Verbrechen am repräsentativsten sind.¹⁹⁰³ Vorrangige Selektionskriterien sind demnach die Schwere des Verbrechens sowie der Grad der Verantwortlichkeit mutmaßlicher Täter.¹⁹⁰⁴ Das Schwerekriterium spiegelt sich an

1898 Danner, American JIL 97 (2003), 510, 543; Pues, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 15 – 16.

1899 Danner, American JIL 97 (2003), 510, 542 – 546; Goldston, JICJ 8 (2010), 383, 402; Varaki, JICJ 15 (2017), 455, 462; Webb, CLQ 50 (2005), 305, 324.

1900 Ambos, in: Ackermann et al. (Hrsg.), Visions of Justice, 23, 41; Ambos/ Stegmiller, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 393; Stahn, A Critical Introduction to ICL, S. 348.

1901 Vgl. ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 24 – 26; speziell zum Schwerekriterium, De Meester, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 271; Seils, in: Bergsmo (Hrsg.), Criteria for Prioritizing and Selecting, 69, 71 – 72.

1902 Viktimisierung meint den Prozess der Opferwerdung, wovon drei Stufen erfasst sein können: (1) Direkte Auswirkungen der Tat auf das Opfer; (2) Belastungen durch Fehlreaktionen des sozialen Umfelds sowie (3) anhaltende Veränderungen im Verhalten und in der Persönlichkeit des Opfers, Bock, Das Opfer vor dem IStGH, S. 85.

1903 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.

1904 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 6; De Meester, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 271; El Zeidy, CLF 19 (2008), 35, 39 – 42; Guariglia/ Rogier, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 350, 359; Schabas, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 365, 379.

verschiedenen Stellen des Statuts wieder, in Art. 53 I, II ICCSt wird es im Wege der Verweise auf Art. 17 ICCSt und im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit genannt.¹⁹⁰⁵ Gem. Reg. 29 II Reg. OTP zieht das OTP zur Beurteilung der Schwere eines Falls diverse Faktoren wie das Ausmaß, die Natur, die Art der Begehung sowie die Auswirkungen des Verbrechens heran.¹⁹⁰⁶ Weil die Anzahl der das Schwerekriterium als Zulässigkeitsvoraussetzung erfüllenden Fälle sehr hoch ist,¹⁹⁰⁷ legt das OTP bei der Priorisierung strengere Kriterien als bei der Prüfung der Zulässigkeit an.¹⁹⁰⁸ Es vergleicht einzelne Fälle relativ zu ihrer Schwere.¹⁹⁰⁹

Eine besondere Stellung nehmen die im Rahmen der Interessen der Gerechtigkeit genannten Opferinteressen ein. Entsprechend der Vorgaben von Reg. 34 II Reg. OTP sollen priorisierte Fälle repräsentativ für die wesentlichen Formen der Viktimisierung der Opfer des der Situation zugrundeliegenden Konflikts sein.¹⁹¹⁰ Dabei soll der besonderen Vulnerabilität von Kindern Rechnung getragen werden, wobei Taten gegen diese bevorzugt bearbeitet werden.¹⁹¹¹ Selbiges gilt für Verbrechen im Kontext sexualisierter Gewalt und geschlechterspezifischer Verfolgung.¹⁹¹² Das Strafverfolgungsin-

1905 *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 401 – 405; *Guariglia/Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 350, 359; *Longobardo*, JICJ 14 (2016), 1011, 1022.

1906 ICC-OTP, *Situation in the Central African Republic II*, Article 53(I) Report (24 September 2014), para. 252; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 37; ebenso, ICC, *Situation in the Republic of Côte D'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr, Decision on the Authorisation of an Investigation (15 November 2011), para. 204; ICC, *Situation 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. 21; ICC, *Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, Decision on the Authorization of an Investigation (27 January 2016), para. 51.

1907 Im Rahmen der Zulässigkeit soll das Schwerekriterium lediglich vergleichsweise periphere, marginale Taten ausklammern, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 74; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 59.

1908 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 36; *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 111.

1909 *Stegmiller*, ICLR 9 (2009), 547, 564.

1910 ICC-OTP, *Prosecutorial Strategy 2009–2012* (1 February 2010), para. 20; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 45.

1911 ICC-OTP, *Policy on Children* (November 2023), para. 104.

1912 ICC-OTP, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes* (June 2014), para. 20; ICC-OTP, *Policy on the Crime of Gender Persecution* (7 December 2022), para. 3.

teresse der Opfer nicht priorisierter Verbrechen wird infolgedessen zwangsläufig geringer gewichtet.¹⁹¹³ Die unterschiedliche Gewichtung begründet das OTP mit dem Wortlaut des als Rechtsgrundlage der Priorisierung dienenden Art. 54 I b ICCSt, der eine besondere Berücksichtigung sexueller Gewalt, geschlechtsspezifischer Gewalt oder Gewalt gegen Kinder als besondere Art von Verbrechen anordnet.¹⁹¹⁴

Außerdem widmet das OTP solchen Verbrechen eine erhöhte Aufmerksamkeit, die für gewöhnlich selten verfolgt werden.¹⁹¹⁵ Neben den bereits angesprochenen Verbrechen im Kontext sexualisierter Gewalt sind damit vor allem Taten gegenüber Kulturgütern als Erbe der Menschheit gemeint, sofern diese ein Verbrechen i.S.d. Art. 5 I ICCSt darstellen.¹⁹¹⁶ Auf diese Weise möchte das OTP die Stigmatisierung entsprechender Taten als völkerrechtliches Verbrechen befördern und zu ihrer Prävention sowie zur Weiterentwicklung der internationalen Rechtsprechung beitragen.¹⁹¹⁷ Derart themenspezifische Priorisierungskriterien lassen sich dogmatisch auf die Natur des Verbrechens als Teil des Schwerekriteriums zurückführen.¹⁹¹⁸

Im *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* nennt das OTP außerdem strategische Faktoren: (1) Ein Vergleich der die Kriterien des Art. 53 I 2 ICCSt erfüllenden Fälle anhand ebenjener Kriterien; (2) bereits geführte Verfahren gegen dieselbe(n) Person(en); (3) der Einfluss des Verfahrens auf die Opfer und die betroffenen Gemeinschaften; (4) der Einfluss des Verfahrens auf die Prävention weiterer Verbrechen; (5) der Einfluss und die Möglichkeit des OTP, Verfahren gegen Angehörige anderer Konfliktparteien zu führen.¹⁹¹⁹ Zusätzlich nennt es operative Kriterien: (1) Die Qualität und Quantität vorhandener und verfügbarer Beweise; (2) das Maß der internationalen Kooperation und Unterstützung bei der Tätigkeit des OTP; (3) die Kapazitäten des OTP zur Durchführung effektiver Ermittlungen unter Berücksichtigung der Sicherheitslage und erforderlicher Schutzmaß-

1913 ICC-OTP, *Policy Paper on Victims' Participation* (April 2010), S. 8.

1914 ICC-OTP, *Policy on Children* (November 2023), S. 1; ICC-OTP, *Policy on Gender-Based Crimes* (December 2023), S. 1.

1915 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 46.

1916 ICC-OTP, *Policy on Cultural Heritage* (June 2021), para. 18.

1917 ICC-OTP, *Policy on Cultural Heritage* (June 2021), para. 108.

1918 Stahn, A Critical Introduction to ICL, S. 350; näher zur Frage der auf dieser Grundlage getroffenen Priorisierung von Angriffen auf Kulturgüter unter (E. VII).

1919 In freier Übersetzung nach, ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 50.

nahmen; (4) eine Prognose, ob verdächtige Personen nach Erlass eines Haftbefehls oder einer Vorladung vor Gericht erscheinen werden.¹⁹²⁰

All diese Aspekte eröffnen dem OTP eine große Flexibilität bei der Entscheidungsfindung. Dies stellt einerseits eine Notwendigkeit dar.¹⁹²¹ Andererseits stellt sich in Anbetracht der immensen Anzahl in verschiedenen Strategiepapieren aufgelisteter Kriterien die Frage, ob diese tatsächlich geeignet sind, das Handeln des OTP zu leiten und dessen Transparenz zu fördern. Letztendlich lässt sich nahezu jedwede Entscheidung mithilfe der Kriterien begründen.¹⁹²² *Ambos* und *Stegmiller* sprachen sich bereits vor Veröffentlichung des *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* für ein einzelnes, umfassendes Dokument aus.¹⁹²³ Letztgenanntes Strategiepapier hat zwar durchaus Transparenz geschaffen, von einem kohärenten System an Kriterien ist es aber noch entfernt. Es darf angezweifelt werden, ob die Fallauswahl im jeweiligen Kontext tatsächlich nachvollziehbar ist und als legitim wahrgenommen wird.

V. Ablauf der Entscheidungsfindung

Basierend auf den im Zuge der (Vor-)Ermittlungen erhaltenen Informationen erstellt das OTP ein Dokument zur Fallselektion,¹⁹²⁴ anhand dessen es seine Ermittlungsressourcen optimiert.¹⁹²⁵ Das Dokument enthält potenzielle Fälle verschiedener Situationen.¹⁹²⁶ Es soll mindestens einmal pro Jahr einer Überprüfung unterzogen werden.¹⁹²⁷ Eine von der ASP eingesetzte

1920 In freier Übersetzung nach, ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 51.

1921 *Ambos*, Treatise III, S. 380; zur Bedeutung der Flexibilität von Entscheidungskriterien, *Goldston*, JICJ 8 (2010), 383, 405; *Seils*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 69, 73.

1922 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 45 – 46.

