

AUSGABE 12/2016

S. 797 - 882

11. Jahrgang

Inhalt

JAHRESTAGUNG 2016 DES ARBEITSKREISES VÖLKERSTRAFRECHT

Beiträge

- Jahrestagung 2016 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht
Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe**
Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg 797
- Die Umsetzung der Beschlüsse von Kampala in Deutschland**
Von Dr. Michael Greßmann, Ulrich Staudigl, Berlin 798
- Völkerstrafprozesse in Deutschland voranbringen – Eine
rechtspolitische Betrachtung**
Von Rechtsanwältin Denise Bentele, Berlin 803
- „Foreign Fighters“ und Kriegsvölkerstrafrecht**
Von Bundesanwalt b. BGH Christian Ritscher, Karlsruhe 807
- Neue „gemischte“ Tribunale – ein Überblick**
Von Franziska C. Eckelmans, Den Haag 809
- Recent developments in the jurisprudence of the International
Criminal Court**
By Eleni Chaitidou, The Hague 813
- Zur neueren Judikatur des Jugoslawienstrafgerichtshofes**
Von Hildegard Uertz-Retzlaff, Den Haag 851
- The “Lessons Learnt” process at the International Criminal
Court – a suitable vehicle for procedural improvements?**
By Dr. Philipp Ambach, The Hague 854

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafprozessrecht

- BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15**
(Zu den Wirkungen einer im Beschlusswege erfolgten,
irrtümlichen Entscheidung des Revisionsgerichts über einen
bloßen Urteilsentwurf des Tatrichters)
(Wiss. Mitarbeiterin Dr. Sara Brinkmann, Düsseldorf) 868

BUCHREZENSIONEN

Völkerstrafrecht

- Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the International
Criminal Court, 2016**
(Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg) 874
- Meisenberg/Stegmiller (Hrsg.), The Extraordinary Chambers
in the Courts of Cambodia, 2016**
(Stud. jur. Alexander Benz, Ref. jur. Tobias Römer, PD Dr. Ken
Eckstein, Marburg) 876

Strafrecht

- Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014**
(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 879

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Janique Brüning
Prof. Dr. Mark Deiters
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Theile
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai
Ambos
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana
Karakaplan
Wiss. Mitarbeiter Kevin
Kloska

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Wiss. Mitarbeiterin
Natalia Dobrosz
Noelia Nuñez
Eneas Romero
Jaime Winter Etcheberry

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

Jahrestagung 2016 des Arbeitskreises Völkerstrafrecht

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Florian Jeßberger, Hamburg

Anfang Juni 2016 versammelten sich über 100 Völkerstrafrechtlerinnen und Völkerstrafrechtler zur inzwischen zwölften Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht.¹ Im Mittelpunkt der zweitägigen Veranstaltung, die diesmal im Historischen Gebäude der Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen stattfand, stand der Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über aktuelle Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts. Die auf der Tagung vorgetragenen Referate kommen, nahezu vollständig, in dieser Ausgabe 12/2016 der ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – zur Veröffentlichung.

Nach der Begrüßung durch den Gastgeber *Kai Ambos* und einführenden Worten durch *Florian Jeßberger* gaben *Stefan Wehrenberg* und *Christian Ritscher*² in zwei Impulsbeiträgen aus Sicht der schweizerischen und der deutschen Strafverfolgungsbehörden einen Überblick zu dem nicht zuletzt angesichts der Situation in Syrien hochaktuellen Thema der Verfolgung sog. „foreign fighters“ auch auf Grundlage des Kriegsvölkerstrafrechts.

Die Berichte zu den „aktuellen Entwicklungen“ eröffnete *Eleni Chaitidou*³ mit einer ausführlichen Darstellung der neueren Judikatur des Internationalen Strafgerichtshofs. *Hildegard Uertz-Retzlaff*⁴, langjährige Staatsanwältin am Jugoslawien-Strafgerichtshof, setzte sich sodann kritisch mit einigen herausragenden neueren Entscheidungen dieses Tribunals auseinander. Im anschließenden Referat präsentierte *Franziska Eckelmans*⁵ die rechtlichen und organisatorischen Grundlagen der neugeschaffenen Specialist Chambers for the Kosovo. Über die jüngsten Entwicklungen in der Praxis des deutschen Generalbundesanwaltes unterrichtete *Christoph Barthe*, bevor schließlich *Philipp Ambach*⁶ einen Einblick in die Bemühungen des Internationalen Strafgerichtshofes gab, sein Verfahren unter dem Dach des „Lessons Learnt“-Prozesses zu „optimieren“. Den in diesem Jahr besonders reichhaltigen Praxisblock rundete *Jens Dieckmann* mit einem Bericht über die Gründung einer Rechtsanwaltskammer beim Internationalen Strafgerichtshof ab.

Einen Höhepunkt und zugleich den Abschluss des ersten Sitzungstages bildete die erstmalige Verleihung des Robert Kempner-Preises, der vom Arbeitskreis alle zwei Jahre an eine jüngere Wissenschaftlerin oder einen jüngeren Wissenschaftler für eine herausragende Monografie auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts vergeben wird. Ausgezeichnet wurde *Alexander Heinze* für seine Dissertation, die sich mit der

Offenlegung von Beweismitteln vor dem Internationalen Strafgerichtshof befasst.⁷ In seiner Laudatio hob *Gerhard Werle* insbesondere die Einbindung der praktischen Perspektive in sehr grundlegende methodische und prozessrechtstheoretische Überlegungen hervor.

Den zweiten Sitzungstag leiteten *Michael Greßmann*⁸ und *Ulrich Staudigl*, beide Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, mit einem Bericht zum Stand der Umsetzung der Beschlüsse von Kampala in Deutschland ein. Der Beitrag knüpft an die Beratungen der elften Jahrestagung des Arbeitskreises an.⁹ Unter der Überschrift „Völkerstraftaten und Strafprozessordnung: geht es wirklich ‚so nicht‘? Und wenn nicht so, wie dann?“ befasste sich der Arbeitskreis in einer abschließenden Diskussionsrunde schließlich mit dem ersten Strafprozess, der mit einer Verurteilung wegen Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch abgeschlossen wurde. Als Gast berichtete *Jürgen Hettich*, dem als Vorsitzendem des 2. Strafsenates des OLG Stuttgart die Leitung der Hauptverhandlung oblag, von seinen Eindrücken und Erfahrungen mit diesem Strafprozess. Im Anschluss stellte *Denise Bentele*¹⁰, Mitarbeiterin der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, parlamentarische Initiativen vor, die darauf abzielen, einige der spezifischen Schwierigkeiten der Durchführung von Völkerstrafprozessen vor deutschen Gerichten zu beheben. Eine lebhafte Diskussion bildete den Abschluss der Veranstaltung.

¹ Weitere Informationen zum Arbeitskreis <https://www.jura.uni-hamburg.de/ueber-die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/arbeitskreis.html> (2.12.2016).

² *Ritscher*, ZIS 2016, 807.

³ *Chaitidou*, ZIS 2016, 813.

⁴ *Uertz-Retzlaff*, ZIS 2016, 851.

⁵ *Eckelmans*, ZIS 2016, 809.

⁶ *Ambach*, ZIS 2016, 854.

⁷ *Heinze*, International Criminal Procedure and Disclosure, 2014.

⁸ *Greßmann/Staudigl*, ZIS 2016, 798.

⁹ Siehe hierzu *Bühler/Reisinger Coracini*, ZIS 2015, 505, sowie *Jeßberger*, ZIS 2015, 514.

¹⁰ *Bentele*, ZIS 2016, 803.

Die Umsetzung der Beschlüsse von Kampala in Deutschland*

Von Dr. Michael Greßmann, Ulrich Staudigl, Berlin

Deutschland wird die Beschlüsse von Kampala umsetzen. Die Implementierung des Verbrechens der Aggression in die deutsche Rechtsordnung soll bis zum 1.1.2017 erfolgen. Gleichzeitig soll dem friedenssichernden Auftrag aus Art. 26 GG gefolgt werden. Kernstück ist ein neuer § 13 VStGB „Verbrechen der Aggression“, der sowohl die Durchführung wie auch das Planen, Vorbereiten und Einleiten eines Angriffskrieges unter Strafe stellt. Fälle ohne jeglichen Bezug zu Deutschland fallen nicht unter den neuen Straftatbestand. Hier soll ausländischen oder internationalen Strafverfolgungsbehörden der Vortritt gelassen werden.

I. Beschlüsse von Kampala

Auf der ersten Überprüfungskonferenz des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (IGHSt) in Kampala vom 31.5.2010 bis 11.6.2010 konnten sich die Vertragsstaaten auf eine Definition des Verbrechens der Aggression sowie die Art und Weise der Ausübung der Gerichtsbarkeit des IGHSt im Hinblick auf dieses Verbrechen einigen und damit eine wesentliche Lücke der völkerrechtlichen Strafbarkeit schließen.¹ Mit dem Gesetz zu den Änderungen vom 10. und 11.6.2010 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17.7.1998² hat der Deutsche Bundestag diesen Änderungen zugestimmt. Die Ergänzung des Römischen Statuts wird nach der 30. Ratifikation, frühestens jedoch im Jahr 2017 in Kraft treten.³

II. Vorbereitung des Referentenentwurfs

Die Bundesregierung hat im Entwurf des Vertragsgesetzes zur Zustimmung zu den auf der ersten Überprüfungskonferenz in Kampala am 10. und 11.6.2010 beschlossenen Änderungen des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs betont, dass zwar völkerrechtlich keine Pflicht zur Änderung des deutschen Strafrechts bestehe; es spreche jedoch viel dafür, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass

das nationale Strafrecht angepasst werde⁴ und in Zukunft Straftaten, die vor dem IStGH verhandelt werden können, auch in Deutschland abgeurteilt werden können.⁵

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) veranstaltete am 14. und 15.3.2012 ein erstes Symposium zur Vorbereitung der Umsetzung der Beschlüsse von Kampala in nationales Recht. In die Fachdiskussion waren Vertreter der interessierten Ressorts, der Rechtspraxis und der Rechtswissenschaft sowie der Verbände eingebunden. Eine weitere Expertenrunde fand am 14.10.2013 im BMJ statt, die durch zwölf schriftliche Stellungnahmen fundiert vorbereitet war.⁶ Für die vertiefende Diskussion der zahlreichen Einzelfragen während des Expertengesprächs waren drei Umsetzungsmodelle und Formulierungsvorschläge besonders hilfreich, die von Vertretern der Wissenschaft ausgearbeitet und vorgestellt wurden.⁷

Auf der Grundlage dieser umfangreichen Vorarbeiten wurde Mitte der 18. Legislaturperiode, am 9.11.2015, im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches⁸ fertiggestellt und veröffentlicht.

III. Gesetzgebungsverfahren

Bevor der Entwurf einer Gesetzesvorlage der Bundesregierung zum Beschluss vorgelegt wird, hat das federführende Bundesministerium umfangreiche Beteiligungen vorzunehmen. So wurden auch hier mit Auswärtigem Amt, Verteidigungsministerium und Innenministerium die betroffenen Bundesministerien sowie der Nationale Normenkontrollrat frühzeitig einbezogen. Zudem erhielten Länder, Fachkreise und Verbände Gelegenheit zur Stellungnahme. Nachdem Anregungen aus den oben genannten Beteiligungen berücksichtigt wurden, konnte das Bundeskabinett am 23.3.2016 den von dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches beschließen.

Der Bundesrat hat sich in seiner 945. Sitzung am 13.5.2016 mit dem Gesetzentwurf befasst⁹ und gebeten, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in Art. 2

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, der auf der 12. Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht am 4.6.2016 in Göttingen gehalten wurde. Inhaltlich knüpft der Beitrag an Bühler/Reisinger Coracini, ZIS 2015, 505, und Jeßberger, ZIS 2015, 514, an.

¹ Zum Aggressionstatbestand siehe Ambos, ZIS 2010, 649; Barriga, ZIS 2010, 644; Böttner, AVR 51 (2013), 201; Gößmann, HRN 2013, 63; Kaul, ZIS 2010, 637; Kreß/v. Holtzendorff, GA 2011, 65; Krzan, AVR 48 (2010), 467; Schmalenbach, JZ 2010, 745; Zimmermann/Henn, ZRP 2013, 240.

² BGBl. II 2013, S. 139.

³ Artikel 15^{bis} Abs. 3 des Römischen Statuts: „Der Gerichtshof übt seine Gerichtsbarkeit über das Verbrechen der Aggression in Übereinstimmung mit diesem Artikel vorbehaltlich eines Beschlusses aus, der nach dem 1. Januar 2017 mit derselben Mehrheit von Vertragsstaaten zu fassen ist, wie sie für die Annahme einer Änderung des Statuts erforderlich ist.“

⁴ BT-Drs. 17/10975, S. 6.

⁵ Zur Übernahme der Anforderungen von Kampala in die deutsche Rechtsordnung siehe Hoven, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, S. 339; Frau, Der Staat 53 (2014), 533; Krieger, DÖV 2012, 449; Oeter, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2012, S. 101.

⁶ Siehe hierzu Jeßberger, ZIS 2015, 514.

⁷ Zur Einbeziehung der Wissenschaft vgl. Greßmann, NK 2014, 311 (315 f.).

⁸ Online unter:

http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Aenderung_Voelkerstrafgesetzbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (29.11.2016).

⁹ Vgl. den Stenographischen Bericht, online unter:

<http://dipbt.bundestag.de/dip21/brp/945.pdf> (29.11.2016).

Abs. 4 Nr. 4 des Gesetzentwurfes vorgesehene Aufnahme des § 111 StGB in den Katalog der Straftaten, bei deren Begehung die Einziehung sogenannter Beziehungsgegenstände ermöglicht wird, sachgerecht verortet wird, und ob eine entsprechende Regelung tatsächlich erforderlich ist.¹⁰ Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zugesagt, die Erwägungen des Bundesrates im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen.¹¹

Die erste Lesung im Deutschen Bundestag fand am 9.6.2016 statt. Der Entwurf wurde federführend dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz (ARV) und mitberatend dem Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe zugewiesen.¹² Am 26.9.2016 fand vor dem AVR eine Sachverständigenanhörung zu dem Entwurf statt.¹³

Es war nicht die erste Befassung des ARV mit dem VStGB in diesem Jahr. Bereits am 25.4.2016 fand eine Anhörung zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Keine Strafflosigkeit bei Kriegsverbrechen – Völkerstrafprozesse in Deutschland voranbringen“¹⁴ statt.

IV. Umsetzung: Leitlinien und zentrale Elemente

1. Leitlinien

Anlass des Gesetzentwurfs war das Bestreben, dem völkerrechtlichen Grundsatz der Komplementarität Rechnung zu tragen. Deutschland hatte sich engagiert an den Kompromissen von Kampala beteiligt und wollte sicherstellen, dass Verbrechen der Aggression auch durch nationale Behörden verfolgt und abgeurteilt werden können.

Nicht zuletzt als Ergebnis der bereits erwähnten Vorarbeiten, namentlich der Anhörung im Herbst 2013, war zentraler Leitgedanke bei der Ausarbeitung eines Referentenentwurfs eine möglichst enge Orientierung an den Beschlüssen von Kampala. Auch wenn keine völkerrechtliche Pflicht zur Umsetzung in nationales Recht bestand, wollte Deutschland die Änderungen im Römischen Statut im deutschen Strafrecht möglichst nahtlos abbilden.

Nach der bisherigen Rechtslage (§§ 80 und 80a StGB) ist das Ergebnis der Konferenz von Kampala indes nicht vollständig abgedeckt. Insbesondere die tatsächliche Begehung einer Angriffshandlung ist im deutschen Recht bislang nicht strafbar. § 80 StGB erfasst ausschließlich Vorbereitungshandlungen, § 80a StGB stellt nur das Aufstacheln zu einem Angriffskrieg unter Strafe.

Entsprechend der Ergebnisse der breiten Beteiligung von Wissenschaft und Praxis lag den Überlegungen im BMJV aber auch der Gedanke zu Grunde, die bisherige Tradition der Strafbarkeit von Angriffshandlungen zu bewahren. Maßgeblich war dabei der Verfassungsauftrag in Art. 26 Abs. 1 GG. Danach sind „Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Vorbereitung eines Angriffskrieges“ verfassungswidrig und unter Strafe zu stellen.

Der Gesetzentwurf sollte daher die beiden Elemente verbinden, wobei mit Blick auf das Rechtsgut eine deutliche Verschiebung des Charakters hin zu einem völkerrechtlich geprägten Weltfriedensdelikt beabsichtigt war. Rechtsgut ist die Sicherung des internationalen Friedens und die Durchsetzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots.

Nicht zuletzt diese Erwägung lag auch der Wahl des geeigneten Standorts zu Grunde. Um der völkerrechtlichen Prägung des neuen Straftatbestands besonderen Ausdruck zu verleihen, fiel die Wahl statt auf das Strafgesetzbuch – etwa unter dem Titel „Friedensverrat“ als Ergänzung des bisherigen § 80 StGB – auf das Völkerstrafgesetzbuch. Damit konnte auch ein einheitlicher Sachzusammenhang zu allen anderen Völkerstraftaten (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen) des Römischen Statuts gewährleistet werden, die allesamt im VStGB geregelt sind.