1923 *Ambos/Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 393 – 394; nach Veröffentlichung vorläufiger Selektionskriterien abermals kritisch, *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 46.

1924 Im Englischen: *Case Selection Document*.

1925 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), paras. 10 – 12; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 23 Fn. 23.

1926 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 10; *Pues*, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 114.

1927 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 14.

Expertengruppe zur Evaluierung der Effizienz des ICC merkte im Jahr 2020 allerdings an, dass das OTP ein solches Dokument zwar angekündigt, in der Realität allerdings noch nicht erstellt habe.¹⁹²⁸ In der im März 2021 veröffentlichten *Draft Policy on Situation Completion* findet das Dokument erneut Erwähnung.¹⁹²⁹ Veröffentlicht wurde es bislang nicht.

Im Verlauf der Ermittlungen erarbeitet das OTP eine oder mehrere Fallhypothesen¹⁹³⁰ für künftige Fälle.¹⁹³¹ Eine Fallhypothese lässt sich umschreiben als *“a likely set of cases or potential cases that may arise from the investigation of a situation.”*¹⁹³² Gem. Reg. 34 I Reg. OTP enthält eine Fallhypothese die ermittelten oder zu ermittelnden Verbrechen, mögliche hauptverantwortliche Personen, vorläufige Hinweise auf mögliche Anklagen, Formen individueller Verantwortlichkeit sowie entlastender Umstände.¹⁹³³ Sie verbleibt gem. Reg. 35 V Reg. OTP im internen Bereich des OTP und wird mit fortschreitendem Verlauf der Ermittlungen regelmäßig überarbeitet.¹⁹³⁴ Die in einer Fallhypothese enthaltenen Informationen bilden die sachliche Grundlage für die Fallselektion.¹⁹³⁵ Entscheidungen für oder gegen die Beantragung eines Haftbefehls oder einer Vorladung trifft das OTP allein auf Basis des jeweiligen Falls.¹⁹³⁶ Bei Priorisierungsentscheidungen vergleicht es Fälle sämtlicher Situationen miteinander.¹⁹³⁷

Das OTP unterteilt die formalen Ermittlungen innerhalb einer Situation in eine Ermittlungs- und eine ihr folgende Strafverfolgungsphase.¹⁹³⁸ Diese Differenzierung ist im Statut nicht vorgegeben, sondern strategischer Art.¹⁹³⁹ Mit Beginn der Ermittlungsphase erarbeitet das OTP eine unter

1928 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 680.

1929 ICC-OTP, *Draft Policy on Situation Completion* (24 March 2021), para. 18 Fn. 18.

1930 Im Englischen: Case Hypothesis.

1931 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 10; Agirre Aramburu, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 205, 207; Rastan, CLF 19 (2008), 435, 441.

1932 Ambos, *Treatise III*, S. 276.

1933 So bereits vor Erlass der Reg. OTP, Agirre Aramburu, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 205, 234.

1934 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), paras. 14 – 15; Rastan, CLF 19 (2008), 435, 447.

1935 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 11.

1936 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 5.

1937 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 43.

1938 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 12.

1939 Näher bereits unter (B. I. 2.).

Verschluss gehaltene Situationsstrategie¹⁹⁴⁰ für jede Situation, “*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.*”¹⁹⁴¹ Die zunächst vorläufige Situationsstrategie wird im Verlauf der weiteren Ermittlungen stetig überarbeitet.¹⁹⁴² Sie bildet die Leitlinie eines situationsspezifischen Strafverfolgungsprogramms.¹⁹⁴³ Letzteres umfasst sämtliche Fälle einer Situation, in denen das OTP Strafverfolgung betreibt.¹⁹⁴⁴ Die interne Ermittlungsphase endet, sobald für alle zu verfolgenden Fälle Haftbefehle oder Vorladungen existieren.¹⁹⁴⁵ In der Strafverfolgungsphase geht es um den erfolgreichen Abschluss der gerichtlichen Verfahren in den Fällen des Strafverfolgungsprogramms sowie um die Beendigung der übrigen Aktivitäten in der Situation.¹⁹⁴⁶ In dieser Phase befinden sich nunmehr die Situationen in der Zentralafrikanischen Republik, Georgien, Kenia und Uganda nachdem das OTP den Abschluss der jeweiligen Ermittlungsphasen verkündet hat.¹⁹⁴⁷

Mit der Beantragung eines Haftbefehls, einer Vorladung oder einer formalen Verfahrenseinstellung endet die Fallselektion durch das OTP mit Blick auf den jeweiligen Fall.¹⁹⁴⁸ Bis zu diesem Zeitpunkt sind sämtliche Selektionsentscheidungen vorläufiger Natur.¹⁹⁴⁹ Erst eine formale Entscheidung gegen Strafverfolgung kann unter den Voraussetzungen

1940 Im Englischen: Situation Strategy.

1941 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), S. 32.

1942 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 23.

1943 Im Englischen: Prosecutorial Programme; ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 31.

1944 “[T]he docket of cases in the situation for which the Pre-Trial Chamber has issued warrants or summonses under article 58”, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 31.

1945 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 8.

1946 ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 11.

1947 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Central African Republic* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Georgia* (16 December 2022); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Republic of Kenya* (27 November 2023); ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

1948 *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.; *Schabas*, *The ICC*, Art. 53 S. 839; *Wouters et al.*, *ICLR* 8 (2008), 273, 313.

1949 “As such, case selection and prioritisation, as well as the preparation of the overall Case Selection Document, should be considered a dynamic process that seeks to continually refine the focus of the Office’s investigations until such time as an article 58 application is made.”, ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 13.

des Art. 53 III ICCSt gerichtlich überprüft werden kann.¹⁹⁵⁰ Das OTP kann seine Entscheidung zur Durchführung von Strafverfolgung gem. Art. 53 IV ICCSt auf Grundlage neuer Tatsachen oder Informationen überprüfen.¹⁹⁵¹ Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung abseits richterlicher Kontrolle.¹⁹⁵² Mit dem Grundsatz des Legalitätsprinzips ist dies vereinbar, da die Überprüfung nur im Fall einer Negativentscheidung nach Art. 53 II ICCSt erfolgt und das Ergebnis entweder ein Aufrechterhalten der bereits zuvor getroffenen Einstellung oder eine neu getroffene Positiventscheidung zugunsten von Strafverfolgung sein kann.

VI. Strategien zur Fallselektion

Das OTP hat lange Zeit seine Ermittlungen auf die schwersten Verbrechen sowie auf potenziell hauptverantwortliche Personen konzentriert.¹⁹⁵³ Dabei handelte es sich um eine strategische Entscheidung.¹⁹⁵⁴ Gemeint waren Personen „*who designed the plans, gave the orders or otherwise supervised or failed to prevent the commission of crimes [...]*“.¹⁹⁵⁵ Die Fokussierung auf Hauptverantwortliche ging einher mit einem sequenziellen Vorgehen, bei dem einzelne Fälle nacheinander bearbeitet werden.¹⁹⁵⁶ Eine solche Strategie entspricht zwar den Selektionskriterien des OTP,¹⁹⁵⁷ ist aber im Gegensatz zu den Statuten anderer internationaler Strafgerichte keine zwingende

1950 Brubacher, JICJ 2 (2004), 71, 87; Kuczyńska, The Accusation Model Before the ICC, S. 164; Robinson, European JIL 14 (2003), 481, 488.

1951 Bergsmo/ Bekou, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC, Art. 53 Rn. 55 – 56.

1952 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. 54.

1953 Sogenannte „Focussed Investigations“, 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; Lafontaine/ Magnoux, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 249.

1954 Ferdinandusse/ Whiting, JICJ 19 (2021), 759, 763; Guariglia/ Rogier, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 361.

1955 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 7.

1956 Sogenannter „Sequential Approach“, Guariglia/ Rogier, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 362.

1957 Lafontaine/ Magnoux, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 268.

Vorgabe des ICCSt.¹⁹⁵⁸ Insbesondere folgt aus dem Schwerekriterium des Art. 17 I d ICCSt keine Begrenzung der Gerichtsbarkeit auf die höchsten Hierarchieebenen.¹⁹⁵⁹

Als die Fokussierung auf Hauptverantwortliche nicht zum erfolgreichen Abschluss der Verfahren führte,¹⁹⁶⁰ weitete das OTP seine Strategie ebenso auf Täter mittlerer Hierarchieebenen aus, um später auf Grundlage der bei den Ermittlungen zutage tretenden Beweise erfolgreiche Verfahren gegen Personen hoher Hierarchieebene führen zu können.¹⁹⁶¹ Ermittlungen sollen nunmehr dergestalt geführt werden, dass Verfahren vor der TC so schnell wie möglich abgeschlossen werden können.¹⁹⁶² Selbst Täter unterer Ebenen geraten in den Fokus des OTP, wenn deren Verhalten besonders schwer oder notorisch ist.¹⁹⁶³ Für Verbrechen im Kontext geschlechterspezifischer Verfolgung hat das OTP zudem angekündigt, sämtliche Formen der Beteiligung nach Art. 25 ICCSt anzuklagen.¹⁹⁶⁴ Ebenso verfolgt das OTP vermehrt Verbrechen, die im Allgemeinen weniger verfolgt werden.¹⁹⁶⁵

1958 O'Brien, JICJ 10 (2012), 525, 529; Stahn, A Critical Introduction to ICL, S. 348.

1959 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 74; ICC, *Prosecutor v. Al-Hassan*, ICC-01/12-01/18-601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 59; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 22; Pikis, *The Rome Statute for the ICC*, S. 59.