2. Struktur und zentrale Elemente

Kernstück des Gesetzentwurfs ist ein neuer § 13 VStGB, der in einem eigenen Abschnitt „Verbrechen der Aggression“ seinen Niederschlag findet. Damit folgt das VStGB der im Römischen Statut festgelegten Reihenfolge der Völkerstraftaten.

„§ 13 VStGB-E

Verbrechen der Aggression

(1) Wer einen Angriffskrieg führt oder eine sonstige Angriffshandlung begeht, die ihrer Art, ihrer Schwere und ihrem Umfang nach eine offenkundige Verletzung der Charta der Vereinten Nationen darstellt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Wer einen Angriffskrieg oder eine sonstige Angriffshandlung im Sinne des Absatzes 1 plant, vorbereitet oder einleitet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft. Die Tat nach Satz 1 ist nur dann strafbar, wenn

1. der Angriffskrieg geführt oder die sonstige Angriffshandlung begangen worden ist oder

2. durch sie die Gefahr eines Angriffskrieges oder einer sonstigen Angriffshandlung für die Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt wird.

(3) Eine Angriffshandlung ist die gegen die Souveränität, die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit der Charta der Vereinten Nationen unvereinbare Anwendung von Waffengewalt durch einen Staat.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 25.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 18/8621, S. 26.

¹² Die Reden wurden zu Protokoll gegeben, online unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18176.pdf> (29.11.2016).

¹³ Zu Beschlussempfehlung und Bericht des ARV vgl. BT-Drs. 18/10509, online unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/105/1810509.pdf>.

¹⁴ BT-Drs. 18/6341; siehe auch: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoeerungen/voelkerstrafprozesse/416510> (29.11.2016) sowie den Beitrag von Bentele, ZIS 2016, 803.

(4) Beteiligter einer Tat nach den Absätzen 1 und 2 kann nur sein, wer tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken.

(5) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren und in minder schweren Fällen des Absatzes 2 Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.“

Absätze 1 und 2 des vorgeschlagenen § 13 VStGB umschreiben die maßgeblichen Tathandlungen, Absatz 3 enthält eine präzise, an das Römische Statut angelehnte Definition des Begriffs der Angriffshandlung, Absatz 4 regelt die möglichen Formen der Beteiligung unter Einbindung der so genannten Führungsklausel, Absatz 5 enthält schließlich differenzierte Bestimmungen zur Strafzumessung.

a) Durchführung eines Angriffskrieges

Die in § 13 Abs. 1 VStGB-E beschriebene Tathandlung stellt im nationalen Recht erstmals die tatsächliche Durchführung eines Angriffskrieges unter Strafe.

Der Entwurf entscheidet sich gegen eine einheitliche Übernahme der in Art. 8^{bis} des Römischen Statuts beschriebenen Tathandlungen („Planung, Vorbereitung, Einleitung oder Ausführung“) in einen Absatz. Damit erhält die Ausführung der Angriffshandlung als schwerste Form der Aggression einen besonderen Stellenwert. Mit Blick auf die Rechtsfolge (lebenslange Freiheitsstrafe) konnte damit auch gesetzestechnisch eine klare Lösung geschaffen werden.

Der Tatbestand nennt bewusst sowohl den Begriff der Angriffshandlung als auch den des Angriffskrieges und folgt damit der oben erwähnten Leitlinie, nach der die Umsetzung neben der engen Orientierung an Kampala die bisherige nationale Rechtstradition sowie die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 26 GG berücksichtigen soll. Der Begriff des Angriffskrieges soll dabei – auch vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) – als Prototyp einer Angriffshandlung dienen und die herausragende Schwere des Delikts als „crime of crimes“ verdeutlichen. Gleichzeitig betont der Entwurf in besondere Weise die historische Verantwortung Deutschlands aus zwei verheerenden Weltkriegen für das friedliche Zusammenleben der Völker.

Indes verzichtet der Entwurf bewusst auf eine nähere Beschreibung der Tathandlung des „Führens“ bzw. des „Begehens“. Ähnlich wie bei Tatbeständen aus dem Kernstrafrecht soll es Aufgabe von Praxis und Wissenschaft sein, diese Begriffe ohne zu enge Vorgaben des Gesetzgebers mit Leben zu füllen.

b) Schwellenklausel

In wortgleicher Formulierung übernimmt der Entwurf die so genannte Schwellenklausel, die im Merkmal der „offenkundigen Verletzung“ zum Ausdruck kommt. Sie dient als tatbestandliches Korrektiv, um Grauzonen und völkerrechtlich umstrittene Fallkonstellationen aus dem Anwendungsbereich herauszufiltern. Diese bewusst hohe Schwelle wird durch objektive Merkmale qualitativer („Art“) und quantitativer

(„Schwere und Umfang“) Natur konkretisiert, wobei nach dem Wortlaut der Verbrochenselemente¹⁵ mindestens zwei der Kriterien erfüllt sein müssen. Als eindeutiger Fall kann etwa die dauerhafte Annektierung oder Unterwerfung eines fremden Staatsgebiets bezeichnet werden, unzweifelhaft ist selbstredend der kriegerische Angriff als Prototyp einer Angriffshandlung. Eindeutig nicht erfasst sind wiederum humanitäre Aktionen, weil sie ihrer Art nach die VN-Charta nicht eindeutig verletzen. Letztendlich wird aber stets die richterliche Würdigung des Einzelfalls maßgeblich sein.

c) Planen, Vorbereiten und Einleiten

§ 13 Abs. 2 VStGB-E erfasst die klassischen Vorbereitungshandlungen des Planens, Vorbereitens und Einleitens, die in dieser zeitlichen Abfolge zueinander stehen. Je weiter die Tathandlung in das Vorfeld der Rechtsgutsverletzung verlagert ist, desto enger sollten die Merkmale ausgelegt werden.

Die Strafbarkeit der Planung rechtfertigt sich dabei – in deutlicher Abgrenzung zum schlichten inneren Nachdenken über einen Plan – durch die regelmäßige Außenwirkung und der damit verbundenen Gefahr für das Rechtsgut des Weltfriedens in Gestalt schwer beherrschbarer gruppendynamischer Prozesse.

Das Einleiten wiederum dürfte meist am Ende der Vorbereitung stehen und sich regelmäßig als „unmittelbares Ansetzen“ zur Durchführung darstellen. Damit erfasst das Einleiten als eigener Tatbestand die Versuchsstrafbarkeit zur Tathandlung in Absatz 1, für die damit kein Raum mehr sein dürfte. Der „Versuch“ des Durchführens unterliegt damit den Anforderungen von § 13 Abs. 2 VStGB-E, namentlich der Erfüllung der objektiven Bedingung der Strafbarkeit.

Danach wird in § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VStGB-E entsprechend den Verbrochenselementen zum Römischen Statut die Strafbarkeit von der tatsächlichen Begehung der Aggressionshandlung abhängig gemacht.¹⁶ Diese Konstellation dürfte in der Regel die Fälle erfassen, in denen die Angriffshandlung ohne Zutun des Täters bzw. nicht von ihm selbst zur Ausführung gelangt ist. Gleichwohl muss sich der Tatbeitrag des Täters in der Ausführungshandlung wiederfinden. Der Wortlaut der Verbrochenselemente („The act [...] was committed“; *Hervorhebung* durch die Autoren), der im Entwurf entsprechend übernommen wurde („die Tat“), dürfte keinen anderen Schluss zulassen als den, dass es sich um die vom Täter vorbereitete Handlung und nicht etwa um einen Krieg auf Grund eines völlig anderen Plans handeln muss. Mit der Einführung einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit dürfte auch die Strafbarkeit des Versuchs der Vorbereitung ausgeschlossen sein.

¹⁵ „The act of aggression, by its character, gravity and scale, constituted a manifest violation of the Charter of the United Nations.“

¹⁶ „The act of aggression – the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations – was committed.“

Die in § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VStGB-E formulierte objektive Bedingung der Strafbarkeit entspricht der bisherigen Regelung des § 80 StGB, wonach Voraussetzung der Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung die Herbeiführung eines konkreten Gefährdungserfolges ist. Über die Beschlüsse von Kampala hinausgehend ist danach die tatsächliche Durchführung der Angriffshandlung nicht erforderlich, vielmehr reicht zur Strafbarkeit eine entsprechende Kriegsgefahr. Damit wird eine Abschwächung der bisherigen Strafbarkeit vermieden.

d) Angriffshandlung

Die Definition der Angriffshandlung in § 13 Abs. 4 VStGB-E übernimmt den Wortlaut von Kampala, verzichtet aber bewusst auf die Aufzählung der verschiedenen Begehungsvarianten aus Art. 8^{bis} Abs. 2 S. 2 des Römischen Statuts. Ein Gewinn an Bestimmtheit dürfte damit nicht verbunden gewesen sein. Die Liste findet sich indes als Auslegungshilfe für den Rechtsanwender in den Erläuterungen wieder.

e) Führungsklausel

Auch § 13 Abs. 4 VStGB-E orientiert sich bei der Formulierung der Führungsklausel eng an Kampala. Ausschließlich Personen in staatlicher Machtposition unterliegen damit der Strafbarkeit. Nach den Kategorien des deutschen Strafrechts dürfte es sich dabei um ein absolutes Sonderdelikt handeln. Ziel der Führungsklausel ist es, eine Konzentration auf die wirklich Verantwortlichen zu ermöglichen und den „einfachen“ Soldaten aus dem Kreis möglicher Straftäter bei Kampfeinsätzen herauszuhalten.

Nach dem Entwurf sollte der Täter zwar dem Staat, von dem die Aggression ausgeht, zuzurechnen sein, er muss indes nicht Teil eines entsprechenden Staatsorgans sein bzw. selbst eine formale Organstellung innehaben. Maßgeblich ist eine effektive Kontrolle über staatliches Handeln, die auch etwa von Vertretern der Wirtschaft oder einer Religion ausgeübt werden kann. Indes ist die Einbeziehung nicht-staatlicher Akteure wie etwa dem so genannten „Islamischen Staat“ ausgeschlossen. Der Gesetzentwurf bewegt sich damit auf dem Boden gefestigten Völker(gewohnheits-)rechts, zumal die Entwicklung asymmetrischer Konflikte durch die Beteiligung nicht-staatlicher Gruppierungen wegen der ihnen innewohnenden Dynamik derzeit noch schwer abschätzbar ist.

f) Strafbarkeit der Teilnahme

Die Frage, wie ein Teilnehmer an einer Angriffshandlung strafrechtlich zu behandeln ist, wurde durch Art. 25^{bis} Abs. 3 des Römischen Statuts geklärt. Danach muss die Führungseigenschaft in gleicher Weise wie beim Haupttäter vorliegen. Materiell-rechtlich bedeutet dies eine Abweichung von der allgemeinen Regel in § 28 Abs. 1 StGB, der beim Fehlen der maßgeblichen persönlichen Merkmale (hier: Führungseigenschaft) eine Strafmilderung und gerade keinen Ausschluss der Strafbarkeit vorsieht.

g) Strafandrohung

Durch die Aufteilung der Tathandlungen in die Absätze 1 (Ausführung) und 2 (Vorbereitung) konnte bei der Strafan-

drohung die in § 13 Abs. 5 VStGB-E geregelte differenzierte Lösung in übersichtlicher Weise umgesetzt werden. Aufgrund der in Artikel 8^{bis} Abs. 2 S. 2 des Römischen Statuts angelegten Spannweite möglicher Begehungsvarianten – von der Zurverfügungstellung von Hoheitsgebiet über die Blockade von Häfen bis zur Invasion fremden Hoheitsgebiets – sind zahlreiche Situationen denkbar, in denen von sehr unterschiedlicher Tatschwere auszugehen sein dürfte. Anders als bei einer starren Punktstrafe erhält das erkennende Gericht mit der hier vorgeschlagenen Lösung ausreichend Spielraum, um den abstrakten Unrechtsabstufungen angemessen Rechnung zu tragen.

h) Strafanwendungsrecht

Im Bereich des Strafanwendungsrechts stand die Bundesregierung vor der Frage, ob das Weltrechtsprinzip aus § 1 VStGB auch für den neuen Tatbestand der Aggression gelten soll. Der Entwurf entscheidet sich dagegen. Das Weltrechtsprinzip als Abweichung vom völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz rechtfertigt sich dadurch, dass die Verteidigung universell anerkannter Rechtsgüter in erster Linie im Interesse der Staatengemeinschaft liegt und keine innere Angelegenheit eines Staates darstellt. Indes ist das Verbrechen der Aggression in der hier vorliegenden Konstellation in hohem Maße von außenpolitischer Bedeutung geprägt. Es betrifft schwerwiegende Konfliktlagen zwischen zwei oder mehreren Staaten und erfasst in persönlicher Hinsicht nur die oberste Führungsspitze eines Staates. In Fällen ohne jeglichen Bezug zu Deutschland sollte daher ausländischen oder internationalen Strafverfolgungsbehörden der Vortritt gelassen werden.

Eine materiell-rechtliche Lösung der Strafanwendung in § 1 VStGB erschien gegenüber einer prozessualen Regelung in § 153f StPO, die für alle anderen völkerrechtlichen Kernverbrechen gilt, vorzuzugswürdig. Danach kann der Generalbundesanwalt in Fällen ohne Deutschlandbezug von der Strafverfolgung absehen. Im Unterschied zu den weiteren Völkerstraftaten sollte für das neue Verbrechen der Aggression ein klares Instrument zur raschen Entscheidung über die Strafverfolgung zur Verfügung gestellt werden, auch, um den Anschein eines weltweit anwendbaren Strafrechts von vornherein zu vermeiden.

i) Sonstiges

Neben der Aufhebung von § 80 StGB sieht der Entwurf die Streichung von § 80a StGB vor, der das Aufstacheln zum Angriffskrieg unter Strafe stellt und dabei auf § 80 StGB Bezug nimmt. Ergebnis der umfangreichen Vorarbeiten im BMJ – einschließlich der Expertenanhörung im Herbst 2013¹⁷ – war, dass eine Übernahme des Regelungsgehalts von § 80a StGB strafrechtlich nicht erforderlich und im Übrigen auch nicht völkerrechtlich geboten ist. Da § 13 VStGB-E auch das Führen eines Angriffskrieges unter Strafe stellt, erfasst § 111 StGB (öffentliche Aufforderung zu Straftaten) künftig auch die bislang in § 80a StGB geregelten Fälle des „Aufstachelns

¹⁷ Siehe oben unter II.

zum Angriffskrieg“, ohne dass Regelungslücken zu befürchten wären.

V. Ausblick

Das nationale Gesetzgebungsvorhaben liegt gut in der Zeit, um das Gesetz rechtzeitig vor dem geplanten Inkrafttreten am 1.1.2017 zu verabschieden. Damit werden die Änderungen des VStGB möglicherweise noch vor Aktivierung der Gerichtsbarkeit des IStGH selbst in Kraft treten. Nach Art. 15^{bis} und 15^{ter} des IStGH-Statuts bedarf die Aktivierung der IStGH-Gerichtsbarkeit der Ratifikation oder Annahme der Änderungen durch 30 Vertragsstaaten sowie eines Beschlusses der Vertragsstaatenkonferenz nach dem 1.1.2017 mit einer absoluten Mehrheit von zwei Dritteln.

Derzeit haben 30 Mitgliedstaaten die Ergänzung des Römischen Statuts ratifiziert, zuletzt Palästina¹⁸ am 26.6.2016. Die Vertragsstaatenkonferenz wird sich turnusgemäß im Herbst 2017 erneut treffen, so dass frühestens dann mit dem notwendigen Beschluss zur Aktivierung der IStGH-Gerichtsbarkeit gerechnet werden kann. Ob die Mitgliedstaaten tatsächlich eine Mehrheitsentscheidung genügen lassen wollen oder – dann wohl erst in einer späteren Konferenz – eine einstimmige Entscheidung anstreben werden, bleibt abzuwarten.

¹⁸ Zur Aufnahme Palästinas als Mitgliedstaat des IGHSt und den daraus resultierenden Problemen siehe *Stegmiller*, ZaöRV 75 (2015), 435.

Völkerstrafprozesse in Deutschland voranbringen – Eine rechtspolitische Betrachtung*

Von Rechtsanwältin **Denise Bentele**, Berlin**

Ende 2015 ist nach über vierjähriger Hauptverhandlung das erste Urteil auf Grundlage des Völkerstrafgesetzbuches ergangen. Das Verfahren hat gezeigt, dass das Gesetz den „Praxistest“ bestanden hat. Zugespißt im Monitum des Senatsvorsitzenden bei der Urteilsbegründung – „So geht es nicht. Ein solches Mammutverfahren ist mit den Mitteln der Strafprozessordnung nicht in den Griff zu kriegen.“ – ist aber auch deutlich geworden, dass strukturelle und strafprozessuale Nachjustierungen notwendig sind.