1960 Bådagård/ Klamberg, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 689; Pues, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 88, Fn. 19.

1961 Sogenannte "Build Upwards Strategy", ICC-OTP, *Strategic Plan June 2012–2015* (11 October 2013), para. 22; Lafontaine/ Magnoux, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 275 – 276; Pues, *Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 88.

1962 Sogenannte "Open-Ended, In-Depth Investigations", ICC-OTP, *Strategic Plan 2019–2021* (17 July 2019), para. 14. "[T]he open-ended aspect of the investigations means that the Office first identifies alleged crimes (or incidents) to be investigated within a wide range of incidents. Following this meticulous process, alleged perpetrators are identified based on the evidence collected.", ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 10 Fn. 14.

1963 ICC-OTP, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes* (June 2014), para. 52.

1964 ICC-OTP, *Policy on the Crime of Gender Persecution* (7 December 2022), para. 85.

1965 So mit Blick auf die Zerstörung von Kulturgütern, Lafontaine/ Magnoux, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 259 – 260.

Das OTP sieht sich nicht in der Rolle eines Konfliktmanagement-Tools.¹⁹⁶⁶ Entsprechend verfolgt es keine Strategie, die Verbrechen der an einem Konflikt beteiligten Gruppen paritätisch zu verfolgen.¹⁹⁶⁷ Eine solche Vorgehensweise versuchte zeitweise die ehemalige Chefanklägerin des ICTY, *Carla Del Ponte*, bei der strafrechtlichen Aufarbeitung des Konflikts im ehemaligen Jugoslawien.¹⁹⁶⁸ Hintergrund dieser Strategie ist, dass wegen völkerstrafrechtlicher Verbrechen angeklagte Individuen oftmals als Repräsentanten am Konflikt beteiligter Gruppen wahrgenommen werden, wodurch ihre strafrechtliche Verfolgung schnell als Diskriminierung aufgefasst wird und unter Umständen einen bereits erreichten fragilen Frieden gefährden kann.¹⁹⁶⁹ Dem Aspekt kam unter anderem im Zuge der Ermittlungen in Uganda Bedeutung zu. Das OTP hatte zunächst klargestellt, dass sich die Ermittlungen niemals von vornherein auf eine einzelne Partei beschränken dürfen.¹⁹⁷⁰ Die in der Folge lediglich auf Verbrechen der LRA bezogenen Verfahren begründete das OTP mit der Schwere der von Angehörigen der Rebellengruppe verübten Taten und nicht mit Argumenten des Konfliktmanagements.¹⁹⁷¹

Ebenso wenig wie es Parität zwischen beteiligten Gruppen zu erreichen versucht, richtet das OTP seine Selektion nach geographischer Diversifikation aus.¹⁹⁷² Ein Mandat zur historischen Aufarbeitung hat es ebenfalls verneint.¹⁹⁷³ Das ist konsequent, da die aus einem Strafprozess hervorgehende Wahrheit nicht unbedingt identisch mit der historischen Wahrheit ist.¹⁹⁷⁴ Die Erarbeitung eines umfassenden historischen Kontexts würde enorm

1966 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 69; zur Beachtung konfliktbezogener Ziele, *Danner*, *American JIL* 97 (2003), 510, 544 – 245.

1967 ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (November 2013), para. 66; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 20.

1968 Sogenannte “Policy of Even-Handedness”, *De Vlaming*, in: Reydamas et al. (Hrsg.), *International Prosecutors*, 542, 558 – 559; *Schabas*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 365, 379; *Stahn*, *A Critical Introduction to ICL*, S. 351.

1969 *Akhavan*, *HRQ* 20 (1998), 737, 781; *Ambos*, *Treatise III*, S. 377 – 378; *Mégret*, *JICJ* 13 (2015), 77, 90.

1970 ICC, *Situation in Uganda*, ICC-02/04–01, Letter of the Prosecutor (17 June 2004).

1971 *Dicker*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 267, 272; *Stegmiller*, *ICLR* 9 (2009), 547, 556, 558.

1972 *Guariglia/Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), *Law and Practice of the ICC*, 350, 358; *Stegmiller*, *ICLR* 9 (2009), 547, 556.

1973 ICC-OTP, *Prosecutorial Strategy 2009–2012* (1 February 2010), para. 20.

1974 *Bock*, *Das Opfer vor dem IstGH*, S. 205; *Keenan*, *Michigan JIL* 37 (2016), 421, 471.

zeit- und ressourcenintensive Verfahren nach sich ziehen.¹⁹⁷⁵ Gleichzeitig müsste sich das OTP der Frage stellen, welche Verbrechen einer historischen Aufklärung bedürfen und welche nicht.

Das OTP ist sich bewusst, dass es nicht in der Lage ist, sämtliche Verbrechen eines gewaltsamen Konflikts zu verfolgen.¹⁹⁷⁶ Eine entsprechende Strategie würde ohnehin dem im Statut verankerten Prinzip der Komplementarität widersprechen, wonach die Staaten die primäre Verantwortung zur strafrechtlichen Aufarbeitung völkerrechtlicher Verbrechen tragen.¹⁹⁷⁷ Gleichzeitig ist das OTP der Beendigung der Straflosigkeit verpflichtet, weswegen durch die Nichtselektion eines Falls grundsätzlich keine endgültige Straffreiheit entstehen soll.¹⁹⁷⁸ Im Wege der Strategie der positiven Komplementarität fördert es daher gezielt nationale Strafverfahren.¹⁹⁷⁹ Ist es damit erfolgreich und wird der primär zuständige Staat seiner Verantwortung im Idealfall vollumfänglich gerecht, sind entsprechende Verfahren vor dem ICC unzulässig und es entsteht dennoch keine Straffreiheit.¹⁹⁸⁰ Es handelt es sich hier um keine Selektionsstrategie im eigentlichen Sinn, da sie in erster Linie auf die Kooperation mit den Staaten abzielt und

1975 Damaška, Chicago-Kent LR 83 (2008), 329, 340.

1976 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 6; ICC-OTP, *Strategic Plan 2019–2021* (17 July 2019), para. 48.

1977 “The Statute cannot be interpreted as permitting a State to permanently abdicate its responsibility by referring a wholesale of present and future criminal activities comprising the whole of its territory, without any limitation whether in context or duration. Such an interpretation would be inconsistent with the proper functioning of the principle of complementarity.”, ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04–01/10–451, Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court (26 October 2011), para. 21; Olásolo, The Triggering Procedure of the ICC, S.183.

1978 ICC-OTP, *Paper on Some Policy Issues* (September 2003), S. 7; ICC-OTP, *Report on Prosecutorial Strategy* (14 September 2006), S. 5; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 7; Hamilton, ILP 47 (2014), 1, 40.

1979 ICC-OTP, *Strategic Plan 2016–2018* (16 November 2015), para. 102; ICC-OTP, *Strategic Plan 2019–2021* (17 July 2019), para. 50; Pampalk/ Knust, ZIS 2010, 669, 672; näher bereits unter (D. III. 2. b)).

1980 Burke-White, CLF 19 (2008), 59, 65; Hamilton, ILP 47 (2014), 1, 11; vgl. die Begründung zur Beendigung der Ermittlungsphasen in der Zentralafrikanischen Republik und in Georgien, 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); abgeschwächter zur Situation in Uganda, ICC-OTP, *Press Release in the Situation in Uganda* (1 December 2023).

komplementär zur Fallselektion zu sehen ist.¹⁹⁸¹ Im Idealfall wird sie aber zum Bestandteil der Selektionserwägungen.¹⁹⁸² So kann das OTP nationale Verfahren gegen Täter unterer Hierarchieebenen fördern und selbst höher-rangige Personen verfolgen oder es kann primär solche Verfahren durchführen, bei denen ein nationales Verfahren unwahrscheinlich erscheint.¹⁹⁸³

VII. Problem der Intransparenz

Das OTP kann eine Selektionsentscheidung auf Grundlage sämtlicher Informationen einer Fallhypothese treffen und lediglich einen Teil dieser Informationen für eine Anklage nutzen.¹⁹⁸⁴ Ohne klare und transparente Richtlinien zur Ermessensausübung besteht so die Gefahr, dass die Selektion in der Öffentlichkeit auf Unverständnis stößt oder als ungerecht wahrgenommen wird.¹⁹⁸⁵ Diesbezüglich soll das *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* öffentliche Transparenz schaffen.¹⁹⁸⁶ In der Praxis verläuft der Entscheidungsprozess bisweilen dennoch schwer nachvollziehbar. Als Beispiel sei das Verfahren gegen *Lubanga* genannt, bei dem sich die Vorwürfe auf Art. 8 II b xxvi ICCSt und Art. 8 II e vii ICCSt beliefen.¹⁹⁸⁷

Bis heute steht die Frage im Raum, warum gerade *Lubanga* als erster Angeklagter des ICC ausgewählt wurde, und warum sich die Tatvorwürfe trotz im Raum stehender, weiterer Verbrechen lediglich auf die Rekrutierung von Kindersoldaten erstreckten.¹⁹⁸⁸ Unverständnis entsteht vor allem dann, wenn sich die zur Entscheidungsfindung herangezogenen Kriterien, also insbesondere die des *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*,

1981 In die Richtung auch, *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 403.

1982 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 7.

1983 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 61 – 62.

1984 *Rastan*, CLF 19 (2008), 435, 447.

1985 *Ambos*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), *Visions of Justice*, 23, 41 – 46; *Ferstman*, *International JHR* 16 (2012), 796, 807 – 808.

1986 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 3.

1987 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–803-tEN, Decision on the confirmation of charges (29 January 2007), para. 238.

1988 *Dicker*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 267, 270; *Ferstman*, *International HRJ* 16 (2012), 796, 799; *Seils*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 69, 72 – 73.

nicht im späteren Verfahren widerspiegeln.¹⁹⁸⁹ Diesbezüglich begann das Verfahren gegen *Lubanga* zwar vor Veröffentlichung des Strategiepapiers. Wenn aber andere Taten *Lubangas* die im Strategiepapier genannten Kriterien ebenfalls erfüllen, müssten sie nach dem Maßstab des OTP Gegenstand weiterer Verfahren werden.

Rastan bemerkt hierzu, das OTP habe den Fall möglicherweise intern auf Grundlage aller in der Fallhypothese enthaltenen Informationen anhand des Schwere Kriteriums selektiert, ohne dass sämtliche für die Auswahl herangezogenen Informationen später Teil des Verfahrens geworden wären.¹⁹⁹⁰ In der Tat bestätigte die PTC die Klarstellung des OTP, dass das Verfahren wegen anderer Taten *Lubangas* bis heute nicht formal eingestellt, sondern lediglich vorübergehend ausgesetzt wurde.¹⁹⁹¹ Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis der Fallselektion handelte es sich um eine Priorisierungsentscheidung abseits richterlicher Kontrolle. Wenn dem tatsächlich so war, muss das OTP zu einem späteren, rechtlich nicht vorgegebenen Zeitpunkt das Verfahren wegen der übrigen Verbrechen entweder weiterführen oder das Verfahren formal einstellen. Ungeachtet der rechtlichen Zulässigkeit des Vorgehens des OTP bleibt der Vorwurf der Intransparenz legitim.¹⁹⁹²

Auch die Fokussierung auf Verbrechen gegenüber Kulturgütern wirft Fragen auf. Sie stellt eine themenspezifische Priorisierung dar, die sich durch die vom OTP zu berücksichtigende Natur des Verbrechens als Teil des Schwere Kriteriums (Reg. 29 II Reg. OTP) legitimiert.¹⁹⁹³ Taten gegen Sachen wiegen innerhalb der völkerrechtlichen Verbrechen prinzipiell weniger schwer als Verbrechen gegen Personen.¹⁹⁹⁴ Es erscheint widersprüch-

1989 *Rastan*, CLF 19 (2008), 435, 447.

1990 *Rastan*, CLF 19 (2008), 435, 447.

1991 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, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-170, Prosecutor's Information on Further Investigation (28 June 2006), para. 7.

1992 Hierzu, *Dicker*, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 267, 272; *Ferstman*, *International HRJ* 16 (2012), 796, 799 – 801.

1993 Allgemein zu themenspezifischer Fallselektion auf Grundlage der Schwere des Verbrechens, *Lafontaine/ Magnoux*, in: Dittich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 259 – 260; *Stahn*, *A Critical Introduction to ICL*, S. 350.

1994 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, Decision on Sentence (23 May 2014), para. 43; ICC, *Prosecutor v. Al-Mahdi*, ICC-01/12-01/15-171, Judgment and Sentence (27 September 2016), para. 77.

lich, wenn das OTP die Schwere des Verbrechens einerseits als maßgebliches Selektionskriterium heranzieht und andererseits prinzipiell weniger schwere Verbrechen wie die Zerstörung von Kulturgütern priorisiert. Das OTP begründet seine Politik mit der Bedeutung kulturellen Erbes für die Identität der betroffenen Gesellschaften sowie für die internationale Gemeinschaft.¹⁹⁹⁵ Warum dies allerdings eine über die Klassifizierung als völkerrechtliches Verbrechen hinausgehende Schwere nach sich zieht, lässt das OTP offen. Intransparenz birgt die Gefahr, dass der Selektionsprozess unverständlich bleibt.¹⁹⁹⁶ Außerdem werde die Zerstörung von Kulturgütern im Vergleich zu anderen Verbrechen weniger verfolgt.¹⁹⁹⁷ Eine von der ASP eingesetzte Expertengruppe zur Evaluierung der Effizienz des ICC fasst die Kritik an der bisherigen Fallselektion des OTP wie folgt zusammen:

*“[U]nequal investigations into all sides of the conflict (e.g. DRC, Uganda); the time lag between investigating different parties to the conflict (e.g. Côte d’Ivoire (CIV)); the choice of charges which insufficiently represent the underlying crime patterns (e.g. Lubanga), suspects of low hierarchical position (e.g. Al Werfalli), or situations/cases with low feasibility. The need for more transparency regarding the OTP’s strategic planning [...]”*¹⁹⁹⁸

VIII. Richterliche Kontrolle

Die Entscheidung für oder gegen Strafverfolgung ist in jedem Fall durch eine richterliche Kontrolle abgesichert.¹⁹⁹⁹ Im Fall einer positiven Entscheidung existiert eine Vielzahl an Kontrollmechanismen, wohingegen eine Negativentscheidung gem. Art. 53 II ICCSt durch Art. 53 III ICCSt abgesichert ist.

1. Kontrolle positiver Auswahlentscheidungen

Die Durchführung eines Verfahrens bildet den rechtlichen Normalfall. Für die vorliegende Arbeit kommt ihrer gerichtlichen Überprüfung eine

1995 ICC-OTP, *Draft Policy on Cultural Heritage* (22 March 2021), para. 3.

1996 Dicker, in: Bergsmo (Hrsg.), *Criteria for Prioritizing and Selecting*, 267, 273.

1997 Hierzu, Lafontaine/ Magnoux, in: Dittrich/ Heinze (Hrsg.), *The Past, Present and Future of the ICC*, 241, 260.

1998 ICC-ASP, *Independent Expert Review* (30 September 2020), para. 658.

1999 Greenawalt, *New York JILP* 39 (2007), 583, 597.

untergeordnete Relevanz zu, weshalb eine kursorische Aufzählung genügen soll. Gem. Art. 19 I ICCSt vergewissert sich das Gericht zu jeder Zeit seiner Gerichtsbarkeit und es kann eigeninitiativ über die Zulässigkeit einer Sache nach Art. 17 ICCSt entscheiden.²⁰⁰⁰ Art. 18 ICCSt regelt ein die Zulässigkeit betreffendes, vorläufiges Verfahren, bei dem ein primär zuständiger Staat das OTP ersuchen kann, ein Verfahren zurückzustellen.²⁰⁰¹ Art. 19 II ICCSt eröffnet dem Angeklagten oder der von einem Haftbefehl oder einer Vorladung betroffenen Person, einem zuständigen Staat, der selbst ein Verfahren durchführt oder durchgeführt hat, sowie einem Staat, der nach Art. 12 ICCSt die Gerichtsbarkeit des ICC anerkannt haben muss, die Möglichkeit einer Anfechtung der Zuständigkeit und Zulässigkeit.²⁰⁰² Dem Sicherheitsrat steht nach Art. 16 ICCSt eine primär politische Interventionsmöglichkeiten zu, wonach dieser mittels einer Resolution nach Kapitel VII UN-Charter einen verbindlichen Verfahrensstopp für zwölf Monate herbeiführen kann.²⁰⁰³

Entscheidet sich das OTP für die Durchführung einer Strafverfolgung, kann es bei der PTC den Erlass eines Haftbefehls oder eine Vorladung beantragen, wobei die Kammer unter anderem zu der Überzeugung gelangen muss, dass ein begründeter Verdacht für die Begehung eines Verbrechens innerhalb der Zuständigkeit des ICC besteht.²⁰⁰⁴ Die Zulässigkeit eines Falls ist hierfür keine zwingende Voraussetzung, dennoch kann sie

2000 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. 18; ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-1-Red-tENG, Decision on the Prosecution Application for a Warrant of Arrest (6 March 2007), para. 23; ICC, *Prosecutor v. Harun and Kushayb*, ICC-02/05-01/07-1-Corr, Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) (27 April 2007), para. 13; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-14-tENG, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest (10 June 2008), para. 11; 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. 36; ICC, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-424, Decision on the Confirmation of Charges (15 June 2009), para. 23; ICC, *Prosecutor v. Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-9-Red, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 (30 November 2011), para. 9.

2001 Ausführlicher zum Anwendungsbereich des Art. 18 ICCSt, *Benzing*, MPYUNL 7 (2003), 591, 622 – 625; *Stigen*, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 124 – 126.

2002 *El Zeidy*, Michigan JIL 23 (2002), 869, 916.

2003 *Brubacher*, JICJ 2 (2004), 71, 87; *Pichon*, IstGH und Sicherheitsrat, S. 335 – 336.

2004 ICC, *Prosecutor v. Harun and Kushayb*, ICC-02/05-01/07-1-Corr, Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) (27 April 2007), para. 26.

die Kammer auf Grundlage von Art. 19 I ICCSt prüfen.²⁰⁰⁵ Darüber hinaus ist die Anklage vor Eröffnung der Hauptverhandlung richterlich zu bestätigen (Art. 61 ICCSt).²⁰⁰⁶ Im Rahmen einer umfassenden Bewertung konkreter und greifbarer Beweise kontrolliert die PTC, ob ein dringender Verdacht der Begehung des zur Last gelegten Verbrechens besteht.²⁰⁰⁷ Weitere Kontrollen der Entscheidungen des OTP erfolgen indirekt im Rahmen der Hauptverhandlung, des Rechtsmittelverfahrens und gegebenenfalls des Wiederaufnahmeverfahrens.²⁰⁰⁸

Obwohl sich ein Individuum prinzipiell mit dem Vorwurf politischer Selektion Gehör verschaffen kann, ist der Umfang gerichtlicher Kontrolle als gering zu bewerten. So sollen die Kriterien des *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* keine subjektiven Rechte gewähren und bilden für sich genommen keinen Kontrollgegenstand.²⁰⁰⁹ Regelmäßig erfolglos sind Einwände, die eigenen Taten seien nicht hinreichend schwer genug.²⁰¹⁰ Die Rechtsprechung überprüft lediglich, ob der Fall eine hinreichende Mindestschwere als Zulässigkeitskriterium aufweist,²⁰¹¹ nicht aber, ob andere Fälle schwerer zu gewichten wären.