Der Beitrag präsentiert eine parlamentarische Initiative, die Ansätze aufzeigt, wie möglicherweise die in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten in den Griff bekommen werden können. Neben der Aufstockung der finanziellen und personellen Ressourcen der entsprechenden Einheiten beim Bundeskriminalamt und beim Generalbundesanwalt wird insbesondere die Einrichtung einer interdisziplinären Expertengruppe zur Lösung der strafprozessualen Probleme vorgeschlagen. Die Initiative war Gegenstand einer Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags im April 2016.

I. Ausgangspunkt

Am 28.9.2015 endete der erste Prozess auf Grundlage des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) vor dem OLG Stuttgart mit (erstinstanzlichem) Urteil.¹ Die in Deutschland lebenden Ruander Dr. Ignace M. und Straton M. wurden wegen Rädelsführerschaft in der ausländischen terroristischen Vereinigung FDLR („Forces Démocratiques de Liberation du Rwanda“), einer im Osten der Demokratischen Republik Kongo operierenden Milizengruppe, deren Präsident bzw. Vizepräsident sie gewesen waren, verurteilt; Dr. Ignace M. außerdem wegen Beihilfe zu (vier) Kriegsverbrechen. Er hatte im Jahr 2009 Massaker an der Zivilbevölkerung in mehreren ostkongolesischen Dörfern gefördert. 13 Jahre Freiheitsstrafe verhängte der 5. Strafsenat in seinem Fall, acht Jahre für Straton M.

II. Schwerpunkt: Schwerste Menschenrechtsverletzungen ahnden

In der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hatte man den Verlauf des viereinhalbjährigen Prozesses mit Interesse verfolgt. Die Verhinderung von schwersten Menschenrechtsverletzungen und die Ahndung von bereits begangenen als Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen

gegen die Menschlichkeit sind seit vielen Jahren ein Schwerpunkt grüner Menschenrechtspolitik.² Zudem handelt es sich beim Völkerstrafgesetzbuch um ein Projekt aus rot-grüner Regierungszeit,³ was das Interesse am „Praxistest“ des Gesetzes nochmals erhöhte.

Als sich das Ende des Prozesses abzeichnete, war für die Abgeordneten der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zweierlei erkennbar: Erstens war deutlich geworden, dass das VStGB den Praxistest bestanden hat. Zu einer Verurteilung aufgrund von Vorgesetztenverantwortlichkeit gemäß § 4 VStGB war es, anders als zu Beginn des Prozesses allseits erwartet, nicht gekommen, aber dass die Hürden für die Bejahung dieser Form der Tatbegehung hoch sein würden, war klar gewesen. Materiell-rechtlich war kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ersichtlich. Zweitens hatte sich gezeigt, dass die strukturellen und strafprozessualen Rahmenbedingungen eines solchen Prozesses dagegen einer gesetzgeberischen Feinjustierung bedürfen.

Von der Urteilsbegründung des Vorsitzenden Richters, Jürgen Hettich, ist vor allem sein erster Satz in Erinnerung geblieben: „So geht es nicht. Ein solches Mammutverfahren ist mit den Mitteln der Strafprozessordnung nicht in den Griff zu kriegen.“ Richter Hettich ist für diesen Satz viel gescholten worden. Aber neben der Frustration über ein langwieriges, oft konfliktives Verfahren, kann man den Satz auch als Aufforderung verstehen, die prozessualen Rahmenbedingungen so zu verbessern, dass künftige Völkerstrafprozesse vor deutschen Gerichten einfacher und straffer gehandhabt werden können. In diesem Sinne deckt sich die Analyse der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN mit der Einschätzung Hettichs.

Aufgrund dieser Einschätzung hat die Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN unter Federführung von Tom Koenigs, menschenrechtspolitischer Sprecher der Fraktion, und in enger Zusammenarbeit mit der Zivilgesellschaft, den

* Der Beitrag basiert auf dem mündlichen Vortrag der Autorin am 4.6.2016 bei der zwölften Sitzung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht in Göttingen.

** Denise Bentele ist Rechtsanwältin und Referentin für Menschenrechtspolitik der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Für Amnesty International hat sie die Prozessbeobachtung des Verfahrens gegen Dr. Ignace M. und Straton M. bis Ende 2012 koordiniert.

¹ OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2015 – 3 StE 6/10.

² Vgl. speziell zum Themenkomplex Völkerstrafgesetzbuch: BT-Drs. 14/8524 (Gesetzentwurf); BT-Drs. 16/4099 (Kleine Anfrage); BT-Drs. 16/7137 (Antrag); BT-Drs. 17/1123 (Kleine Anfrage); BT-Drs. 18/6341 (Antrag). Weitere Initiativen zum Thema aus der laufenden Wahlperiode: Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Verfolgt, vertrieben, vergessen – Völkermord an den Rohingya verhindern“, BT-Drs. 18/2615; Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Die Beziehungen zwischen Deutschland und Namibia stärken und unserer historischen Verantwortung gerecht werden“, BT-Drs. 18/5385; Antrag CDU/CSU, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: „Erinnerung und Gedenken an den Völkermord an den Armeniern und anderen christlichen Minderheiten in den Jahren 1915 und 1916“, BT-Drs. 18/8613. Alle Bundestagsdrucksachen sind abrufbar unter <http://www.bundestag.de/dokumente/> (23.11.2016).

³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 15.3.2002, BT-Drs. 14/8524.

Antrag „Keine Strafflosigkeit bei Kriegsverbrechen – Völkerstrafprozesse in Deutschland voranbringen“⁴ entwickelt und zeitgleich mit Ende des Prozesses in den Bundestag eingebracht. Ziel des Antrages war es, sich politisch den in der juristischen Praxis zu Tage getretenen Problemen zu stellen und unter Nutzung von Strafrechtstheorie und -praxis Lösungswege aufzuzeigen. Dies erschien besonders wichtig, weil das Thema Völkerstrafrecht von der Agenda der anderen Fraktionen völlig verschwunden zu sein scheint.

III. Strukturelle Rahmenbedingungen

Im Völkerstrafrechtsreferat des Generalbundesanwalts sind derzeit sechs Staatsanwältinnen und Staatsanwälte beschäftigt. Die Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (ZBKV) ist kürzlich auf 16 Stellen aufgestockt worden.⁵ Die Zahl der Ermittlungsverfahren mit Vorwürfen nach dem VStGB liegt derzeit bei 65, davon sieben Strukturermittlungsverfahren.⁶ Da nur zwei dieser Verfahren aus den Anfangsjahren des Völkerstrafgesetzbuches bis 2009 (= Zeitpunkt der Einrichtung des Referats Völkerstrafrecht des Generalbundesanwalts beim BGH) stammen, wird der enorme Aufwuchs deutlich. Dass der Anstieg seit Einrichtung des Völkerstrafrechtsreferats erfolgte, zeigt zudem, dass eine verbesserte Struktur auch zu mehr Verfahren führt.

Noch deutlicher wird die gestiegene Arbeitsbelastung aber durch folgende Zahlen illustriert: Im Jahr 2013 hat die ZBKV vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) 25 Hinweise auf Straftaten nach dem VStGB erhalten. Zwei Jahre später waren es 2.149,⁷ was eine Steigerung um 8.500 % bedeutet, welche ihren Grund in den gestiegenen Zahlen von nach Deutschland Geflüchteten hat. Die enorme Zunahme von Hinweisen ist sehr zu begrüßen, bedeutet sie doch die Chance, Beweismittel zu erhalten und letztlich Strafflosigkeit entgegenwirken zu können. Um all diese Hinweise bearbeiten und die eingeleiteten Ermittlungsverfahren schnell und effektiv durchführen zu können, müssen aber die personellen und finanziellen Kapazitäten der genannten Ein-

heiten beim Generalbundesanwalt und beim Bundeskriminalamt ebenfalls aufwachsen. Aus Sicht von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sollen deshalb die strukturellen Rahmenbedingungen von Völkerstrafprozessen in Deutschland durch die Erhöhung der personellen und finanziellen Ausstattung des Völkerstrafrechtsreferates und der Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch verbessert werden.

IV. Strafprozessuale Modifikationen

Im Verfahren gegen Dr. Ignace M. und Straton M. vor dem OLG Stuttgart sind verschiedene strafprozessuale Schwierigkeiten aufgetreten, die dem internationalen Kontext und der enormen Komplexität des Verfahrens geschuldet waren. So konstatiert *Jeßberger*: „In der Tat lassen sich typische Unterschiede zwischen Völkerstraftaten und gewöhnlichen Straftaten als Gegenstand eines Strafprozesses feststellen: der Auslandsbezug der Tat, die Komplexität des Tatgeschehens, die politische Dimension der Tat sowie die Einbindung der deutschen Strafgewalt in ein Netz konkurrierender Strafgewalten unter dem Dach einer arbeitsteilig organisierten internationalen Strafrechtspflege.“⁸ Einige davon, beispielsweise die Zeugenvernehmung betreffend, sind auch schon in Prozessen aufgetreten, die noch auf Basis des § 220a StGB a.F. stattfanden, so im Verfahren gegen den ruandischen Bürgermeister Onesphore R. vor dem OLG Frankfurt.⁹ Dieser war aufgrund seiner Rolle im ruandischen Völkermord 1994 – und damit vor Inkrafttreten des VStGB im Jahre 2002 – wegen Völkermordes auf Grundlage des Strafgesetzbuches zu lebenslanger Haft verurteilt worden.¹⁰

Das bedeutet, dass die Schwierigkeiten nicht durch die materiell-rechtliche Grundlage bedingt sind, sondern es sich um prozessuale Probleme handelt, die in Völkerstrafprozessen typischerweise, aber nicht ausschließlich, vorkommen. Dies spricht aus Sicht der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gegen die Schaffung einer eigenen Völkerstrafprozessordnung. Notwendig (aber auch ausreichend) erscheint die Anpassung einzelner prozessualer Vorschriften an die Gegebenheit von Völkerstrafprozessen. Ein Beispiel dafür stellt § 244 Abs. 5 S. 2 StPO dar. Nach dieser Vorschrift kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn dessen Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist.

Die Initiative beschränkte sich auf die Nennung der wichtigsten Probleme (ohne konkrete Lösungen vorzugeben) und schlug zu deren Lösung die Einrichtung einer interdisziplinären Arbeitsgruppe aus Vertreterinnen und Vertretern aus Strafrechtslehre, -praxis und Zivilgesellschaft (einschließlich

⁴ Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Keine Strafflosigkeit bei Kriegsverbrechen – Völkerstrafprozesse in Deutschland voranbringen“ vom 14.10.2015, BT-Drs. 18/6341.

⁵ Schriftliche Frage 13 der Abgeordneten Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 29.8.2016 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9512.

⁶ Schriftliche Frage 14 des Abgeordneten Dr. Frithjof Schmidt (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 29.8.2016 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9512; schriftliche Fragen 49 und 50 des Abgeordneten Tom Koenigs (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 13.7.2015 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, BT-Drs. 18/5596.

⁷ Schriftliche Frage 33 des Abgeordneten Dr. Frithjof Schmidt (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 4.4.2016 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8052.

⁸ *Jeßberger*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 13.

⁹ Vgl. dazu v. *Wistinghausen*, in: Safferling/Kirsch (Hrsg.), Völkerstrafrechtspolitik – Praxis des Völkerstrafrechts, 2014, S. 199 ff.

¹⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 29.12.2015 – 4-3 StE 4/10-4-1/15.

Opferbetreuung) vor. Neben der bereits genannten Schwierigkeit der Ablehnung einer Zeugenladung aufgrund eines Auslandsbezuges in einem internationalen Strafprozess bedürfen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) folgende Komplexe einer Überprüfung und ggf. Modifizierung:

- die vollständige gerichtliche Überprüfbarkeit staatsanwaltlicher Ermittlungsentscheidungen nach § 153f StPO,
- die frühestmögliche und kontinuierliche Sicherung von Beweismitteln,
- der umfassende Schutz der Identität der Zeuginnen und Zeugen vor, im und nach dem Strafprozess,
- die frühestmögliche psychosoziale Betreuung der Zeuginnen und Zeugen sowie die frühestmögliche Beordnung eines Zeugenbeistands,
- eine effektivere Einbindung der Nebenklägerinnen und Nebenkläger in das Verfahren,
- die Rechte der Verteidigung (Stichwort: „Waffengleichheit“), beispielsweise in Hinblick auf eigene Ermittlungstätigkeit und die Finanzierung von für die Verteidigungstätigkeit notwendigen Reisen in das Tatortgebiet,
- eine Mehrfachbesetzung der Pflichtverteidigung,
- die Erstellung eines Wortprotokolls der mündlichen Verhandlung,
- eine umfassendere Information der Öffentlichkeit über den jeweiligen Prozess in Deutschland sowie im Tatortstaat,
- die Verbesserung des Austausches von Ermittlungsergebnissen zum selben Sachverhalt durch nationale und internationale Strafverfolgungsbehörden.

V. Der Verlauf des parlamentarischen Verfahrens

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat auf Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im April 2016 eine öffentliche Anhörung abgehalten, in der sieben von den Fraktionen benannte Sachverständige¹¹ die Vorschläge des Antrages analysiert und bewertet haben.¹² Die Stellungnahmen können hier nicht im Einzelnen wiedergegeben wer-

den¹³, einige Beobachtungen sollen aber herausgegriffen werden:

- Alle Sachverständigen begrüßten die Forderung nach einer finanziellen und personellen Aufstockung von Völkerstrafrechtsreferat und ZBKV (vgl. oben unter III.).
- Keiner der Sachverständigen sprach sich für die Schaffung einer „VStPO“, also eines Sonderstrafprozessrechtes für Völkerstrafrechtsfälle aus, sondern alle sahen (in unterschiedlichem Maße) Nachbesserungsbedarf an den bestehenden Regeln der StPO.
- Anders als in den Anfangsjahren des VStGB ist die Debatte versachlicht. Der Hauptvorwurf aus der Zivilgesellschaft, das Völkerstrafgesetzbuch sei ein „Gesetz ohne Anwendungsfall“, wird aufgrund der verstärkten Anwendung so nicht mehr erhoben und auch auf Seiten der Generalbundesanwaltschaft ist die Bereitschaft zur kritischen Überprüfung gestiegen.¹⁴
- Während sich die Sachverständigen in der Analyse der Probleme oft einig waren, divergierten die Lösungsansätze zum Teil erheblich.¹⁵ Besonderer Diskussionsbedarf scheint bei der adäquaten Einbindung der Nebenklägerinnen und Nebenkläger zu bestehen¹⁶ sowie bei der Erstellung eines Wortprotokolls.¹⁷ Intensiv wurde auch die im Prozess gegen Dr. Ignace M. und Straton M. erfolgte Anonymisierung von Zeugenaussagen zum Schutz dieser Zeuginnen thematisiert. Diese hatte zu einer Minderung ihres Beweiswertes geführt,¹⁸ was letztendlich zum Fallenlassen der betreffenden Anklagepunkte (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung betreffend) durch die Generalbundesanwaltschaft führte. Hier bedarf es einer Lösung, die die berechtigten Bedürfnisse nach umfassen-

¹¹ Als Sachverständige geladen waren die Professoren *Robert Heinsch* (Universität Leiden), *Florian Jeßberger* (Universität Hamburg), *Claus Kreß* (Universität zu Köln), *Christoph Safferling* (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) und *Gerhard Werle* (Humboldt-Universität zu Berlin), aus der Zivilgesellschaft *Wolfgang Kaleck* (Generalsekretär und Legal Director des European Center for Constitutional and Human Rights e.V.) sowie *Christian Ritscher*, Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof, der als Oberstaatsanwalt mit dem Prozess gegen Dr. Ignace M. und Straton M. befasst war.

¹² Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Keine Strafflosigkeit bei Kriegsverbrechen – Völkerstraßprozesse in Deutschland voranbringen“, 25.4.2016.

¹³ Die Stellungnahmen sowie das Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung sind unter

www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoeerunge/volkerstraßprozesse/416510 (23.11.2016) abrufbar.

¹⁴ Ähnlich äußerte sich auch der Sachverständige *Kaleck*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 13.

¹⁵ Ein Beispiel dafür bietet die Auseinandersetzung um § 153f StPO: richterliches Zustimmungserfordernis contra Möglichkeit eines Klageerzwingungsverfahrens, vgl. Sachverständiger *Heinsch*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 12.

¹⁶ Sachverständige *Claus Kreß* und *Wolfgang Kaleck*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 15, 26.

¹⁷ Sachverständige *Claus Kreß*, *Christoph Safferling* und *Gerhard Werle*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 15, 18 f.