2005 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-168, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review (13 July 2006), para. 48; ICC, *Prosecutor v. Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-1-Red-tENG, Decision on the Prosecution Application for a Warrant of Arrest (6 March 2007), paras. 10 – 11.

2006 Im Englischen: Confirmation of Charges.

2007 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-tEN, Decision on the Confirmation of Charges (29 January 2007), para. 39; ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the Confirmation of Charges (30 September 2008), para. 65; ICC, *Prosecutor v. Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Decision on the Confirmation of Charges (8 February 2010), para. 37; ICC, *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of Charges (16 December 2011), para. 40; ICC, *Prosecutor v. Al-Mahdi*, ICC-01/12-01/15-84-Red, Decision on the Confirmation of Charges (24 March 2016), para. 18.

2008 Überblicksartig, *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn. 25.

2009 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 2.

2010 Zum Einwand, der Täter gehöre nicht zu den ranghöchsten Führungspersonen, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), paras. 72 – 74; zum Einwand, das Verhalten stelle lediglich ein Unterlassen dar und sei daher nicht schwer genug, ICC, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*, ICC-01/09-02/11-382-Red, Decision on the Confirmation of Charges (23 January 2012), para. 46.

2011 ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169-US-Exp, Judgment on the Prosecutor's Appeal (13 July 2006), para. 74; ICC, *Prosecutor v.*

Letztlich verbleibt der beschwerdeerhebenden Partei vor allem der kaum zu erbringende Nachweis diskriminierender Intention bei der Entscheidungsfindung.²⁰¹² Mit Blick auf den heranzuziehenden Maßstab lässt sich auf die Rechtsprechung der UN-Tribunale zurückgreifen.²⁰¹³ Diese gestand dem OTP ein weites Ermessen bei der Fallselektion zu.²⁰¹⁴ Sie ging im Grundsatz von einer ermessensfehlerfreien Entscheidung aus.²⁰¹⁵ Im Fall *Delalic et al.* hat der ICTY richtungsweisende und zugleich hohe Maßstäbe zur Widerlegung der Vermutung fehlerfreier Ermessensausübung erarbeitet. Demnach müsse eine Person, die den Vorwurf politisch motivierter Strafverfolgung erhebt, „*demonstrate clear evidence of the intent of the Prosecutor to discriminate on improper motives, and that other similarly situated persons were not prosecuted.*“²⁰¹⁶

2. Kontrolle negativer Auswahlentscheidungen

Die Durchführung von Strafverfolgung bildet den im Statut vorgesehenen Normalfall,²⁰¹⁷ wobei Art. 53 II ICCSt eine Negativentscheidung des OTP als Ausnahmefall normiert.²⁰¹⁸ Verfahrenseinstellungen können unter den Voraussetzungen des Art 53 III ICCSt durch die PTC überprüft werden,²⁰¹⁹ was eine Neuerung gegenüber dem Recht der UN-Tribunale darstellt.²⁰²⁰

Al-Hassan, ICC-01/12–01/18–601-Red, Judgment on the Appeal of Mr Al Hassan (19 February 2020), para. 59; *Pikis*, The Rome Statute for the ICC, S. 59.

2012 *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 118.

2013 So auch, *Guariglia/ Rogier*, in: Stahn (Hrsg.), Law and Practice of the ICC, 350, 359; *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 64 – 66.

2014 ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96–21-A, Judgement (20 February 2001), para. 602.

2015 ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96–21-A, Judgement (20 February 2001), para. 611.

2016 ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96–21-A, Judgement (20 February 2001), para. 610.

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

2018 Vgl. *Ambos/ Stegmiller*, Crime Law Social Change 58 (2012), 391, 395 Fn. 3; *Danner*, American JIL 97 (2003), 510, 542.

2019 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. 12; *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 681.

2020 *Nserko*, JICJ 3 (2005), 124, 141 – 142; *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 192.

Auf diese Weise werden der Grundsatz des Legalitätsprinzips und das öffentliche Strafverfolgungsinteresse abgesichert.²⁰²¹

Rechtsprechung und Literatur haben bislang keine ausreichende Konkretisierung der richterlichen Kontrolle über eine Entscheidung gegen die Durchführung von Strafverfolgung im Kontext der Fallselektion vorgenommen.²⁰²² Die Gesetzessystematik spricht für einen mit der Entscheidung gegen die Initiierung der Ermittlungen in einer Situation identischen Maßstab, da Art. 53 III ICCSt keine unterschiedlichen Vorgaben hinsichtlich der ersten beiden Absätze enthält.²⁰²³ Zwar gilt Art. 53 I ICCSt nicht bei Ermittlungen *proprio motu*, weswegen auch Art. 53 III ICCSt insoweit keine Anwendung findet.²⁰²⁴ Allerdings gilt Art. 53 II ICCSt für alle Situationen gleichermaßen.²⁰²⁵ Daher lassen sich die in Rechtsprechung und Literatur gefundenen Kriterien zur Kontrolle einer Entscheidung nach dem ersten Absatz für alle Situationen in gleicher Weise auf den zweiten Absatz übertragen.²⁰²⁶ Weil Art. 53 III a ICCSt eine überweisende Partei voraussetzt, bleibt allerdings für Situationen, in denen das OTP die Ermittlungen *proprio motu* eröffnet hat, allein Art. 53 III b ICCSt anwendbar.²⁰²⁷

2021 “Article 53(3) of the Statute envisages judicial control over the Prosecutor’s decision not to investigate and aims at ensuring that the Prosecutor complies with her duty to investigate referred situations.”, 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. 29; Hoffmeister/ Knoke, ZaöRV 59 (1999), 785, 801; Van Heeck, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 190, 329 – 330; Wilhelmi, Die Verfahrensordnung des IStGH, S. 48 – 49.

2022 Kremens, in: Krzan (Hrsg.), Prosecuting International Crimes, 176, 197.

2023 Rohrer, Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip beim IStGH, S. 158; Van Heeck, Die Weiterentwicklung des formellen Völkerstrafrechts, S. 329 – 330.

2024 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.

2025 Stigen, The Relationship between the ICC and National Jurisdictions, S. 122; näher bereits unter (C. II. 1.).

2026 Wouters et al., ICLR 8 (2008), 273, 313.

2027 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.

a) Ausübung und Rechtsfolge der Kontrolle

Nach Maßgabe des Art. 53 III a ICCSt kann die PTC auf Ersuchen der überweisenden Partei die Negativentscheidung des OTP kontrollieren und es um eine erneute Überprüfung ersuchen.²⁰²⁸ Rule 106 RPE begründet eine Pflicht des OTP zur umgehenden Mitteilung seiner Entscheidung und ihrer Gründe gegenüber der überweisenden Partei.²⁰²⁹ Diese hat gem. Rule 107 I RPE 90 Tage Zeit für ihr Ersuchen an die PTC.²⁰³⁰ Aufgrund der unverbindlichen Formulierung („kann [...] überprüfen“) obliegt es daraufhin der Kammer, ihre Kontrollfunktion nach eigenem Ermessen auszuüben.²⁰³¹ Entscheidet sie sich dafür, beschränkt sich die Überprüfung auf den Umfang der Beschwerde der überweisenden Partei.²⁰³² Ersucht sie im Anschluss an ihre Kontrolle das OTP, seine Entscheidung neu zu treffen, muss Letzteres dem Ersuchen nachkommen und dabei die von der Kammer aufgestellten Maßstäbe zur Entscheidungsfindung anwenden.²⁰³³ Das OTP kann abermals zu einem Negativergebnis kommen,²⁰³⁴ wobei die PTC die Einhaltung der von ihr aufgestellten Maßstäbe erneut überprüfen

-
- 2028 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; Nserko, JICJ 3 (2005), 124, 140.
- 2029 De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 263; Nserko, JICJ 3 (2005), 124, 140.
- 2030 Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, S. 448 – 449; Wouters *et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 301.
- 2031 De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 263; Greenawalt, New York JILP 39 (2007), 583, 597.
- 2032 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. 9.
- 2033 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–98, Judgment on the Appeal of the Prosecutor (2 September 2019), para. 81; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13–III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 44.
- 2034 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. 79; De Meester, *The Investigation Phase in International Criminal Procedure*, S. 263.

kann.²⁰³⁵ Andernfalls wäre die Überprüfungscompetenz der PTC bedeutungslos.²⁰³⁶

Wenn die Entscheidung des OTP allein auf den Interessen der Gerechtigkeit beruht, kann die PTC die Verfahrenseinstellung gem. Art. 53 III b ICCSt aus eigenem Antrieb nachprüfen.²⁰³⁷ Das OTP ist gem. Rule 106 RPE zur Benachrichtigung gegenüber der PTC sowie zur Darlegung der Entscheidungsgründe verpflichtet. Die PTC hat gem. Rule 109 I RPE bis zu 180 Tage Zeit für die Entscheidung, ihre Kontrolle auszuüben.²⁰³⁸ Bestätigt sie im Anschluss an die Kontrolle die Entscheidung des OTP nicht, muss dieses gem. Rule 110 II RPE mit der Strafverfolgung fortfahren.²⁰³⁹ Aufgrund der Möglichkeit, eigeninitiativ eine Entscheidung des OTP zu überprüfen sowie aufgrund der strengen Rechtsfolge des Art. 53 III b 2 ICCSt unterliegen die Interessen der Gerechtigkeit einer stärkeren Kontrolle als die übrigen Einstellungskriterien.²⁰⁴⁰

Letzteres wird bisweilen als Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des OTP kritisiert.²⁰⁴¹ Auf der anderen Seite vertreten Teile der Wissenschaft die Ansicht, dass die PTC eine Pflicht zur Ausübung richterlicher Kontrolle habe, wodurch die Entscheidung des OTP erst mit der richterlichen Bestätigung wirksam werde.²⁰⁴² Der Wortlaut des Art. 53 III b ICCSt besagt insoweit allerdings eindeutig, dass die Bestätigung nur im Fall einer tatsächlichen Kontrolle erfolgen muss, welche wiederum Ergebnis einer Ermessens-

2035 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.61; kritisch, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-68-Anx, Partly Dissenting Opinion of Judge Kovacs on the Decision on the Application for Judicial Review (15 November 2018), para. 21.

2036 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. 77.

2037 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; Kuczyńska, *The Accusation Model Before the ICC*, S. 163.

2038 Kuczyńska, *The Accusation Model Before the ICC*, S. 164.

2039 Greenawalt, *New York JILP* 39 (2007), 583, 597; Wouters et al., *ICLR* 8 (2008), 273, 302.

2040 Brubacher, *JICJ* 2 (2004), 71, 87; Robinson, *European JIL* 14 (2003), 481, 488; Webb, *CLQ* 50 (2005), 305, 321.

2041 Brubacher, *JICJ* 2 (2004), 71, 87; Turone, in: Cassese et al. (Hrsg.), *The Rome Statute of the ICC II*, 1137, 1157 – 1159.

2042 Bergsmo/ Bekou, in: Ambos (Hrsg.), *Rome Statute of the ICC*, Art. 53 Rn. 54; Nserko, *JICJ* 3 (2005), 124, 140; Razesberger, *The ICC*, S.108.

entscheidung der PTC ist.²⁰⁴³ Ein obligatorisches Genehmigungsverfahren würde die Justizökonomie gefährden.²⁰⁴⁴ In beiden Konstellationen des Art. 53 III ICCSt kann das OTP gem. Art. 82 I d ICCSt Beschwerde gegen die Entscheidung der PTC einlegen.²⁰⁴⁵

b) Kontrollmaßstab

Bei einer richterlichen Kontrolle auf Grundlage von Art. 53 III a ICCSt kann die Kammer eine Verfahrenseinstellung des OTP anhand sämtlicher Voraussetzungen des Art. 53 II ICCSt überprüfen.²⁰⁴⁶ Im Fall des Art. 53 III b ICCSt beschränkt sich die Überprüfung allein auf die Interessen der Gerechtigkeit.²⁰⁴⁷ Der Kontrollmaßstab ist bei beiden Buchstaben des Art. 53 III ICCSt identisch.²⁰⁴⁸ Dabei hat die Kammer bestehende Beurteilungsspielräume des OTP zu beachten.²⁰⁴⁹ Die Vermutung spricht für eine korrekte Beurteilung.²⁰⁵⁰ Dies entspricht der Unabhängigkeit des OTP sowie der Tatsache, dass das OTP im Vergleich zur Kammer mehr

2043 *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 264; *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 448; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 302.

2044 *Wei*, Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, S. 193.

2045 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. 96; *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 71; hingegen für Art. 82 I a ICCSt als einschlägige Norm, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-98-Anx, Partly Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji (2 September 2019), para. 13.

2046 *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 38; *Schabas*, The ICC, Art. 53 S. 841; *Webb*, CLQ 50 (2005), 305, 321.

2047 *Stegmiller*, The Pre-Investigation Stage of the ICC, S. 447 – 448.

2048 *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 64.

2049 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. 80; ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 104.

2050 So bereits der ICTY, ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-A, Judgment (20 February 2001), para. 611.

Kenntnisse über die Ermittlungen und den Fall hat und diesen besser beurteilen kann.²⁰⁵¹

Im Zuge der Entscheidung des OTP zur Verfahrenseinstellung können Fehler bei der Anwendung und Auslegung des Rechts sowie bei der Würdigung und der Gewichtung von Beweisen zwecks Beurteilung der Einstellungsvoraussetzungen entstehen.²⁰⁵² Die AC hat diesbezüglich eine grundlegende Entscheidung getroffen, als sie sich mit einer Beschwerde der Komoren gegen die Nichtaufnahme von Ermittlungen in einer überwiesenen Situation befasste. Demnach führt die PTC eine umfassende Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung und Auslegung des Rechts durch, an die das OTP jeweils gebunden ist.²⁰⁵³ Mit Blick auf vorhandene Beweise kann sie das OTP anweisen, bestimmte Tatsachen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, jedoch nicht, wie es diese zu gewichten hat.²⁰⁵⁴ Die gerichtliche Überprüfung beinhaltet darüber hinaus die Einhaltung der Prinzipien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Objektivität sowie der Beachtung des Diskriminierungsverbots.²⁰⁵⁵

Dem Diskriminierungsverbot spricht Kloss eine besondere Bedeutung zu. Im Zuge seiner Abhandlungen zu Art. 53 III ICCSt tätigt er weite Ausführungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Fallselektion, wobei er die vom ICTY aufgestellten Maßstäbe richterlicher Kontrolle anwenden möchte.²⁰⁵⁶ Tatsächlich handelt es sich jedoch um eine das betroffene Individuum begünstigende Entscheidung. Ein Beschuldigter wird in der Regel keine Beweise dafür vorlegen, dass die Einstellungsentscheidung diskrimi-

2051 Jallow, JICJ 3 (2005), 145, 155.

2052 ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-III, Decision on the Application for Judicial Review by the Comoros (16 September 2020), para. 23; gegen eine Unterscheidung der Fehlerkategorien, ICC, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-98-Anx, Partly Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji (2 September 2019), para. 36.

2053 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.

2054 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.

2055 Stigen, *The Relationship between the ICC and National Jurisdictions*, S. 404 – 405.

2056 Kloss, *The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC*, S. 65 – 71; zu den Maßstäben des ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-A, Judgment (20 February 2001), para. 610.

nierend war, wie es die Rechtsprechung des ICTY für eine positive Auswahlentscheidung gefordert hat.²⁰⁵⁷ Erforderlich wäre dies ohnehin nicht. Denn eine Verfahrenseinstellung ist zwar unter Umständen politisch motiviert, diskriminierend kann aber allein eine Positiventscheidung sein. Für diese bestehen die bereits dargelegten Kontrollmaßstäbe, die sich, wie von *Kloss* befürwortet, auch auf das Verbot benachteiligender Ungleichbehandlung erstrecken.²⁰⁵⁸ Eine politisch motivierte Verfahrenseinstellung wiederum kann in der Weise kontrolliert werden, dass die Kammer die Einhaltung der rechtlichen Voraussetzungen der Verfahrenseinstellung überprüft. Ebenso wie ein auf Fakten basierter Anfangsverdacht dem Vorwurf einer politisch motivierten Einleitung von Ermittlungen entgegensteht,²⁰⁵⁹ genügt eine auf Fakten basierte Beurteilung der Einstellungsvoraussetzungen, um dem Vorwurf einer politischen Einstellung zu begegnen.

3. Entscheidungen außerhalb der Kontrolle

Zunächst einmal schließt das Statut eine Entscheidung gegen die Einleitung von Ermittlungen in einem potenziellen Fall aus,²⁰⁶⁰ weswegen hierzu kein Kontrollmechanismus existiert. Eine Selektionsentscheidung verlässt erst mit der Beantragung eines Haftbefehls, einer Vorladung oder einer Verfahrenseinstellung gem. Art. 53 II ICCSt den internen Bereich des OTP.²⁰⁶¹ Bis zu diesem Punkt ist sie keiner gerichtlichen Überprüfung zugänglich.²⁰⁶² Das gilt insbesondere für die Priorisierung von Fällen im Vorfeld der Entscheidung für oder gegen Strafverfolgung. Die Priorisierungskompetenz ist Teil der geeigneten Maßnahmen, um wirksame Ermittlungen und Strafver-

2057 ICTY, *Prosecutor v. Delalic et al.*, IT-96-21-A, Judgement (20 February 2001), para. 610.

2058 Näher bereits unter (E. VIII. 1.).

2059 ICC, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27, Decision on the Authorisation of an Investigation (14 November 2019), para. 127.