¹⁸ Vgl. dazu EGMR, Urte. v. 17.11.2005 – 73047/01 (Haas/Deutschland): „Where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 [of the European Convention on Human Rights]“.

dem Schutz der Zeuginnen und das Interesse an der Strafverfolgung der Täter vereinbaren. *Ritscher* hatte zur Lösung des Problems vorgeschlagen, „dass sich tatsächlich der Senat auf den Weg macht, in das Land reist und dort die Personen auch anonymisiert [...] oder per Videoübermittlung vernimmt.“¹⁹

- In der Anhörung wurden auch bereits einige konkrete Lösungsvorschläge für die herausgearbeiteten Probleme gemacht, so zum Beispiel die Aufnahme der Völkerstrafaten in den Katalog der Nebenklagedelikte,²⁰ ein gerichtliches Zustimmungserfordernis bei einer Einstellung nach § 153f StPO²¹ oder ganz praktische Vorschläge wie die Veröffentlichung der Pressemitteilungen über einen Völkerstraftprozess – mindestens – in englischer Sprache.²²

In der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses äußerten sich alle Fraktionen sowie sechs der sieben Sachverständigen positiv zur Einrichtung einer interdisziplinären Arbeitsgruppe, von Professor *Werle* nach dem Vorbild der „Arbeitsgruppe Völkerstrafrecht“ als „Arbeitsgruppe Völkerstrafrechtspraxis“ titulierte,²³ so dass die Vorsitzende des Rechtsausschusses, Renate Künast, zum Schluss der Anhörung ankündigte, die bestehende Einigkeit für eine interfraktionelle Initiative zu nutzen,²⁴ da sich aufgrund der laufenden Strafprozessordnungsreform gerade ein window of opportunity für Änderungen an der Strafprozessordnung öffne. Ein solcher interfraktioneller Antrag wurde daraufhin im Mai 2016 initiiert. Anders als zunächst angekündigt, hat die Koalition diesen interfraktionellen Antrag aber nicht unterstützt. Den Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat sie in den Ausschüssen abgelehnt.

¹⁹ Sachverständiger *Christian Ritscher*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 23.

²⁰ Sachverständiger *Christian Ritscher*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 16.

²¹ Sachverständiger *Gerhard Werle*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 19.

²² Sachverständiger *Christoph Safferling*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 18.

²³ Sachverständiger *Gerhard Werle*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 19.

²⁴ MdB *Renate Künast*, Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung am 25.4.2016, S. 34.

„Foreign Fighters“ und Kriegsvölkerstrafrecht*

Von Bundesanwalt b. BGH **Christian Ritscher**, Karlsruhe

I. Die Bezeichnung „foreign fighter“ hat sich in den jüngeren sicherheitspolitischen Debatten als festumrissener Begriff etabliert. Das Phänomen der „foreign fighters“ ist, um das Ergebnis vorweg zu nehmen, eine Kategorie, die bei der Verfolgung von Völkerstraftaten letztlich nur eine untergeordnete Rolle spielt.

Als „foreign fighter“ werden gemeinhin Kämpfer bezeichnet, die, Söldnern ähnlich, für einen Einsatz im (häufig nichtinternationalen) bewaffneten Konflikt in das Konfliktgebiet einreisen, um sich einer Konfliktpartei anzuschließen und für diese an Kampfhandlungen teilzunehmen.¹

Begehen solche Kämpfer Kriegsverbrechen oder andere Völkerstraftaten nach dem VStGB, sind sie, gleich den „ortsansässigen“ Kämpfern, gegebenenfalls strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen, etwa wegen Verstoßes gegen das humanitäre Völkerrecht. Das Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), mithin das materielle Völkerstrafrecht, differenziert an keiner Stelle zwischen „foreign fighters“ und ortsansässigen Kämpfern.

Für die hiesige Strafverfolgungspraxis insgesamt ist das Phänomen der „foreign fighters“ allerdings durchaus eine relevante Kategorie, schafft eine Ausreise aus Deutschland ins Kriegsgebiet doch einen Deutschlandbezug, der es in aller Regel angezeigt erscheinen lässt, von einem etwaigen Ermessen nach § 153f StPO keinen Gebrauch zu machen und nicht von der Verfolgung von Straftaten nach dem VStGB abzusehen.

Dies gilt insbesondere für „foreign fighters“ deutscher Staatsangehörigkeit (in solchen Fällen ist ein Absehen von Strafverfolgung nach dem Tatbestand des § 153f Abs. 1 StPO ohnehin nur möglich, wenn eine anderweitige Strafverfolgung erfolgt), aber auch für solche, die zwar keine deutsche Staatsangehörigkeit haben, wohl aber zuvor ihren gewöhnlichen oder letzten Aufenthalt in Deutschland hatten.

Tatsächlich liegt die Zahl der als „foreign fighter“ zu bezeichnenden Tatverdächtigen, denen Völkerstraftaten, insbesondere Kriegsverbrechen, vorgeworfen werden, gegenwärtig deutlich niedriger als die Zahl der Verdächtigen, die aus dem Tatortstaat selbst stammen, zur Tatzeit dort wohnhaft waren und erst im Anschluss an die ihnen jeweils zur Last gelegten Taten den Tatortstaat verließen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Kriegsschauplätze im Nahen und Mittleren Osten, was sich zwanglos mit der Zahl der aus dieser Krisenregion eingereisten Personen erklären lässt; diese ist jedenfalls signifikant höher als die Zahl derjenigen, die aus Deutschland in die Krisenregion gereist sind.

II. In einem derzeit bei dem OLG Frankfurt rechtshängigen Verfahren wird einem Angeklagten vorgeworfen, Kriegs-

verbrechen gegen Personen nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB begangen zu haben, indem er im syrischen Bürgerkrieg auf Stecken aufgespießte Köpfe von zuvor durch Dritte getöteten gegnerischen Kämpfern als Staffage für Selbstportraits (sog. Selfies) verwendet und diese Fotografien in sozialen Netzwerken verbreitet habe. Dieses Posieren mit Teilen identifizierbarer Leichen stellt zur Überzeugung des Generalbundesanwalts, welcher sich der Bundesgerichtshof im Ermittlungsverfahren angeschlossen hatte, eine entwürdigende und erniedrigende Behandlung von nach dem humanitären Völkerrecht geschützten Personen dar. Es ist völkerstrafrechtlich anerkannt, dass der Schutz des humanitären Völkerrechts über den Tod hinaus wirkt, so dass auch Leichen als Personen im Sinne von § 8 Abs. 6 Nr. 3 VStGB anzusehen sind. Der Tod der gegnerischen Kämpfer bewirkt deren Wehrlosigkeit, beraubt sie aber nicht des völkerstrafrechtlichen Schutzes.²

Bei diesem Angeklagten handelt es sich tatsächlich um einen „foreign fighter“, da er nach dem Ergebnis der Ermittlungen Deutschland, sein Geburtsland, verließ, um in Syrien auf Seiten einer nichtstaatlichen Miliz zu kämpfen. Die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung konnte ihm nicht zur Last gelegt werden, da nicht bekannt ist, in welche konkrete Vereinigung er sich eingegliedert hatte, nachdem er in Syrien angekommen war, auch wenn zu vermuten ist, dass er nicht als Einzelkämpfer handelte. So bleibt es bei dem Vorwurf eines Kriegsverbrechens. Dass er als gebürtiger Deutscher in den Krieg gezogen war, spielte letztlich aber für das Verfahren keine Rolle. Selbst unter dem Gesichtspunkt des § 153f StPO wäre nicht unterschiedlich verfahren worden, wenn der Angeklagte (nur) eine andere Staatsangehörigkeit als die deutsche besessen hätte, solange man seiner nur im Inland habhaft werden konnte.

III. Weitere beim Generalbundesanwalt geführte Verfahren im Zusammenhang mit der Krisenregion Syrien/Irak richten sich – soweit sie offen geführt werden – gegen Personen, die erst nach den ihnen zur Last gelegten Taten nach Deutschland eingereist sind, also keine „foreign fighters“ im Sinne der oben genannten Definition sind. Ihnen werden Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen (§ 10 VStGB) und gegen Personen (§ 8 VStGB) vorgeworfen. Wiederholt wurden darüber hinaus völkerstrafrechtliche Ermittlungen gegen in jüngerer Zeit nach Deutschland eingereiste Personen geführt, die letztlich zu keiner Verdichtung eines Anfangsverdachts geführt haben; sämtliche Beschuldigte dieser Verfahren kamen aus der Krisenregion erstmals nach Deutschland, sind also ebenfalls nicht als „foreign fighters“ anzusehen.

Ausgehend von der derzeitigen Situation ist also davon auszugehen, dass auch – zumindest in übersehbarer Zukunft – die Mehrzahl derjenigen Ermittlungsverfahren wegen Völ-

* Dem Beitrag liegt ein Kurzvortrag im Rahmen der Jahrestagung des Arbeitskreises Völkerstrafrecht am 3.6.2016 in Göttingen zu Grunde.

¹ Zur Definition siehe *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Foreign Fighters under International Law, 2014, S. 5.

² Der Angeklagte wurde am 12.7.2016 wegen Kriegsverbrechen gegen eine Person (§§ 8 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 6 Nr. 2 VStGB) zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt; das Urteil wurde vom Angeklagten mit der Revision angefochten.

kerstraftaten, die in der Region Syrien/Irak begangen wurden, gegen Personen geführt werden, die erst nach etwaiger Tatbegehung nach Deutschland eingereist sind, mithin nicht als „foreign fighters“ zu bezeichnen sind. Daneben, so darf prognostiziert werden, kann es aber durchaus auch Fälle geben, in denen sich Personen, die sich als Söldner oder auch aus ideologischen Gründen von Deutschland oder von dritten Staaten aus in ein Kampfgebiet begeben haben – z.B. in die Krisenregion im Nahen Osten oder in die Konfliktregion in der Ostukraine – wegen Kriegsverbrechen nach §§ 8 ff. VStGB strafbar gemacht haben und gegen die nach (Wieder-)Einreise nach Deutschland daher dementsprechende Strafverfahren geführt werden.

IV. Streng zu trennen ist eine Strafbarkeit sog. „foreign fighters“ wegen etwaiger Kriegsverbrechen von einer Strafbarkeit dieses Personenkreises nach allgemeinem Strafrecht. Hier kommt vor allem die bereits angesprochene Strafbarkeit nach § 129a StGB i.V.m. § 129b StGB in Betracht (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland), die bei außereuropäischen Vereinigungen indes nur verfolgt werden kann, wenn eine entsprechende Verfolgungsermächtigung des Bundesjustizministeriums (§ 129b Abs. 1 S. 3 StGB) und ein Inlandsbezug von Tat oder Täter vorliegen (§ 129b Abs. 1 S. 2 StGB).

Gegebenenfalls kommt für Deutsche oder aus Deutschland stammende Personen auch eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts in Betracht, wenn sie sich in einer Konfliktregion im nichtinternationalen bewaffneten Konflikt auf Seiten der nichtstaatlichen Partei an Kämpfen beteiligen. Denn den nichtstaatlichen Kämpfern steht völkerrechtlich – anders als Angehörigen der staatlichen Seite – kein Schädigungsrecht zu. Diese Asymmetrie im Kampfführungsrecht mag insbesondere in Deutschland im akademischen Diskurs unter Gerechtigkeitsaspekten (etwas stereotyp zwar, aber nicht ganz unberechtigt) bedauert werden,³ sie ist aber geltendes Recht,⁴ dem jedenfalls aus justizieller Perspektive zu folgen ist, ohne dass es vertiefter Diskussionen über deren Sinnhaftigkeit bedarf, selbst wenn sie in manchen Fällen zu durchaus problematischen Konstellationen führen kann.⁵ Dass sich hieran etwas ändern wird, ist indes nicht abzusehen, wird doch kein Land der Welt einer Rechtsentwicklung die Hand reichen, die einer Aufstandsbewegung, geht sie nur massiv genug vor, um ihre Aktivitäten in einen bewaffneten Konflikt einmünden zu lassen, schlussendlich ein Schädigungsrecht zubilligt.

So sehr man auch bedauern mag, dass der Anreiz, im bewaffneten Konflikt nach den Regeln des humanitären Völker-

rechts vorzugehen, verloren geht, wenn ein nichtstaatlicher Kämpfer damit rechnen muss, auch für Tötungen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, die nach humanitärem Völkerrecht erlaubt sind, so wenig erscheint es realistisch, dass sich eine Staatenpraxis herausbilden wird, die ein völkergewohnheitsrechtliches Schädigungsrecht für nichtstaatliche Kämpfer etabliert. Abgesehen von der soeben angedeuteten Argumentationslinie, nach der nichtinternationale bewaffnete Konflikte in aller Regel aus dem Ruder gelaufene Aufstandsgeschehnisse sind und sein werden, ist hierbei auch zu bedenken, dass das humanitäre Völkerrecht für die nichtstaatliche Seite statt eines Schädigungsrechts des nichtstaatlichen Kämpfers dessen Amnestierung nach Beendigung des Konflikts als geeignete Möglichkeit der (Wieder-)Herstellung der Strafbalance vorsieht.⁶

V. Solcherlei Erwägungen spielen letztlich aber bei der Verfolgung von Völkerstraftaten nur eine Nebenrolle. Werden einem Beschuldigten Völkerstraftaten zur Last gelegt, werden Straftaten nach dem StGB zwar im Rahmen einer allseitigen Kognition zum Gegenstand der Ermittlungen gemacht; sie werden aber nicht ganz selten, soweit sich dies entsprechend der Sachlage anbietet, nach Opportunitätsvorschriften im Hinblick auf die regelmäßig mit höherer Strafandrohung versehenen VStGB-Tatbestände eingestellt. Zu beachten ist hierbei natürlich auch, dass für das StGB, anders als für das VStGB, das Weltrechtsprinzip nicht gilt, so dass die Voraussetzungen des Strafanwendungsrechts der §§ 3-7 StGB jedenfalls für all die im Konfliktgeschehen begangenen Taten zu beachten sind, die nicht zugleich Tatbestände der §§ 6-12 VStGB verwirklichen.

Gerade das Universalitätsprinzip des § 1 VStGB führt dazu, dass es letztlich bei der gegenwärtigen Praxis des Generalbundesanwalts bleibt, den Blick bei der Verfolgung von Völkerstraftaten zunächst nicht darauf zu richten, ob der Tatverdächtige ein „foreign fighter“ ist oder ein (ehemaliger) Bewohner der Konfliktregion mit nicht-deutscher Staatsangehörigkeit. Das Völkerstrafrecht unterscheidet hier ebenso wenig wie das humanitäre Völkerrecht; entscheidend ist in allen Fällen einzig, ob es gelingt, einen Tatnachweis zu führen.

³ So zuletzt *Ambos*, ZIS 2016, 505 (516), der die Assimilierung von internationalem und nichtinternationalem bewaffneten Konflikt in Erinnerung ruft.

⁴ Vgl. hierzu *Hankel*, Das Tötungsverbot im Krieg, 2011, S. 33; *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 2. Aufl. 2013, Vor §§ 8 ff. VStGB, Rn. 37 m.w.N.

⁵ Siehe insoweit nur *Safferling*, in: Bouffier/Horn/Poseck/Radtke/Safferling (Hrsg.), Grundgesetz und Europa, Festschrift für Herbert Landau zum Ausscheiden aus dem BVerfG, 2016, S. 437 (449).

⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 5 ZP II zur Genfer Konvention vom 12.8.1949.

Neue „gemischte“ Tribunale – ein Überblick

Von **Franziska C. Eckelmans**, Den Haag*

*Der Beitrag gibt einen Überblick über derzeit im Entstehen begriffene oder erst seit kurzer Zeit bestehende „gemischte“ Tribunale. Als „gemischte“ oder hybride Tribunale bezeichnet man solche Strafgerichte, die eine gemischt internationale-nationale Rechtsgrundlage haben und deren Spruchkörper sich typischerweise aus nationalen und international bestellten, ausländischen Richtern** zusammensetzen.¹ In diesem Beitrag erörtert werden die Außerordentlichen Afrikanischen Kammern („Chambres Extraordinaires Africaine“, CAE), die Besonderen Kammern für Kosovo („Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office“, KSC) sowie die Besonderen Kammern der Zentralafrikanischen Republik („Cour Pénale Spéciale“, CPS).*

I. Die Außerordentlichen Afrikanischen Kammern – CAE

Die Außerordentlichen Afrikanischen Kammern sind auf Grundlage eines Vertrags zwischen der Afrikanischen Union und der Republik Senegal aus dem Jahr 2012 (CAE-Vertrag) eingerichtet worden, die sich auch auf das Statut geeinigt haben (CAE-Statut).² Senegal hat den Vertrag ratifiziert.³ Die Kammern sind Teil des senegalesischen Rechtssystems, bestehen mehrheitlich aus einer senegalesischen Richterschaft, aber sind auch mit einigen wenigen Richtern aus anderen afrikanischen Staaten besetzt. Die Gerichtsstruktur entspricht dem senegalesischen Gerichtssystem, welches wiederum auf dem französischen System beruht. Insofern ähneln diese Kammern dem Khmer Rouge Tribunal in Kambodscha („Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia“, ECCC) und den Besonderen Kammern der Zentralafrikanischen Republik. Ebenso wie diese bestehen die CAE-Kammern aus

Ermittlungsrichtern („juges d’instruction“⁴) mit dazugehöriger Rechtsmittelkammer („chambre africaine extraordinaire d’Accusation“⁵) und einer Hauptverfahrenskammer („chambre africaine extraordinaire d’Assises“⁶) mit dazugehöriger Rechtsmittelkammer („chambre africaine extraordinaire d’assises d’Appel“⁷, Art. 11 CAE-Statut). Ihr Sitz ist in Dakar (Senegal); sie sind Teil des senegalesischen Rechtssystems. Die jeweiligen Kammern nahmen ihre Arbeit zu Beginn der jeweiligen Prozessphase auf (Art. 31 CAE-Statut).

Die Besonderen Kammern sind materiell zuständig für Verletzungen des internationalen Rechts und Gewohnheitsrechts und von internationalen Verträgen,⁸ die von den Hauptverantwortlichen begangen wurden. Dies bezieht sich nach Art. 4 CAE-Statut auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Folter. Örtlich bezieht sich die Zuständigkeit nur auf Verbrechen im Tschad, die zwischen dem 7.6.1982 und dem 1.12.1990 begangen wurden (Art. 1 CAE-Vertrag). Dieser Zeitraum entspricht dem der Präsidentschaft von Hissène Habré, der seit Ende 1990 im Senegal lebt. Die Verbrechen unterliegen nach Art. 9 CAE-Statut nicht der Verjährung, allerdings war das Problem der Verjährung der Verbrechen gerade ausschlaggebend für die Errichtung der Besonderen Kammern und steht auch noch immer in der Kritik.⁹ Öffentliche Ämter schützen nicht vor Strafverfolgung (Art. 10 CAE-Statut).

Das Gericht beruht auf dem senegalesischen Rechtssystem und wendet senegalesisches Prozessrecht an (Art. 16, 22 CAE-Statut). Allerdings sieht Art. 25 Abs. 3 CAE-Statut vor, dass sich die Rechtsmittelkammer an der Rechtsprechung der Rechtsmittelkammern internationaler Tribunale orientieren kann. Opfer sind als Nebenkläger („partie civile“) am Verfahren beteiligt und können Entschädigung verlangen (Art. 14, 27 CAE-Statut). Ein Treuhandfonds mit freiwilligen Beiträgen ist für Entschädigungszwecke vorgesehen (Art. 28 CAE-Statut). Unabhängig davon, ob sie an dem Verfahren teilge-

* Dem Beitrag zu Grunde liegt ein Kurzvortrag zu den Besonderen Kammern für Kosovo, den die Autorin beim „Arbeitskreis Völkerstrafrecht“ im Juni 2016 in Göttingen gehalten hat. Die Autorin ist Legal Advisor der Appeals Division des Internationalen Strafgerichtshofes. Die beim Arbeitskreis und im vorliegenden Beitrag dargestellten Meinungen sind die der Autorin und können dem Internationalen Strafgerichtshof oder anderen Organisationen, mit denen die Autorin affiliert ist, nicht zugerechnet werden.

** Auf die jeweils ausdrückliche Nennung der weiblichen Form wurde aus Gründen der besseren Lesbarkeit verzichtet.

¹ Näher Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 6 Rn. 2; Werle/Jeffberger, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 81 ff.

² Vertrag v. 22.8.2012 mit Statut, abrufbar unter: <http://www.chambresafricaines.org/pdf/accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%20012.pdf> (1.12.2016).

³ Loi n° 2012-25, abrufbar unter: <http://www.chambresafricaines.org/pdf/accord%20ratifi%C3%A9%20entre%20UA%20et%20SENEGAL.pdf>

(1.12.2016); für einen Überblick, vgl. Williams, JICJ 2013, 1139.

⁴ Vier nationale Ermittlungsrichter („titulaires“) und zwei zusätzliche senegalesische Richter, die vom Präsidenten der Kommission der Afrikanischen Union ernannt wurden.

⁵ Drei nationale Richter der liierten senegalesischen Kammer („titulaire“) und ein zusätzlicher senegalesischer Richter, die vom Präsidenten der Kommission der Afrikanischen Union ernannt wurden.

⁶ Ein Präsident der Kammer aus einem Mitgliedstaat der Afrikanischen Union (nicht aus Senegal), zwei Richter der liierten senegalesischen Kammer („titulaire“) und zwei senegalesische Richter, die auf Vorschlag des senegalesischen Justizministers vom Präsidenten der Kommission der Afrikanischen Union ernannt wurden.

⁷ Vgl. Fn. 5.

⁸ Diese Verträge müssen sowohl vom Tschad als auch von Senegal ratifiziert sein.

⁹ Vgl. CAE Website:

www.chambresafricaines.org (1.12.2016), unter „Présentation des Chambres“, „Contexte de Création“.

nommen haben, kann Opfern eine Entschädigung zugesprochen werden (Art. 28 Abs. 2 CAE-Statut).

Lebenslange und zeitige Freiheitsstrafen sind als Strafen vorgesehen und werden – im Regelfall – im Senegal verbüßt (Art. 26 CAE-Statut).

Bevor die Besonderen Kammern überhaupt entstehen konnten, musste eine Einigung zwischen afrikanischen Staaten über ihre Finanzierung erfolgen. Dies geschah im November 2010. Der internationale Druck, eine solche Einigung zu erzielen, war groß, da die Opfer in Belgien Verfahren gegen Hissène Habré anstrebten, und Belgien daraufhin den Internationalen Gerichtshof (IGH) anrief.¹⁰ Dieser hatte zu entscheiden, ob Senegal verpflichtet war, Hissène Habré entweder auszuliefern oder eine Strafverfolgung gegen ihn einzuleiten. Am 20.7.2012 entschied der IGH, dass Senegal seinen Verpflichtungen aus der Folterkonvention von 1984 nicht nachgekommen ist, weil Senegal kein Strafverfahren gegen Hissène Habré eingeleitet hatte.¹¹

Die CAE-Kammern haben Hissène Habré, den ehemaligen Staatschef¹² des Tschad, am 30.5.2016 für Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Folter und Kriegsverbrechen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt.¹³ Eine maßgebliche Rolle in dem Verfahren spielten insbesondere Sexualstraftaten. Das Urteil ist derzeit vor der Rechtsmittelkammer anhängig. Opferentschädigung wurde in einem weiteren Urteil der Hauptverfahrenskammer am 29.7.2016 gewährt.¹⁴ Nach dem Ende der Verfahren werden die CAE-Kammern aufgelöst werden. Mit eventuellen Folgeanträgen sind senegalesische Gerichte befasst (Art. 37 CAE-Statut).

II. Die Besonderen Kammern für Kosovo – KSC

Die Besonderen Kammern für Kosovo und das Büro des Besonderen Anklägers wurden nach einer Verfassungsände-

rung durch das am 3.8.2015 vom kosovarischen Parlament erlassene Gesetz zu den Besonderen Kammern und dem Büro des Besonderen Anklägers gegründet (KSC-Gesetz).¹⁵ Die Europäische Union (EU) und die kosovarische Regierung hatten sich 2014 in einem Briefwechsel („Exchange of Letters“) geeinigt, dieses Gericht zu gründen.¹⁶

Die wichtigsten Eckpunkte der Vereinbarung zwischen der EU und Kosovo und des KSC-Gesetzes sind die folgenden:¹⁷ Das Gericht soll in Kosovo, aber auch außerhalb von Kosovo, einen Sitz haben, um „sensible“ Verfahren dorthin verlagern zu können („relocated proceedings“, Art. 3 KSC-Gesetz). Die KSC-Kammern sollen das gesamte kosovarische Rechtssystem abbilden. Neben einer Haupt- („basic court“) und Berufungskammer („court of appeal“) soll es einen Oberen Gerichtshof („supreme court chamber“) und eine Verfassungsgerichtskammer („constitutional court chamber“) geben (Art. 33 KSC-Gesetz). Alle Kammern sind mit jeweils drei Richtern zu besetzen, wobei für die Vorbereitungsphase auch ein Vorverfahrensrichter vorgesehen ist. Zudem soll innerhalb der Kanzlei eine Ombudsperson etabliert werden (Art. 34 Abs. 9 KSC-Gesetz). Eine solche Funktion besteht nach der kosovarischen Verfassung auch in Kosovo. Die Richterschaft soll eigene Verfahrensregeln („Rules of Procedure and Evidence“) etablieren, die sich an der kosovarischen Strafprozessordnung orientieren sollen (Art. 19 KSC-Gesetz). Das KSC-Gesetz sieht ein Verfahren mit Opferbeteiligung vor. Zudem kann das Gericht entscheiden, Opfern Entschädigung zuzusprechen oder dies den kosovarischen Zivilgerichten überlassen. Verfahren vor den KSC haben Vorrang vor anderen Verfahren in Kosovo (Art. 10 KSC-Gesetz). Eine möglicherweise verhängte Gefängnisstrafe soll außerhalb von Kosovo verbüßt werden (Art. 50 KSC-Gesetz). Die EU stellt das Personal, das nicht die kosovarische Staatsbürgerschaft haben darf. Die Richterschaft wird von EULEX (European Union Rule of Law Mission in Kosovo) in einem unabhängigen Auswahlprozess ernannt (Art. 28 KSC-Gesetz).

Die materielle Zuständigkeit des Gerichts ergibt sich aus einem Report des Europäischen Rats von Januar 2011.¹⁸ In

¹⁰ Vgl. Materialien, die von Belgien an den IGH übermittelt wurden; „Application instituting proceedings filed in the Registry of the Court on 19 February 2009 ‘Questions relating to the obligation to prosecute or extradite’“, abrufbar unter:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf> (1.12.2016).

¹¹ IGH, Urt. v. 20.7.2012 (Belgium v. Senegal), Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite, abrufbar unter:

<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf> (1.12.2016).

¹² In diesem Kontext ist zu bemerken, dass der ECCC bereits zuvor Khieu Samphan verurteilt hatte, der offiziell für einige Jahre Präsident und damit Staatsoberhaupt von Kambodscha war; allerdings war dieses Amt wohl eher formellen Charakters.

¹³ CAE, Urt. v. 30.5.2016 (Trial Chamber), abrufbar unter: http://www.chambresafricaines.org/pdf/Jugement_complet.pdf (1.12.2016); die Geschichte der Besonderen Kammern ist im Urteil ausführlich dargelegt.

¹⁴ Vgl. <http://www.chambresafricaines.org/index.php/le-coin-des-medias/communiqu%C3%A9-de-presse/641-communiqu%C3%A9-de-presse-du-25-juillet-2016.html> (1.12.2016).

¹⁵ Law No. 05/L-053 on Specialist Chambers and Specialist Prosecutor’s Office, abrufbar unter:

<http://www.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/05-L-053%20a.pdf> (1.12.2016), vgl. KSC-Website: www.scp-ks.org (1.12.2016).

¹⁶ Law No. 04/L-274 on Ratification of the International Agreement between the Republic of Kosovo and the European Union on the European Union Rule of Mission in Kosovo, abrufbar unter:

<https://www.scp-ks.org/en/documents/kosovo-law-ratification-exchange-letters> (1.12.2016).

¹⁷ Vgl. dazu umfassend: Cross, JICJ 2016, 73; Williams, JICJ 2016, 25.

¹⁸ Europäischer Rat, Parlament, Rechts- und Menschenrechtskomitee „Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo“, Doc. 12462, 7.1.2011 (genannt „Marty-Report“), abrufbar unter:

<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=12608&lang=en> (1.12.2016).

diesem wird Bezug auf solche Taten genommen, die zwischen dem 1.1.1998 und dem 31.12.2000 begangen wurden. Nach dem KSC-Gesetz fallen Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und nationale Verbrechen unter die Gerichtsbarkeit der KSC-Kammern (Art. 12-15 KSC-Gesetz).¹⁹ Art. 1 KSC-Gesetz benennt bezüglich der nationalen Verbrechen insbesondere schwere grenzüberschreitende Verbrechen („grave trans-boundary crimes“). Die EU hatte auf der Grundlage des Reports bereits im Jahr 2011 als Teil von EULEX eine Ermittlungseinheit geschaffen („Special Investigative Task Force“, SITF). Seitdem führt sie die Ermittlungen.²⁰ Im Jahr 2016 wurde SITF zum unabhängigen Büro des Besonderen Anklägers („Office of the Specialist Prosecutor“), das Polizeirechte und hoheitliche Befugnisse in Kosovo hat (Art. 35 Abs. 3 KSC-Gesetz).²¹

Ein Sitz in den Niederlanden (Den Haag) besteht neben dem Sitz in Kosovo auf der Basis eines im Februar 2016 in Kraft getretenen vorläufigen Sitzabkommens.²² Die seit dem 1.4.2016 bestehende Kanzlei des Gerichts ist für die Verwaltung verantwortlich (Art. 34 KSC-Gesetz).²³ Der EU-Rat hat am 14.6.2016 entschieden, dass EULEX die nach Den Haag verlegten („relocated“) Verfahren unterstützen soll und hat der Kanzlerin finanzielle Unterstützung („a grant“) zugesprochen.²⁴

Die Bewerbungsfrist für das Richteramt am KSC endete im September 2016, der Auswahlprozess hat bereits begonnen.²⁵

III. Die Besonderen Kammern der Zentralafrikanischen Republik – CPS

Die Besonderen Kammern der Zentralafrikanischen Republik sind im Entstehen begriffen. Der seit 2013 in der Zentralafrikanischen Republik bestehende Übergangsrat (CNT)²⁶ –

unter der Kontrolle der Staatshäupter der Zentralafrikanischen Wirtschaftsgemeinschaft (CEEAC) – nahm am 22.4.2015 ein Gesetz zur Gründung von Besonderen Kammern an.²⁷ Das entsprechende Gesetz (loi organique n° 15-003²⁸) ist seit dem 3.6.2015 in Kraft.²⁹ Die Besonderen Kammern gehören zum zentralafrikanischen Rechtssystem. Sie sollen aber mit nationalen und internationalen Richtern und Staatsanwälten besetzt werden. Der Sitz des Gerichts ist in Bangui, kann aber gegebenenfalls verlegt werden.³⁰

Ebenso wie ECCC und CAE beruht die Gerichtsstruktur auf dem französischen Rechtssystem. Demzufolge müssen eine Ermittlungskammer („chambre d’instruction“) und eine Anklagekammer („Chambre d’accusation spéciale“) gebildet werden, die die Anklageschrift der Hauptverfahrenskammer vorlegen. Eine Rechtsmittelkammer ist ebenfalls vorgesehen. Eine internationale Anklägerin, unterstützt von einem nationalen Stellvertreter, soll die Anklagebehörde leiten. Die Ermittlungen erfolgen nach zentralafrikanischem Recht.³¹ Die Richterschaft soll nach der Wahl – ebenso wie am KSC – ihr eigenes Regelwerk erlassen.³² Die zulässige Höchststrafe ist lebenslange Freiheitsstrafe.³³

Die Zuständigkeit des Gerichts erstreckt sich auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord und Kriegsverbrechen, die seit dem 1.1.2003 in der Zentralafrikanischen Republik begangen wurden.³⁴ Zudem bezieht sich die Zuständigkeit des Gerichts, ebenso wie am CAE, zusätzlich auf das Verbrechen der Folter, auch außerhalb des Kontextes von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.³⁵ Beachtenswert ist, dass zwei Ermittlungsverfahren der

<http://mjp.univ-perp.fr/constit/cf2013.htm> (1.12.2016).

²⁷ Vgl. Pressemitteilung v. 7.6.2015 auf justiceinfo.net, abrufbar unter:

<http://www.justiceinfo.net/fr/component/k2/545-rca-la-cour-sp%C3%A9ciale-officialis%C3%A9e.html> (1.12.2016).

²⁸ Abrufbar unter:

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=92C4EC76991F04C4C1257ECB004E25D5&action=openDocument&xp_countrySelected=CF&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state (1.12.2016).

²⁹ Siehe Fn. 28.

³⁰ Siehe Fn. 28.

³¹ Siehe Fn. 28.

³² Siehe Fn. 28.

³³ Vgl. kurze ICRC Zusammenfassung, abrufbar unter:

https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/implementingLaws.xsp?documentId=92C4EC76991F04C4C1257ECB004E25D5&action=openDocument&xp_countrySelected=CF&xp_topicSelected=GVAL-992BU6&from=state (1.12.2016).

³⁴ Vgl. Pressemitteilung v. 10.6.2015 auf www.fidh.org (1.12.2016), abrufbar unter:

https://www.fiacat.org/IMG/pdf/Contribution_UNU_PDM_2016.pdf (1.12.2016).

³⁵ Vgl. *Musila*, The Special Criminal Court and Other Options of Accountability in the Central African Republic: Legal and Policy Recommendations, in International Nurem-

¹⁹ Vgl. zur „enforced disappearance“: *Citroni*, JICJ 2016, 123.