2060 Näher bereits unter (E. III. 1.).

2061 *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

2062 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, *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-453, Decision on Request for Leave to Submit Amicus Curiae Observations (17 July 2009), para. 10; *Pikis*, *The Rome Statute for the ICC*, S. 272; *Schabas*, *The ICC*, Art. 53 S. 839; *Wouters et al.*, *ICLR* 8 (2008), 273, 313.

folgen i.S.d. Art. 54 I b ICCSt zu gewährleisten.²⁰⁶³ Die PTC kann während der Ermittlungen allerdings von ihrer Kompetenz zur Einberufung einer Statuskonferenz (Reg. 30; 46 II Reg. Court) Gebrauch machen und sich auf diese Weise über den Stand der Ermittlungen informieren.²⁰⁶⁴

Die im *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* genannten Selektionskriterien sollen einer betroffenen Person keine individuellen Rechte vor Gericht einräumen und werden vom OTP im Lichte der sich entwickelnden Rechtsprechung sowie rechtlicher Änderungen überarbeitet.²⁰⁶⁵ Ihre richterliche Überprüfung ist im Statut grundsätzlich nicht vorgesehen, weil die Kammer erst die finale Auswahlentscheidung überprüft.²⁰⁶⁶ Ebenso in den internen Bereich des OTP fällt die Festlegung von strategischen Zielen sowie deren Umsetzung.²⁰⁶⁷ Dies umfasst auch die Strategie der positiven Komplementarität.²⁰⁶⁸

a) Regelungslücke

Die Möglichkeit, Fälle ohne explizite Rechtsgrundlage und ohne richterliche Kontrolle zu priorisieren, mag eine Notwendigkeit darstellen. Sie gestaltet sich allerdings dann als problematisch, wenn das Nichtpriorisieren einzelner Fälle einer Verfahrenseinstellung gleichkommt.²⁰⁶⁹ Auf diese Weise besteht die Gefahr, dass das Gefüge des grundsätzlich geltenden Legalitätsprinzips mit im Ausnahmefall möglichen Verfahrenseinstellungen auf Grundlage formaler Opportunitätsentscheidungen unter richterlicher

2063 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 49.

2064 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; ICC, *Situation in the Central African Republic*, ICC-01/05-6, Decision on Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination (30 November 2006), S. 3; hingegen eine formale Verfahrenseinstellung fordernd, *El Zeidy*, CLF 19 (2008), 35, 53 – 54.

2065 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 2.

2066 *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

2067 *Stahn*, in: *Stahn/ Sluiter* (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC*, 247, 263.

2068 *Burke-White*, CLF 19 (2008), 59, 64.

2069 *Ambos*, *Treatise III*, S. 276; *Kotecha*, JICJ 18 (2020), 107, 133; *Stahn*, in: *Stahn/ Sluiter* (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC*, 247, 270; zur spiegelbildlichen Verzögerung der Einleitung formaler Ermittlungen in einer Situation durch Hinauszögern der Vorermittlungen, *El Zeidy*, CLF 19 (2008), 35, 54 – 55.

Aufsicht ausgehebelt wird.²⁰⁷⁰ Für Konstellationen, in denen deswegen keine richterliche Kontrolle einer Verfahrenseinstellung erfolgt, weil das OTP einzelne Fälle schlicht nicht ermittelt oder eine formale Entscheidung nach Art. 53 II ICCSt hinauszögert, liegt eine Lücke im Statut nahe.²⁰⁷¹

Prägnante Beispiele bilden die bereits angesprochenen Ermittlungen im Fall *Lubanga* und im Verfahren *Kenya II*. Das OTP verkündete jeweils ein vorübergehendes Aussetzen weiterer Ermittlungen, verneinte aber zugleich eine endgültige Verfahrenseinstellung.²⁰⁷² Obwohl sich die Situationen in der Demokratischen Republik Kongo und in Kenia fortan weiter im Stadium formaler Ermittlungen befanden, dürfen zusätzliche Verfahren gegen *Lubanga* oder mit Blick auf *Kenya II* bezweifelt werden.²⁰⁷³ So wurde beispielsweise das zeitweise Aussetzen der Ermittlungen im Fall *Lubanga* im Jahr 2006 verkündet, wobei bis heute kein weiteres Verfahren wegen der „vorübergehend“ nicht ermittelten Verbrechen bekannt wurde. Für die Situation in Kenia hat das OTP sogar eine *Situation Completion* angekündigt.²⁰⁷⁴ Von Opferseite wurde eine gerichtliche Überprüfung nach Art. 53 III b ICCSt angeregt, weil es sich bei der Entscheidung zum zeitweisen Aussetzen der Ermittlungen in Wahrheit um einen Entschluss nach Art. 53 II c ICCSt gehandelt habe.²⁰⁷⁵

Die jeweilige Kammer verneinte eine richterliche Kontrolle nach Art. 53 III b ICCSt, da das zeitweise Aussetzen der Ermittlungen keine formelle Entscheidung gem. Art. 53 II ICCSt darstelle und die Verfahren jederzeit weitergeführt werden könnten.²⁰⁷⁶ Art. 53 III ICCSt regle die

2070 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–157, Victims’ Response to Prosecution’s Application (15 September 2015), paras. 2 – 4.

2071 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–154, Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision (3 August 2015), para. 118.

2072 ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04–01/06–170, Prosecutor’s Information on Further Investigation (28 June 2006), para. 11; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–156, Prosecution’s Application to Dismiss the Victims’ Request (25 August 2015), para. 17.

2073 *Ferstman*, International HRJ 16 (2012), 796, 799.

2074 ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Republic of Kenya* (27 November 202).

2075 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.

2076 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 Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04–582, Decision on the Request of the Legal Representative of Victims (25 October 2010), S. 4 – 5; ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09–159, Decision

gerichtliche Kontrolle von Verfahrenseinstellungen abschließend und gebe der PTC keine Überprüfungscompetenz für ein vorübergehendes Aussetzen der Ermittlungen.²⁰⁷⁷ Die Kammern werteten das Vorgehen des OTP der Sache nach als außerhalb der richterlichen Kontrolle liegende Priorisierungsentscheidung.²⁰⁷⁸ Weil das ICCSt keine richterliche Kontrolle für anklagebehördliche Inaktivität bereitstellt, kann das OTP der Überprüfung durch bloßes Nichttreffen einer formalen Einstellungsentscheidung also entgehen.²⁰⁷⁹

Das eigentliche Problem liegt in dem Zusammenhang nicht in der Verfahrenseinstellung als solcher, die das Statut in Art. 53 II ICCSt vorsieht, sondern eben in der fehlenden Überprüfungsmöglichkeit der PTC. Zu diesem Komplex existieren unterschiedliche Lösungsvorschläge. *El Zeidy* wirft die Frage auf, ob das OTP im Fall einer Verfahrenseinstellung tatsächlich eine formale Entscheidung treffen müsse, oder ob Art. 53 III ICCSt nicht vielmehr automatisch Anwendung finden könne.²⁰⁸⁰ Gegen diese Sicht spricht, dass der Wortlaut des Art. 53 II ICCSt eindeutig eine Unterrichtungspflicht enthält, was gegen eine Anwendung des Art. 53 III ICCSt im Fall einer fehlenden Unterrichtung spricht.²⁰⁸¹ Naheliegender erscheint daher eine von *Bock* vorgeschlagene analoge Anwendung des Art. 53 III ICCSt auf solche Selektionsentscheidungen, die faktisch einer Verfahrenseinstellung gleichkommen.²⁰⁸² Die Opfervertretung im Verfahren *Kenya II* plädierte demgegenüber für eine gerichtliche Kontrolle als einschlägigen Grundsatz des Völkerrechts oder als allgemeinen Rechtsgrundsatz i.S.d. Art. 21 I b, c ICCSt.²⁰⁸³

on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 23.

2077 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. 18.

2078 So auch später explizit das OTP, ICC-OTP, *Policy on Situation Completion* (15 June 2021), para. 36.

2079 *Ambos*, Treatise III, S. 276; *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 322 – 323; *Kloss*, The Exercise of Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 41; *Stahn*, in: *Stahn/ Sluiter* (Hrsg.), *The Emerging Practice of the ICC*, 247, 270.

2080 *El Zeidy*, CLF 19 (2008), 35, 56.

2081 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. 27.

2082 *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 322 – 323.

2083 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-157, Victims' Response to Prosecution's Application (15 September 2015), para. 17.

b) Keine Planwidrigkeit der Regelungslücke

Das Schließen einer Lücke durch analoge Anwendung einer anderen Norm oder ein Rückgriff auf Grundsätze des Völkerrechts oder allgemeine Rechtsgrundsätze setzt jeweils voraus, dass die nicht vorhandene Normierung planwidrig ist.²⁰⁸⁴ Die Opfervertretung im Verfahren *Kenya II* argumentierte diesbezüglich, dass die fehlende richterliche Kontrolle den Prinzipien des Statuts widerspreche und daher planwidrig sein müsse.²⁰⁸⁵ Insbesondere monierte sie einen Widerspruch zum Interesse der Opfer an effektiver Aufklärung und Strafverfolgung.²⁰⁸⁶ Jenes Interesse ist als solches prinzipiell anerkannt.²⁰⁸⁷ Allerdings sieht das Statut kein durch Opfer initiiertes Klageerzwingungsverfahren vor.²⁰⁸⁸ Letztere können der Kammer lediglich Informationen zukommen lassen, anhand derer diese ihr Ermessen zur Ausübung ihrer Kontrolle ausüben kann.²⁰⁸⁹ Ist ein Klageerzwingungsverfahren bewusst nicht in das Statut eingearbeitet worden, scheidet das Argument negativ betroffener Opferrechte insoweit aus. Hierzu verwies die PTC II auf die in Art. 53 III ICCSt abschließend geregelten Überprüfungskompetenzen von Verfahrenseinstellungen.²⁰⁹⁰

Naheliegender erscheint ein Widerspruch der fehlenden richterlichen Kontrolle zum grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang.²⁰⁹¹ Hierzu ist indessen anzumerken, dass Konstellationen wie im Verfahren *Kenya II* nicht zwangsläufig auf mangelndem Willen seitens des OTP beruhen.²⁰⁹² Stattdessen liegen die Gründe für ein vorübergehendes Aussetzen der Ermittlungen eher im Bereich fehlender staatlicher Koopera-

2084 Näher bereits unter (A. IV. 3. c)).

2085 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-154, Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (3 August 2015), paras. 118 – 119.

2086 ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-157, Victims' Response to Prosecution's Application (15 September 2015), para. 9.