²⁰ Vgl. SITF-Website www.sitf.eu (1.12.2016).

²¹ Vgl. Presseerklärung des Besonderen Anklägers v. 15.9.2016, abrufbar unter:

<http://www.sitf.eu/index.php/en/press-r/52-remarks-by-mr-david-schwendiman-specialist-prosecutor> (1.12.2016).

²² „Interim Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Kosovo concerning the Hosting of the Kosovo Relocated Specialist Judicial Institution in the Netherlands“, unterzeichnet am 26.1.2016, in Kraft getreten am 5.2.2016, abrufbar unter:

<http://wetten.overheid.nl/BWBV0006576/2016-02-05> (1.12.2016).

²³ Vgl. Presseerklärung der Kanzlerin v. 15.9.2016, abrufbar unter:

<https://www.scp-ks.org/en/press-conference-dr-donlon-registrar-specialist-chambers> (1.12.2016).

²⁴ EU-Rat, Entsch. v. 14.6.2015, CFSP, 2016/947.

²⁵ Vgl. Presseerklärung der Kanzlerin v. 15.9.2016, abrufbar unter:

<https://www.scp-ks.org/en/press-conference-dr-donlon-registrar-specialist-chambers> (1.12.2016).

²⁶ Vgl. Übergangsverfassung v. 18.7.2013, abrufbar unter:

Anklagebehörde des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) ebenfalls in diesem Zeitraum stattfanden.³⁶ Die jeweilige Regierung übermittelte die Situation in der Zentralafrikanischen Republik zweimal (2004 und 2014) an den IStGH („CAR I“ und „CAR II“).³⁷ Die IStGH-Anklagebehörde hat auch im Hinblick auf beide Situationen Ermittlungen aufgenommen.³⁸ Das Verfahren *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba* ist derzeit vor der IStGH-Rechtsmittelkammer anhängig.³⁹ Der kongolesische Staatsbürger Jean-Pierre Bemba wurde in der ersten Hälfte des Jahres 2016 von der IStGH-Hauptverfahrenskammer III zu 18 Jahren Haft verurteilt, weil er als Vorgesetzter (Oberkommandierender der kongolesischen Streitkräfte, die sich von November 2002 bis März 2003 in der Zentralafrikanischen Republik aufhielten) für Mord, Vergewaltigung und Plünderung verantwortlich gehalten wurde.⁴⁰

Damit sind die CPS-Kammern das erste gemischte Gericht, das wirklich komplementär zu Verfahren ist, die vor dem IGHSt anhängig sind.⁴¹ Kooperation mit dem IGHSt ist ausdrücklich im CPS-Gesetz vorgesehen.

Anklägerin und Richter sollen Ende 2016/Anfang 2017 ausgewählt werden.⁴² Die Mission der Vereinten Nationen in der Zentralafrikanischen Republik (MINUSCA⁴³) hat das Vorschlagsrecht für die internationalen Positionen. Das Gericht ist – mit Verlängerungsmöglichkeit – auf einen Zeitraum von fünf Jahren angelegt, ebenso wie die KSC-Kammern. Die Finanzierung soll freiwillig durch Staaten und MINUSCA erfolgen, ähnlich wie am ECCC. Opfer können als Nebenkläger („partie civile“) am Verfahren teilnehmen

und wohl auch Entschädigung fordern. Derzeit wollen auch Nichtregierungsorganisationen einen Treuhandfonds in das Gesetz einfügen (vergleichbar dem am CAE).

Die CPS-Kammern wurden mit Hilfe vieler Nichtregierungsorganisationen und der Vereinten Nationen⁴⁴ auf den Weg gebracht, deren Unterstützung für die Kammern auch weiterhin in jeder Beziehung notwendig ist.⁴⁵

IV. Ausblick

Neue Entwicklungen im Aufbau eines gemischten Tribunals gibt es zudem in Kolumbien. Die diesbezüglich bisher durchgeführte Planung hätte wohl mit dem kolumbianischen Friedensvertrag⁴⁶ vom August 2016 in die Realität umgesetzt werden können.⁴⁷ Da sich die kolumbianische Bevölkerung jedoch Anfang Oktober 2016 überraschend gegen den Friedensvertrag ausgesprochen hat, werden erst neue Verhandlungen zeigen, ob und in welchem Umfang die Etablierung eines gemischten Tribunals realisiert werden kann.

Die Bemühungen um diese Tribunale zeigen, dass gemischte Gerichte nicht nur auf der Tagesordnung stehen, sondern immer häufiger als Lösung gewählt werden, um eine effektive Strafverfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Völkermord auf nationaler Ebene zu ermöglichen.

berg Principles Academy, Occasional Paper No. 2, abrufbar unter:

http://www.nurembergacademy.org/fileadmin/media/pdf/publications/car_publication.pdf (1.12.2016), S. 18.

³⁶ Jean-Pierre Bemba wurde für Verbrechen verurteilt, die auch noch im Jahr 2002 begangen wurden, vgl. IGHSt, Urte. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Trial Chamber III, Bemba).

³⁷ CAR I – Gewalt, die im Jahr 2002-2003 geschah, vgl. <https://www.icc-cpi.int/car> (1.12.2016); CAR II – Gewalt, die im Jahr 2012 begonnen hat; vgl. Information auf der IGHSt-Website, abrufbar unter:

<https://www.icc-cpi.int/carII> (1.12.2016).

³⁸ Siehe Fn. 37.

³⁹ IGHSt, Entsch. v. 22.7.2016 – ICC-01/05-01/08-3411, ICC-01/05-01/08-3412 (Defence, Prosecutor, Bemba); IGHSt, Entsch. v. 4.4.2016 – ICC-01/05-01/08-3348 (Defence, Bemba).

⁴⁰ IGHSt, Urte. v. 21.6.2016 – ICC-01/05-01/08-3399 (Trial Chamber III, Bemba); IGHSt, Urte. v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Trial Chamber III, Bemba).

⁴¹ Vgl. *Musila* (Fn. 35), S. 38 ff.

⁴² Vgl. Pressemitteilung v. 16.7.2016 auf www.rjdh.org (1.12.2016), abrufbar unter:

<http://rjdh.org/centrafrique-procureur-special-de-cour-penale-speciale-sera-nomme-decembre-2016/> (1.12.2016).

⁴³ „United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic“.

⁴⁴ Vgl. VN-Sicherheitsrat, Resolution v. 26.7.2016, S/RES/2301 (2016), § 34 (d), abrufbar unter:

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2301\(2016\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2301(2016)) (1.12.2016).

⁴⁵ Vgl. *Musila* (Fn. 35), S. 35 ff.

⁴⁶ Vgl. Friedensvertrag v. 24.8.2016; vgl. dazu <http://colombiapace.org/> (1.12.2016); vgl. auch Presseerklärung der IGHSt-Anklägerin v. 1.9.2016.

⁴⁷ Vgl. *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 3, 2016, 42-43.

Recent developments in the jurisprudence of the International Criminal Court*

By Eleni Chaitidou, The Hague**

The activities at the Court, in particular at trial, have picked up speed in the last two years. As of September 2016, the Court's judicial activities mainly take place in the courtroom. Three trials are ongoing (Laurent Gbagbo/Blé Goudé, Ntaganda, and Bemba et al) and one more is in preparation (Ongwen); two trials were recently concluded with the conviction of the accused (Bemba and Al Mahdi) whereas in another trial the charges have been "vacated" (Ruto/Sang). Reparation proceedings are underway at different stages against three convicted persons (Lubanga, Katanga, Bemba).

Over the years, the selection of decisions and judgments to be summarized has become ever more difficult. Rather than presenting salient decisions rendered in all situations and cases, the approach taken this time is to concentrate on developments of the last two years where novel legal questions were addressed or Judges applied provisions for the first time. In the Lubanga and Katanga cases, a panel of three appeals judges was tasked to consider whether to reduce the sentence of the convicted persons. In the Ngudjolo and Bemba et al cases, compensation was requested from the Court; in the Katanga case, the Presidency was confronted with approving domestic prosecutions for the first time even though the sentenced person had served his sentence. In the Al Bashir case, new approaches were tested to standardize the Court's interactions with States that fail to arrest and surrender a suspect. The Bemba et al case was and still is unique in many respects and has raised a lot of interesting new legal questions under the statutory regime. In the Al Mahdi case, the accused, charged with one crime, made an admission of guilt. The Prosecutor's decisions to investigate or not also came under judicial scrutiny: former President Mohammed Morsi attempted to move the Prosecutor to open an investigation through the Pre-Trial Chamber. In the Georgia situation, the Prosecutor tabled her wish to commence an investigation to the Pre-Trial Chamber. In the Comoros situation, she decided not to open an investigation and was promptly challenged before the Pre-Trial Chamber by the referring State. Finally, interesting indicators as regards future investigations may be found in the Prosecutor's annual reports on preliminary examinations.

Undoubtedly, the "appetizers" presented in this short overview do not cover all developments that deserve to be discussed here. It is hoped that the interested reader will take this overview as an incentive to seek out further information on the Court's website. The selection of decisions and proposed key findings reflect the *author's* personal choice and preference – any misrepresentation or inaccuracy rests with the *author* alone. A factsheet introduces the situation or case discussed thus informing the reader of relevant basic facts.

I. Situation in the Democratic Republic of the Congo (Pre-Trial Chamber I)¹

- Referral by the Democratic Republic of Congo: 3 March 2004 (publically announced on 19 April 2004)
- Victims participating: 73

No proceedings at the situation level took place during the review period. To date, six cases against six individuals emanated from this situation. Four cases have been concluded (Lubanga Dyilo, Katanga, Ngudjolo Chui, and Mbarushimana), one trial is ongoing (Ntaganda), and one suspect is still at large (Mudacumura).

1. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (Trial Chamber II)*²

- Warrant of arrest: 10 February 2006 (made public on 17 March 2006)
- Confirmation of charges: 29 January 2007
- Trial: 26 January 2009-26 August 2011
- Judgment: 14 March 2012
- Decision on Sentencing: 10 July 2012
- Decision on Reparations: 7 August 2012
- Appeals Judgments on Conviction and Sentencing: 1 December 2014
- Appeals Judgment on Reparations: 3 March 2015
- Current status: reparation stage

Even though criminal proceedings against Mr. Lubanga have been finalized before the Court, this case shows that proceedings may continue still for quite a while after the judgment against the accused becomes final. This concerns first and foremost the issue of reduction of sentence and the issue of reparations.

* Previous overviews of the Court's jurisprudence are available at ZIS 2008, 367; 2008, 371; 2010, 726; 2011, 843; 2013, 130; 2015, 523. This contribution is based on a presentation of the latest jurisprudential developments at the International Criminal Court given at the annual meeting of German-speaking international criminal lawyers in Göttingen on 3.6.2016.

** The *author* is legal officer in the Pre-Trial and Trial Division of the Court. The views expressed in this paper are those of the *author* alone and do not reflect the views of the International Criminal Court. All decisions discussed in this paper can be accessed on the Court's website or the Legal Tools Database (<http://www.legal-tools.org>).

¹ The record carries the situation number ICC-01/04; ICC, Decision of 21.8.2015 – ICC-01/04-639 (Presidency, Decision Re-assigning the Situation in the Democratic Republic of the Congo), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/cdb338/> (3.12.2016).

² The record carries the case number ICC-01/04-01/06.

a) Reduction of Sentence

A panel of three appeals judges, appointed by the Appeals Chamber,³ reviewed Mr. Lubanga's sentence (14 years) with regard to deciding whether to reduce it pursuant to article 110 of the Rome Statute.⁴ The Panel held a hearing for this purpose on 16 July 2015,⁵ the date at which Mr. Lubanga would have served two thirds of his sentence, in the presence of the parties and participating victims. A request of Mr. Lubanga to disqualify one of the panel members, Judge Silvia Fernández de Gurmendi, triggered the postponement of the sentence review hearing, which was rescheduled for 21 August 2015.⁶ The disqualification request was dismissed by the Plenary on 3 August 2015.⁷

With its decision of 22 September 2015, the Panel declined to reduce the sentence of Mr. Lubanga.⁸ Selected key findings are presented hereunder: article 110,⁹ complemented

³ Rule 224 (1) of the Rules of Procedure and Evidence; ICC, Decision of 15.6.2015 – ICC-01/04-01/06-3135 (Appeals Chamber, Decision appointing three judges of the Appeals Chamber for the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo), online available at: <http://www.legal-tools.org/en/doc/4d085e/> (3.12.2016).

⁴ Rome Statute of the International Criminal Court (UNTS vol. 2187, p. 3). All articles mentioned in this paper without reference to the legal instrument are those of the Rome Statute.

⁵ ICC, Decision of 15.6.2015 – ICC-01/04-01/06-3137 (Panel, Scheduling order for the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo), online available at: <http://www.legal-tools.org/en/doc/a8c1d5/> (3.12.2016).

⁶ ICC, Decision of 8.7.2015 – ICC-01/04-01/06-3148 (Panel, Order rescheduling the hearing for the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo), online available at: <http://www.legal-tools.org/en/doc/3617c4/> (3.12.2016).

⁷ ICC, Decision of 3.8.2015 – ICC-01/04-01/06-3154-AnxI (Plenary, Decision of the Plenary of Judges on the Defense Application for the Disqualification of Judge Silvia Fernández de Gurmendi from the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), online available at: <http://www.legal-tools.org/en/doc/5379d7/> (3.12.2016).

⁸ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Panel, Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Thomas Lubanga Dyilo ["Lubanga Review Sentence Decision"]), online available at: <http://www.legal-tools.org/en/doc/88b3f6/> (3.12.2016).

⁹ Article 110 (3) and (4) provide: "3. When the person has served two thirds of the sentence, or 25 years in the case of life imprisonment, the Court shall review the sentence to determine whether it should be reduced. Such a review shall not be conducted before that time." "4. In its review under paragraph 3, the Court may reduce the sentence if it finds that one or more of the following factors are present: (a) The early and continuing willingness of the person to cooperate with the Court in its investigations and prosecutions; (b) The voluntary assistance of the person in enabling the enforcement of the judgments and orders of the Court in other cases, and in

by rule 223 of the Rules of Procedure and Evidence,¹⁰ provides the legal framework for reducing sentences of convicted persons. As the wording of article 110 (3) suggests, the review exercise is automatic and mandatory ("the Court shall review the sentence") and thus need not be triggered by an application of the convicted person.¹¹ However, the decision whether to reduce the sentence is within the discretionary powers of the Panel ("the Court may reduce").¹² As a prerequisite to consider reduction of sentence, the existence of at least one factor in favor of reduction must exist; the factors are laid down in article 110 (4) and rule 223. Yet, the mere presence of a factor in favor of reduction does not in itself mean that the sentence will be reduced. Rather, reduction is the result of a weighing exercise of all factors.¹³ In case the Panel does not reduce the sentence, it is not necessary to establish "exceptional circumstances".¹⁴ The Panel also rejected Mr. Lubanga's argument that there exists a presumption of early release after two-thirds of the sentence has been served.¹⁵

As regards the relevant factors, the Panel rejected the Prosecutor's argument to include the "gravity" of the crime,

particular providing assistance in locating assets subject to orders of fine, forfeiture or reparation which may be used for the benefit of victims; (c) Other factors establishing a clear and significant change of circumstances sufficient to justify the reductions of sentence, as provided in the Rules of Procedure and Evidence."

¹⁰ The Rules of Procedure and Evidence (ICC-ASP/1/3 and Corr.1, as amended by resolutions ICC-ASP/11/Res. 2 and ICC-ASP/12/Res. 7). All rules mentioned in this paper without reference to the legal instrument are those of the ICC's Rules of Procedure and Evidence. Rule 223 provides: "In reviewing the question of reduction of sentence pursuant to article 110, paragraphs 3 and 5, the three judges of the Appeals Chamber shall take into account the criteria listed in article 110, paragraph 4 (a) and (b), and the following criteria: (a) The conduct of the sentenced person while in detention, which shows a genuine dissociation from his or her crime; (b) The prospect of the resocialization and successful resettlement of the sentenced person; (c) Whether the early release of the sentenced person would give rise to significant social instability; (d) Any significant action taken by the sentenced person for the benefit of the victims as well as any impact on the victims and their families as a result of the early release; (e) Individual circumstances of the sentenced person, including a worsening state of physical or mental health or advanced age."

¹¹ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 20.

¹² ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 21.

¹³ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 22.

¹⁴ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 23.

¹⁵ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 27.

holding that this element is already considered when determining the sentence.¹⁶ As regards the article 110 (4) (a) factor (“person’s cooperation”), the Panel determined that cooperation or assistance, which does not continue post-conviction and which was taken into account in imposing the original sentence, is generally not considered for the purpose of reducing the same sentence. However, it highlighted that this non-consideration may not always be automatic as sometimes the person’s assistance may only become apparent post-sentence.¹⁷ As regards the article 110 (4) (c) factors (“other factors establishing a clear and significant change of circumstances”), the Panel clarified that they relate to the factors set out in rule 223. In order to determine whether “changed circumstances” exist, “it is necessary to find that there are changed circumstances in relation to the factors listed in rule 223 (a), (d) and (e) [...] from the time that the sentence was imposed”.¹⁸ Finally, the Panel did not accept Mr. Lubanga’s proposal to consider his alleged human rights violations that occurred prior to and during the trial proceedings for the purpose of sentence review since these considerations had already been considered at the stage of sentencing.¹⁹

The Panel also clarified that since the duty to review the sentence is upon the Court, relevant information, be it for or against release, may be presented by any of the participants involved (accused, Prosecutor, States, victims, Registry). Accordingly, the Panel did not establish any “burden of proof” requirement on the accused.²⁰

Mr Lubanga expressed his wish to return to the Democratic Republic of the Congo (“DRC”) to serve the remainder of his sentence of imprisonment. On 24 November 2015 the Court and the DRC authorities concluded an ad hoc agreement on the execution of the punishment of Mr. Lubanga at a prison facility in the DRC. After designating the DRC as the State of enforcement pursuant to article 103,²¹ Mr. Lubanga was transferred, together with Mr. Katanga, to the DRC on 19 December 2015.²² The Panel of three appeals judges announced to review again Mr. Lubanga’s sentence two years

from the issuance of its sentence review decision, i.e. at one point in 2017.²³

b) Reparations

Some words are in order about the current status of the reparation proceedings in this case. It is recalled that the Appeals Chamber amended the reparation decision of Trial Chamber I²⁴ and annexed a reparation order to its judgment.²⁵ The Appeals Chamber established five essential elements that a reparation order under article 75 must contain “at a minimum”.²⁶

First essential element: the order must be directed against the convicted person, regardless of whether reparations are ordered “through” the Trust Fund, pursuant to article 75 (2), second sentence.²⁷ In the view of the Appeals Chamber, “reparation orders are intrinsically linked to the individual whose criminal liability is established in a conviction and whose culpability for those criminal acts is determined in a sentence”.²⁸ Article 75 (2), second sentence, is not an alternative to making an order “against a convicted person”, in accordance with article 75 (2), first sentence, but an alternative to making an order “directly” against the convicted person.²⁹

Second essential element: the order for reparations must establish and inform the convicted person of the scope of his or her liability.³⁰ The appellate judges established that the “convicted person’s liability for reparations must be proportionate to the harm caused and, inter alia, his or her participation in the commission of the crimes for which he or she was found guilty, in the specific circumstances of the case”.³¹ This actually means that the civil liability of a principal per-

¹⁶ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 24.

¹⁷ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 30.

¹⁸ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 28.

¹⁹ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), paras 74 f.

²⁰ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 32.

²¹ ICC, Decision of 8.12.2015 – ICC-01/04-01/06-3185 (Presidency, Decision designating a State of enforcement), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/fae14f/> (3.12.2016). The ad hoc agreement between the Court and the DRC authorities can be found in the annex to this decision, ICC-01/04-01/06-3185-Anx.

²² ICC, Press Release of 19.12.2015, Thomas Lubanga Dyilo and Germain Katanga transferred to the DRC to serve their sentences of imprisonment, ICC-CPI-20151219-PR1181.

²³ ICC, Decision of 22.9.2015 – ICC-01/04-01/06-3173 (Lubanga Review Sentence Decision), para. 79.

²⁴ ICC, Decision of 7.8.2012 – ICC-01/04-01/06-2904 (Trial Chamber I, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations), online available at: <http://www.legal-tools.org/en/doc/a05830/> (3.12.2016).

²⁵ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Appeals Chamber, Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7.8.2012 with AMENDED order for reparation [Annex A] and public annexes 1 and 2 [“Lubanga Reparations Appeals Judgment”]), online available at: <http://www.legal-tools.org/en/doc/c3fc9d/> (3.12.2016). The order is appended to the judgment, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA.

²⁶ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 32.

²⁷ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 32, 65 ff., 76.

²⁸ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 65.

²⁹ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 71.

³⁰ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 32, 118.

³¹ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 118.

petrator may be higher than that of the accessory to a crime. The indigence of the convicted person is not a relevant consideration for not imposing liability on the convicted person as his or her personal financial situation may change over time.³² Indeed, regulation 117 (1) of the Regulations of the Court mandates the Presidency to “monitor the financial situation of the sentenced person on an ongoing basis, even following completion of a sentence of imprisonment, in order to enforce fines, forfeitures or reparation orders”.

Third essential element: the order “must specify, and provide reasons for, the type of reparations ordered, either collective, individual or both, pursuant to rules 97 (1) and 98”.³³ In case a Trial Chamber decides to award only collective reparations it “is not required to rule on the merits of the individual requests for reparations”.³⁴

Fourth essential element: the order must “define the harm caused to direct and indirect victims as a result of the crimes for which the person was convicted, as well as identify the modalities of reparations that the Trial Chamber considers appropriate based on the circumstances of the specific case before it”.³⁵ The Appeals Chamber drew a distinction between identifying the harm and assessing the extent of the harm for purposes of determining the nature and/or size of the reparation award, and considered that the harm must be determined by the Trial Chamber in the reparation order.³⁶ This was deemed necessary as to avoid that reparations are awarded to remedy harms that are not the result of the crimes for which the convicted person was not held responsible. It therefore found it of paramount importance that the Trial Chamber “clearly define[s] the harms that result from the crimes for which the person was convicted”.³⁷ As regards the assessment of the extent of the harm, the Appeals Chamber accepted that this may be done either by the Trial Chamber, with or without the assistance of experts, or, alternatively, that the Trial Chamber define the criteria to be applied by the Trust Fund in assessing the extent of the harm.³⁸ It thereafter defined the harm to direct and indirect victims caused by the crimes for which Mr. Lubanga was convicted.³⁹ In doing so, the Appeals Chamber also ruled that, “in the circumstance of this case” acts of sexual or gender-based violence, which had not been attributed to Mr. Lubanga, as a consequence cannot

be taken into account when defining the harm for reparation purposes.⁴⁰ Victims of sexual violence may nevertheless benefit from the assistance activities provided by the Trust Fund, in accordance with regulation 50 (a) of the Regulations of the Trust Fund.⁴¹

Fifth essential element: the order “must identify the victims eligible to benefit from the awards for reparations or set out the criteria of eligibility based on the link between the harm suffered by the victims and the crimes for which the person was convicted”.⁴² Again, the Appeals Chamber cautioned against imposing liability for reparations on the convicted person with respect to persons who, despite being members of the broader collective, suffered harm that did not result from the crimes for which the convicted person was found guilty.

Having thus amended the 2012 reparation order of Trial Chamber I, the Trust Fund (article 79) was instructed by the Appeals Chamber “to implement the amended order for reparations in accordance with this judgment and the attached Annex A”. Finally, the Appeals Chamber ordered that the Trust Fund submit, six months after issuance of the judgment, a draft implementation plan for approval to a newly constituted Trial Chamber to which this matter would be referred.⁴³ The Presidency referred the Lubanga case to the newly constituted Trial Chamber II.⁴⁴

The Trust Fund submitted, after an extension of time, its draft implementation plan on 3 November 2015,⁴⁵ which, however, Trial Chamber II considered to be incomplete. As a result, it deferred the approval of the draft implementation plan and ordered the Trust Fund to supplement its original proposal.⁴⁶ The Trust Fund for Victims’ request for leave to appeal this decision was dismissed by Trial Chamber II for

³² ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 102 ff.

³³ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 32, 152.

³⁴ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 152.

³⁵ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 32, 181.

³⁶ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 181.

³⁷ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 184.

³⁸ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 183, 203.

³⁹ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 191.

⁴⁰ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 196 ff.

⁴¹ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 199.

⁴² ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 32, 205, 214.

⁴³ ICC, Decision of 3.3.2015 – ICC-01/05-01/06-3129 (Lubanga Reparations Appeals Judgment), para. 242.

⁴⁴ ICC, Decision of 17.3.2015 – ICC-01/04-01/06-3131 (Presidency, Decision referring the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo to Trial Chamber II), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/08204a/> (3.12.2016).

⁴⁵ ICC, Filing of 3.11.2015 – ICC-01/04-01/06-3177-Red (Trust Fund for Victims, Filing on Reparations and Draft Implementation Plan), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/2a256c/> (3.12.2016).

⁴⁶ ICC, Decision of 9.2.2016 – ICC-01/04-01/06-3198-tENG (Trial Chamber II, Order instructing the Trust Fund for Victims to supplement the draft implementation plan), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/8b7c4f/> (3.12.2016).

lack of locus standi under article 82 (1) (d).⁴⁷ The Trust Fund reverted to the Judges with supplementary information regarding its proposed implementation plan on 7 June 2016.⁴⁸

In the meantime, with a view to achieving some progress, the Chamber's Majority decided, on 15 July 2016, to proceed at least in relation to symbolic reparations that may be developed in parallel to other projects for victims and for which no previous identification of beneficiaries is necessary.⁴⁹ It therefore ordered the Trust Fund "to study the feasibility of developing a concrete project aiming at providing prompt symbolic reparations", such as "commemoration and/or building a statue for child soldiers".⁵⁰ At the same time, the Chamber's Majority placed an open invitation to States and organizations, such as the United Nations, its specialized agencies, as well as non-governmental organizations, to provide the Chamber with additional information and their expertise on "current or past collective projects for former child soldiers" in East of the DRC.⁵¹ The Judges listed a catalogue of questions on which it sought to receive input and announced to hold a hearing on 11, 13 and 14 October 2016 in which the observations are discussed with the parties.⁵² The dissenting Judge, Olga Herrera Carbuccion, disagreed to hold a hearing which she considered to "prolong the limited mandate of this Chamber" and criticized the Majority for giving priority to symbolic reparations without taking into account other collective reparations. It is hoped that the Chamber will

soon find an appropriate avenue to proceed with the implementation of the reparation order.

2. *The Prosecutor v. Germain Katanga (Trial Chamber II)*⁵³

- Warrant of arrest: 2 July 2007 (made public on 18 October 2007)
- Surrender to the Court: 17 October 2007
- Confirmation of charges: 26 September 2008
- Trial: 24 November 2009-23 May 2012
- Severance from Ngudjolo case: 21 November 2012
- Judgment: 7 March 2014
- Decision on Sentencing: 23 May 2014
- Current status: reparation stage

a) *Reduction of Sentence*

Mr. Katanga was convicted, by majority, for having contributed in any other way in the commission of crimes against humanity and war crimes on 14 March 2014.⁵⁴ The judgment on conviction and the sentencing decision⁵⁵ are final as Mr. Katanga and the Prosecutor discontinued their respective appeals against the judgment on conviction and neither appealed the sentence. On 20 April 2015, the Presidency⁵⁶ issued a confidential order requesting Mr. Katanga to express his views on the designation of a State of enforcement for his sentence of imprisonment. On 4 May 2015, Mr. Katanga provided his views indicating his wish to serve the remainder of his sentence in the DRC.⁵⁷ Following the conclusion of an agreement on 24 November 2015 between the Court and the DRC authorities on the execution of the punishment of Mr. Katanga at a prison facility in the DRC, the Presidency designated the DRC as the State of enforcement.⁵⁸ On

⁴⁷ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/04-01/06-3202-tENG (Trial Chamber II, Decision on the request of the Trust Fund for Victims for leave to appeal against the order of 9.2.2016), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/1a64c9/> (3.12.2016).

⁴⁸ ICC, Filing of 7.6.2016 – ICC-01/04-01/06-3209 (Trust Fund for Victims, Additional Programme Information Filing), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/b0251c/> (3.12.2016).

⁴⁹ ICC, Decision of 15.7.2016 – ICC-01/04-01/06-3219 (Trial Chamber II, Request Concerning the Feasibility of Applying Symbolic Collective Reparations ["Feasibility Study Decision"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/ba36b3/> (3.12.2016);

Judge Herrera Carbuccion appended a dissenting opinion to the decision, Opinion of Judge Herrera Carbuccion, ICC-01/04-01/06-3217-Anx-tENG, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/518503/> (3.12.2016).

⁵⁰ ICC, Decision of 15.7.2016 – ICC-01/04-01/06-3219 (Feasibility Study Decision), para. 12.

⁵¹ ICC, Decision of 15.7.2016 – ICC-01/04-01/06-3217-tENG (Trial Chamber II, Order pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence ["Rule 103 Order"]), para. 8, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/5042ab/> (3.12.2016).

Judge Herrera Carbuccion appended a dissenting opinion to the decision: Opinion of Judge Herrera Carbuccion, ICC-01/04-01/06-3217-Anx-tENG, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/518503/> (3.12.2016).

⁵² ICC, Decision of 15.7.2016 – ICC-01/04-01/06-3217-tENG (Rule 103 Order), para. 11.

⁵³ The record carries the case number ICC-01/04-01/07.

⁵⁴ ICC, Decision of 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436-tENG (Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/f74b4f/> (3.12.2016);

Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-01/07-3436-AnxI, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/9b0c61/> (3.12.2016);

concurring opinion of Judges Fatoumata Diarra and Bruno Cotte, ICC-01/04-01/07-3436-AnxII-tENG, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/d6e47f/> (3.12.2016).

⁵⁵ ICC, Decision of 23.5.2015 – ICC-01/04-01/07-3484-tENG (Trial Chamber II, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/5af172/> (3.12.2016).

⁵⁶ Rule 199.

⁵⁷ Article 103 (3) (c); Rule 203; ICC, Decision of 7.4.2016 – ICC-01/04-01/07-3679 (Presidency, Decision pursuant to article 108 (1) of the Rome Statute ["Article 108 Decision"]), para. 1, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/6565f5/> (3.12.2016).

⁵⁸ ICC, Decision of 8.12.2015 – ICC-01/04-01/07-3626 (Presidency, Decision designating a State of enforcement), online available at:

19 December 2015, Mr. Katanga was transferred to a prison facility in the DRC, together with Mr. Lubanga.⁵⁹

In the meantime, a panel of three appeals judges, appointed by the Appeals Chamber,⁶⁰ reviewed the 12-year sentence of Mr. Katanga. On 18 September 2015, Mr. Katanga would have served two thirds of his sentence at the Court. A hearing was held on 6 October 2015,⁶¹ during which he publically dissociated himself from the crimes for which he was held responsible. After the hearing Mr. Katanga filed a video recording in which he apologized to the victims of the crimes for which he was convicted. The Panel in its decision dated 13 November 2015 followed the interpretations of the Lubanga Panel.⁶² Its review of the various factors, however, led the Judges to release Mr. Katanga from detention. His sentence was reduced by 3 years and 8 months and the date for completion of his sentence set on 18 January 2016.

b) Approval for Domestic Prosecution

It follows from the above, that Mr. Katanga would return to the DRC to serve his sentence only for about a month, until 18 January 2016. However, developments at the domestic level would not result in his release and would turn the light onto another aspect of the Statute that had not been explored in the Court's practice hitherto. On 13 January 2016, the DRC authorities informed the Court of a decision of the "Haute Cour Militaire" according to which Mr. Katanga was prosecuted domestically for a number of offences, other than those for which he was convicted, allegedly committed by him between 2002 and 2006. Accordingly, on 18 January 2016, the day of his scheduled release, Mr. Katanga was not discharged from detention in the DRC.⁶³

Article 108 (1) dictates that the State of enforcement may not proceed with the prosecution, punishment or extradition of a convicted person in its custody for any conduct prior to that person's delivery to the State of enforcement, unless this

<http://www.legal-tools.org/en/doc/8d5ad5/> (3.12.2016). The ad hoc agreement can be found in the annex to this decision, ICC-01/04-01/07-3626-Anx.

⁵⁹ ICC, Press Release of 19.12.2015, Thomas Lubanga Dyilo and Germain Katanga transferred to the DRC to serve their sentences of imprisonment, ICC-CPI-20151219-PR1181.

⁶⁰ Rule 224 (1); ICC, Decision of 3.8.2015 – ICC-01/04-01/07-3572 (Appeals Chamber, Decision appointing three judges of the Appeals Chamber for the review concerning reduction of sentence of Germain Katanga), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/6d1c80/> (3.12.2016).

⁶¹ ICC, Decision of 13.8.2015 – ICC-01/04-01/07-3574 (Panel, Scheduling order for the review concerning reduction of sentence of Mr. Germain Katanga), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/0ee6af/> (3.12.2016).

⁶² ICC, Decision of 13.11.2015 – ICC-01/04-01/07-3615 (Panel, Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr. Germain Katanga), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/f36347/> (3.12.2016).