2087 ICC, *Prosecutor v. Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-474, Decision on the Set of Procedural Rights (13 May 2008), para. 35; *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 174; *Callavin*, King's College LJ 14 (2003), 179, 184; *Hoven*, ZIS 2014, 679, 685.

2088 *Bock*, Das Opfer vor dem IStGH, S. 521; *Hoven*, ZIS 2014, 679, 699.

2089 *De Meester*, The Investigation Phase in International Criminal Procedure, S. 263; *Turone*, in: Cassese et al. (Hrsg.), The Rome Statute of the ICC II, 1137, 1158; *Wouters et al.*, ICLR 8 (2008), 273, 303.

2090 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. 18.

2091 Vgl. ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-157, Victims' Response to Prosecution's Application (15 September 2015), paras. 2 – 4.

2092 *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 733.

tion oder begrenzter Ressourcen,²⁰⁹³ die im Fall Kenias mutmaßlich der ausschlaggebende Grund für die Ankündigung der *Situation Completion* waren.²⁰⁹⁴ Dass ein zeitweises Aussetzen der Ermittlungen allerdings auch über einen Zeitraum von mehreren Jahren sinnvoll sein kann, zeigt nicht zuletzt der Fall *Al-Bashir*. Gegen das ehemalige Staatsoberhaupt des Sudan liegt seit 2009 ein von zahlreichen Mitgliedstaaten des Statuts nicht vollzogener Haftbefehl des ICC vor,²⁰⁹⁵ weshalb das OTP dem Verfahren geringere Priorität einräumte.²⁰⁹⁶ Seit dem Sturz *Al-Bashirs* im Jahr 2019 besteht wieder eine gewisse Kooperation zwischen dem OTP und der sudanesischen Regierung.²⁰⁹⁷

Dass Ermittlungen in völkerstrafrechtlichen Verfahren lange Zeit in Anspruch nehmen können, ist allgemein anerkannt.²⁰⁹⁸ Richterliche Kontrollen von Priorisierungen einzelner Fälle würden dieses Problem nicht beheben. Vielmehr ermöglicht ein zeitweises Aussetzen der Ermittlungen anstelle einer formalen Verfahrenseinstellung tendenziell eher den erfolgreichen Abschluss eines Verfahrens, wenn die Ermittlungen und Strafverfolgungen durch äußere Umstände behindert werden. Die Situation in Kenia sei als Negativbeispiel genannt. Anders steht es vermeintlich um Konstellationen wie im Fall *Lubanga*, in denen ein weiteres Verfahren unter Umständen leichter möglich wäre, aber mutmaßlich nicht geplant ist. Allerdings ist der grundsätzliche Ermittlungs- und Strafverfolgungszwang erst dann beein-

2093 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), paras. 14, 25; *De Souza Dias*, Leiden JIL 30 (2017), 731, 750; *O'Donohue*, in: Rothe et al. (Hrsg.), *The Realities of ICJ*, 267, 296.

2094 So fehlt in der Pressemitteilung zur Situation in Kenia der Hinweis auf die eine positive Aussicht auf nationale Strafverfahren, der in den offiziellen Ankündigungen zur Beendigung des Engagements in der Zentralafrikanischen Republik und in Georgien hervorgehoben und im Fall Ugandas zumindest implizit genannt wird, vgl. ICC-OTP, *Press Release in the Situation in the Republic of Kenya* (27 November 2023).

2095 ICC, *Prosecutor v. Al-Bashir*, ICC-02/05–01/09, Case Information Sheet (April 2018), S. 1, 3.

2096 ICC-OTP, *Twenty-First Report of the OTP Pursuant to UNSCR 1593* (29 June 2015), para. 7 – 9.

2097 ICC-OTP, *Thirty-Second Report of the OTP Pursuant to UNSCR 1593* (10 December 2020), paras. 35 – 38.

2098 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 Kenya*, ICC-01/09–159, Decision on the Victims' Request for Review of Prosecution's Decision (5 November 2015), para. 14; *O'Donohue*, in: Rothe et al. (Hrsg.), *The Realities of ICJ*, 267, 296.

trächtigt, wenn das Verfahren endgültig eingestellt wird. Dies ist bei einer niedrigen Priorisierung noch nicht der Fall, weswegen auch hier keine Notwendigkeit richterlicher Kontrolle besteht.²⁰⁹⁹ Sie tritt erst dann ein, wenn das OTP sein Engagement in der Situation formal beenden möchte und auf diese Weise zugleich die Ermittlungen in den verbliebenen Fällen der Situation einstellt. Für den Kontext der Selektion einzelner Fälle innerhalb einer Situation ist die Planwidrigkeit der Regelungslücke jedenfalls zu verneinen.

IX. Zwischenergebnis

Der Prozess der Fallselektion ist äußerst komplex und nur zum Teil ausdrücklich geregelt.²¹⁰⁰ Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass das OTP innerhalb einer Situation einer grundsätzlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht unterliegt, weswegen jede Verfahrenseinstellung auf Grundlage einer Opportunitätserwägung (= Auswahlentscheidung) einer gesetzlichen Grundlage bedarf.²¹⁰¹ Diese Rechtsgrundlage bietet Art. 53 II ICCSt, wonach sich das OTP aus den dort genannten Gründen gegen die Strafverfolgung in konkretisierten Fällen entscheiden kann.²¹⁰² Eine entsprechende Rechtsgrundlage für eine Entscheidung gegen die Einleitung von Ermittlungen in einem potenziellen Fall innerhalb einer Situation findet sich im Statut hingegen nicht.²¹⁰³ Das OTP ist demnach prinzipiell verpflichtet, in sämtlichen potenziellen Fällen so weit zu ermitteln, bis diese hinreichend konkretisiert sind für eine Auswahlentscheidung pro oder kontra Strafverfolgung anhand mindestens eines der ausschließlich in Art. 53 II ICCSt genannten Kriterien.

In welcher Reihenfolge das OTP einzelne Fälle ermittelt und anschließend der Strafverfolgung zuführt oder sie formal einstellt (= Priorisierungsentscheidung) obliegt dem OTP gem. Art. 54 I b ICCSt.²¹⁰⁴ Obwohl es stets an die Kriterien der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und der Objektivität sowie an das Diskriminierungsverbot gebunden ist, sind die zur Entschei-

2099 *Bådagård/ Klamberg*, Georgetown JIL 48 (2017), 639, 699.

2100 *Ambos*, Treatise III, S. 380; *Pues*, Prosecutorial Discretion at the ICC, S. 87.

2101 Näher bereits unter (D. II. 8.).

2102 (E. III. 2.).

2103 (E. III. 1.).

2104 (E. III. 3., 4.).

dungsfindung heranzuziehenden Kriterien unbestimmt. Zum einen sind die Kriterien des Art. 53 I, II ICCSt zu nennen, wobei der einschlägige Absatz vom Konkretisierungsgrad des jeweiligen Falls abhängt.²¹⁰⁵ Zum anderen liefern die Reg. OTP sowie die Strategiepapiere des OTP Kriterien, welche inhaltlich den Buchstaben des Art. 53 I, II ICCSt sowie den Wertungen des Statuts entsprechen.²¹⁰⁶ Vorrangig selektiert das OTP nach der Schwere des fraglichen Verbrechens, dem Grad der Verantwortlichkeit des potenziellen Täters sowie der Viktimisierung der Opfer. Weil nationale Verfahren grundsätzlich Vorrang gegenüber solchen vor dem ICC haben und dem OTP lediglich begrenzte Ressourcen zur Verfügung stehen, fördert es im Wege der Strategie der positiven Komplementarität außerdem gezielt nationale Verfahren.²¹⁰⁷

Der Entscheidungsprozess verlässt erst mit der formalen Auswahlentscheidung für oder gegen Strafverfolgung den internen Bereich des OTP.²¹⁰⁸ Dem Problem der Intransparenz möchte das OTP mit dem *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* entgegenwirken, mithilfe dessen es seine Selektionskriterien sowie deren Gewichtung öffentlich zu kommunizieren sucht.²¹⁰⁹ Die Realität wird diesem Ziel nur zum Teil gerecht.²¹¹⁰ Umso bedeutender erscheint vor diesem Hintergrund die gerichtliche Kontrolle. Art. 53 III ICCSt ist im Vergleich zum Recht der UN-Tribunale einerseits als Weiterentwicklung sowie als Bestätigung des grundsätzlichen Legalitätsprinzips zu sehen.²¹¹¹ Andererseits erfasst die Kontrollkompetenz der Kammer bloß formale Auswahlentscheidungen gegen die Durchführung von Strafverfolgung, nicht aber Priorisierungsentscheidungen.²¹¹² Dadurch liegt ein wesentlicher Teil der Fallselektion außerhalb der richterlichen Überprüfung, was insoweit problematisch ist, als dass eine niedrige Priorisierung in vielen Fällen faktisch einer negativen Auswahlentscheidung gleichkommt. Erst auf der Ebene der im Folgenden zu untersuchenden *Situation Completion* lässt sich diesem Defizit begegnen.

2105 (E. IV. 2. a)).

2106 (E. IV. 2. b)).

2107 (E. VI.).

2108 *Ambos/ Stegmiller*, *Crime Law Social Change* 58 (2012), 391, 395 Fn. 3.

2109 ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15 September 2016), para. 2.

2110 (E. VII.).

2111 So zur spiegelbildlichen Kontrolle des Art. 53 I ICCSt, *Hoffmeister/ Knoke*, *ZaöRV* 59 (1999), 785, 801.

2112 (E. VIII. 2., 3.).