⁶³ ICC, Decision of 7.4.2016 – ICC-01/04-01/07-3679 (Article 108 Decision), para. 4 ff.

has been approved by the Court. The Presidency clarified that the provision makes it incumbent upon the State of enforcement to request such approval prior to the commencement of domestic proceedings.⁶⁴ Article 108 (3) provides that such requirement ceases to exist if the sentenced person, inter alia, "remains voluntarily for more than 30 days in the territory of the State of enforcement after having served the full sentence imposed by the Court". The Presidency, responsible to declare its approval pursuant to rule 215, was of the view that in the present case article 108 (3) was not fulfilled since Mr. Katanga did not have the opportunity to remain voluntarily for more than 30 days on DRC territory as he remained detained.⁶⁵ As regards the manner in which the Presidency would exercise its approval function, the Presidency noted that no criteria are contained in the Statute or the Rules. Accordingly, it adopted a broad approach whereby "the Court's approval should only be denied when the prosecution, punishment or extradition of sentenced persons may undermine certain fundamental principles or procedures of the Rome Statute or otherwise affect the integrity of the Court".⁶⁶ Having rejected the arguments of Mr. Katanga regarding, inter alia, the possible infringement of the ne bis in idem principle (article 20 [2]) and fair trial rights, the Presidency approved the prosecution of Mr. Katanga by domestic courts. An appeal by Mr. Katanga was dismissed as inadmissible.⁶⁷

c) Reparations

As regards the issue of reparations, it is noted that the Trial Chamber II received reparation applications of victims on 29 February 2016. The Chamber has not taken any decision on reparations in relation to those victims to date.

*3. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui (closed)*⁶⁸

- Warrant of arrest: 6 July 2007 (made public on 7 February 2008)
- Surrender to the Court: 7 February 2008
- Confirmation of charges: 26 September 2008
- Trial: 24 November 2009-23 May 2012
- Severance from Katanga case: 21 November 2012
- Acquittal: 18 December 2012
- Release from ICC custody: 21 December 2012

⁶⁴ ICC, Decision of 7.4.2016 – ICC-01/04-01/07-3679 (Article 108 Decision), para. 18.

⁶⁵ ICC, Decision of 7.4.2016 – ICC-01/04-01/07-3679 (Article 108 Decision), para. 17.

⁶⁶ ICC, Decision of 7.4.2016 – ICC-01/04-01/07-3679 (Article 108 Decision), para. 20.

⁶⁷ ICC, Decision of 9.6.2016 – ICC-01/04-01/07-3697 (Appeals Chamber, Decision on the admissibility of Mr. Katanga's appeal against the "Decision pursuant to article 108 [1] of the Rome Statute"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/cdc248/> (3.12.2016).

⁶⁸ The record, after the case was severed from that against Mr. Katanga, carries the case number ICC-01/04-02/12.

- Appeals Judgment: 27 February 2015 (upholding acquittal)

Mr. Ngudjolo was acquitted of all charges by Trial Chamber II.⁶⁹ The Appeals Chamber rejected, by majority, the Prosecutor's appeal,⁷⁰ and, thus, the first-instance acquittal judgment became final.

Subsequently, Mr. Ngudjolo requested compensation from the Court under article 85. He addressed the request to the Presidency, which, in turn, referred the request, pursuant to rule 173 (1),⁷¹ to Trial Chamber II,⁷² responsible for ordering reparations in the Lubanga and Katanga case. In his request,⁷³ Mr. Ngudjolo alleged that his arrest and detention had been unlawful and that a grave and manifest miscarriage of justice had occurred because (i) his case had been joined with that of Mr. Katanga, (ii) of the Pre-Trial Chamber's confirmation of charges decision, and (iii) Trial Chamber II's comment in the acquittal judgment that "finding an accused person not guilty does not necessarily mean that the Chamber considers him or her to be innocent". Mr. Ngudjolo requested to be awarded EUR 906.346,- for the material and moral damage that he had suffered, and that the Court order the implementation of an awareness campaign in "Bedu Ezekere" in order to explain Mr. Ngudjolo's acquittal.⁷⁴ On 23 November 2015, a hearing was held on the matter.

⁶⁹ ICC, Decision of 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-3-tENG (Trial Chamber II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/2c2cde/> (3.12.2016).

⁷⁰ ICC, Decision of 27.2.2015 – ICC-01/04-02/12-271-Corr (Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Trial Chamber II entitled „Judgment pursuant to article 74 of the Statute“), the corrigendum was registered on 7.4.2015, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/efb111/> (3.12.2016); Joint Dissenting Opinion of Judge Ekaterina Trendafilova and Judge Cuno Tarfusser, ICC-01/04-02/12-271-AnxA, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/45f67c/> (3.12.2016).

⁷¹ Rule 173 (1) reads: "Anyone seeking compensation on any of the grounds indicated in article 85 shall submit a request, in writing, to the Presidency, which shall designate a Chamber composed of three judges to consider the request. These judges shall not have participated in any earlier judgement of the Court regarding the person making the request."

⁷² ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Trial Chamber II, Decision on the "Requête en indemnisation en application des dispositions de l'article 85 [1] et [3] du Statut de Rome" ["Ngudjolo Article 85 Decision"]), para. 4, online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/5df284/> (3.12.2016).

⁷³ ICC, Filing of 14.8.2015 – ICC-01/04-02/12-290 (Defense for Mr. Ngudjolo, Requête en indemnisation sur pied de l'article 85 [1] et [3] du Statut de Rome), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/fd2283/> (3.12.2016).

⁷⁴ ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Ngudjolo Article 85 Decision), para. 7.

With decision dated 16 December 2015, Mr. Ngudjolo's request was dismissed in its entirety. For the first time, a chamber gave its understanding on the elements and conditions under article 85 that are shortly presented in the following: At the outset, Trial Chamber II clarified that any request for compensation under any alternative of article 85 necessitates first a "decision of the Court", which precedes said request, as set out in rule 173 (2).⁷⁵ The Chamber also added that an acquittal judgment does not render an arrest or detention unlawful or constitutes, in and of itself, a grave and manifest miscarriage of justice within the meaning of rule 173 (2) (c).⁷⁶ In relation to the term "grave and manifest miscarriage of justice" within the meaning of article 85 (3), the Chamber stressed the high threshold inherent in article 85 (3) and the fact that "not every error committed in the course of the proceedings is automatically considered a 'grave and manifest' miscarriage of justice". Rather, in the view of the Judges, the provision only captures "a certain and undeniable miscarriage of justice following, for example, an erroneous decision by a trial chamber or wrongful prosecution". The miscarriage of justice must be "a clear violation of the applicant's fundamental rights and must have caused serious harm to the applicant".⁷⁷ Yet, even if the Chamber would determine a grave and manifest miscarriage of justice, it still retains discretion in awarding compensation.⁷⁸ Crucially, the Chamber also made clear that the article 85 procedure cannot be used as a vehicle to review alleged errors in the conduct of the Prosecutor's investigation⁷⁹ or re-assess the merits of decisions rendered by other chambers in the course of the proceedings.⁸⁰ Notwithstanding the absence of a "decision" within the meaning of rule 173 (2), the Chamber, in the interests of justice, proceeded to entertain Mr. Ngudjolo's main arguments, rejecting one after the other. From this decision, it is clear that the threshold to receive compensation under article 85 is rather high.

II. Situation in Darfur/Sudan (Pre-Trial Chamber II)⁸¹

- Referral by Security Council: 31 March 2005
- Victims participating: none

No proceedings at the situation level have taken place during the review period. Out of this situation, five cases emanated so far: in one case the charges were not confirmed by the

⁷⁵ ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Ngudjolo Article 85 Decision), para. 13.

⁷⁶ ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Ngudjolo Article 85 Decision), para. 15, 18.

⁷⁷ ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Ngudjolo Article 85 Decision), para. 45.

⁷⁸ ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Ngudjolo Article 85 Decision), para. 46.

⁷⁹ ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Ngudjolo Article 85 Decision), para. 30.

⁸⁰ ICC, Decision of 16.12.2015 – ICC-01/04-02/12-301-tENG (Ngudjolo Article 85 Decision), para. 47.

⁸¹ The record carries the situation number ICC-02/05.

competent Pre-Trial Chamber (Abu Garda),⁸² the accused in another case died (Jerbo),⁸³ and the remaining three cases are dormant (Harun and Al Kushayb, Banda, Hussein). Only the travel activities of President Omar Al Bashir kept the Pre-Trial Chamber active.

*The Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir (Pre-Trial Chamber II)*⁸⁴

- First warrant of arrest: 4 March 2009
- Second warrant of arrest: 12 July 2010
- Victims participating: 12
- Current status: suspect at large

At the beginning of 2015, Pre-Trial Chamber II issued a series of decisions requesting States to arrest and surrender the suspect to the Court.⁸⁵ Its attempts to move States to arrest Mr. Bashir remained, as in the past, unsuccessful. On 9 March 2015, Pre-Trial Chamber II determined that Sudan was not cooperating with the Court and referred the matter to the Security Council.⁸⁶ Of interest to the reader may be the Chamber's statement confronting directly the Security Council ("SC"): "In this context, the Chamber wishes to reiterate that, unlike domestic courts, the ICC has no direct enforce-

ment mechanism in the sense that it lacks a police force. As such, the ICC relies mainly on the States' cooperation, without which it cannot fulfill its mandate. When the SC, acting under Chapter VII of the UN Charter, refers the situation in Darfur, Sudan to the Court as constituting a threat to international peace and security, it must be expected that the Council would follow-up by way of taking such measures which are considered appropriate, if there is an apparent failure on the part of Sudan to cooperate in fulfilling the Court's mandate as entrusted to it by the Council. Otherwise, if there is no follow up action on the part of the SC, any referral by the Council to the ICC under Chapter VII of the UN Charter would never achieve its ultimate goal, namely, to put an end to impunity. Accordingly, any such referral would become futile."⁸⁷

On 15 April 2015, the Pre-Trial Chamber issued a decision whereby it delegated to the Registry the responsibility to request (or remind) States to arrest and surrender Mr. Bashir whenever the Court or any of its organs became aware of information of his travel, whether planned or ongoing.⁸⁸ With this decision, the Pre-Trial Chamber ceased its practice to issue decisions requesting or reminding States of their obligations to cooperate with the Court. It would only take action when issuing decisions on non-cooperation. As a side, this decision was filed in the case records of all cases pending before Pre-Trial chambers thus harmonizing the practice of all pre-trial chambers.

On 13 June 2015, Mr. Bashir entered the territory of the Republic of South Africa for the purpose of attending an African Union summit scheduled to take place from 7 to 15 June 2015. In response to the Prosecutor's request to clarify the obligations of South Africa vis-à-vis the Court, the Presiding Judge of Pre-Trial Chamber II responded that such clarification was not necessary since there "exists no ambiguity or uncertainty with respect to the obligation of the Republic of South Africa to immediately arrest and surrender" the suspect.⁸⁹ At that time, the Registry had already sent a note verbale to the South African Embassy in The Hague reminding the Republic of South Africa of its obligations. It is known that Mr. Bashir left the country without being arrested. On 4 September 2015, the Chamber requested the competent South African authorities to submit their views on the events surrounding the failed arrest and surrender of the suspect Mr. Al Bashir for the purposes of the Chamber's deter-

⁸² This is the case of *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda* (ICC-02/05-02/09); see ICC, Decision of 8.2.2010 – ICC-02/05-02/09-243-Red (Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/cb3614/> (3.12.2016).

⁸³ The accused Saleh Mohammed Jerbo Jamus died and proceedings were terminated against him on 4.10.2013, see ICC, Decision of 4.10.2013 – ICC-02/05-03/09-512-Red (Trial Chamber IV, Public redacted Decision terminating the proceedings against Mr. Jerbo), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/def820/> (3.12.2016).

⁸⁴ The record carries the case number ICC-02/05-01/09.

⁸⁵ ICC, Decision of 23.1.2015 – ICC-02/05-01/09-222 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the "Prosecution's Notification of Travel in the Case of The Prosecutor v Omar Al Bashir"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/fc4e3b/> (3.12.2016); ICC, Decision of 24.2.2015 – ICC-02/05-01/09-224 (Decision Regarding Omar Al Bashir's Travel to the United Arab Emirates and his Potential Travel to the Kingdom of Saudi Arabia, the State of Kuwait and the Kingdom of Bahrain), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/7f6546/> (3.12.2016); ICC, Decision of 24.3.2015 – ICC-02/05-01/09-232 (Decision Regarding Omar Hassan Ahmad Al Bashir's Travel to the Kingdom of Saudi Arabia and the Arab Republic of Egypt), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/293b36/> (3.12.2016).

⁸⁶ ICC, Decision of 9.3.2015 – ICC-02/05-01/09-227 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance Against the Republic of the Sudan ["Sudan Compliance Decision"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/59d181/> (3.12.2016).

⁸⁷ ICC, Decision of 9.3.2015 – ICC-02/05-01/09-227, (Sudan Compliance Decision) para. 17.

⁸⁸ ICC, Decision of 15.4.2015 – ICC-02/05-01/09-235-Corr (Pre-Trial Chamber II, Corrigendum of Orders to the Registrar concerning action to be taken in case of information relating to travel of suspects), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/4b854c/> (3.12.2016).

⁸⁹ ICC, Decision of 13.6.2015 – ICC-02/05-01/09-242 (Pre-Trial Chamber II, Decision following the Prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under the obligation to immediately arrest and surrender Omar Al Bashir), para. 1, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/c2dc80/> (3.12.2016).

mination pursuant to article 87 (7).⁹⁰ The Republic of South Africa returned to the Chamber and requested an extension of time for the submission of its report since the circumstances surrounding Mr. Al Bashir's departure from the African Union summit were currently discussed before domestic courts. Such extension of time was granted by decision dated 15 October 2015. Moreover, the State Party was "ordered" to report back to the Chamber on the developments in the relevant domestic judicial procedures.⁹¹ Since then, no further developments took place in this matter.

On 11 July 2016, the Pre-Trial Chamber found that the Republic of Djibouti and Republic of Uganda had failed to comply with the request to arrest and surrender Mr. Al Bashir and referred the matter to the Assembly of States Parties and the SC.⁹² In its argumentation, the Chamber followed the 9 April 2014 decision of Pre-Trial Chamber II directed against the DRC.⁹³

III. Situation in Central African Republic I (Pre-Trial Chamber II)⁹⁴

- Referral by the Central African Republic: 21 December 2004
- Victims participating: none

⁹⁰ ICC, Decision of 4.9.2015 – ICC-02/05-01/09-247 (Pre-Trial Chamber II, Order requesting submissions from the Republic of South Africa for the purposes of proceedings under article 87 [7] of the Rome Statute), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/8a12a8/> (3.12.2016).

⁹¹ ICC, Decision of 15.10.2015 – ICC-02/05-01/09-249 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the request of the Republic of South Africa for an extension of the time limit for submitting their views for the purposes of proceedings under article 87 [7] of the Rome Statute), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/4c586d/> (3.12.2016).

⁹² ICC, Decision of 11.7.2015 – ICC-02/05-01/09-266 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/a09363/> (3.12.2016); ICC, Decision of 11.7.2015 – ICC-02/05-01/09-267 (Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/51c322-1/> (3.12.2016).

⁹³ ICC, Decision of 9.4.2014 – ICC-02/05-01/09-195 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/89d30d/> (3.12.2016).

⁹⁴ The record carries the situation number ICC-01/05.

No proceedings at the situation level have taken place during the review period. Out of this situation, two cases emanated so far. In the course of the trial in the case of *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08),⁹⁵ the Prosecutor had received information from an anonymous source that defense witnesses in that case may have been bribed or illicitly coached by the defense of Mr. Bemba. As a result, the Prosecutor turned to the Pre-Trial Chamber assigned with the situation and requested its assistance in gathering relevant evidence. In the following, the major steps leading to the opening of a second case in the situation are described.

1. The Prosecutor's Investigation

On 3 May 2013, the Prosecutor informed the Chamber that she was investigating potential offences against the administration of justice under article 70 and rule 165 in the context of the Bemba case, and that such investigation would require a number of additional investigative measures. Single Judge

⁹⁵ Jean-Pierre Bemba Gombo was convicted on 21.3.2016, see ICC, Decision of 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/edb0cf/> (3.12.2016); Judge Sylvia Steiner and Judge Kuniko Ozaki appended both separate opinions to the judgment: Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/edb0cf/> (3.12.2016); Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki, ICC-01/05-01/08-3343-AnxII, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/496d5d/> (3.12.2016). Mr. Bemba was sentenced to 18 years imprisonment on 21.6.2016, see ICC, Decision of 21.6.2016 – ICC-01/05-01/08-3399 (Trial Chamber III, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/f4c14e/> (3.12.2016); Judge Kuniko Ozaki appended a separate opinion to the decision: Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki, ICC-01/05-01/08-3399-AnxI, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/440dbf/> (3.12.2016). The Defense lodged an appeal against the judgment of conviction, see Public Redacted Version of Appellant's document in support of the appeal, 28.9.2016, ICC-01/05-01/08-3434-Red; it also filed a notice to appeal the sentence decision, see Defense Notice of Appeal against Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3399, 22.7.2016, ICC-01/05-01/08-3412, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/4e5be3/> (3.12.2016). Also the Prosecutor filed a notice of appeal against the sentence decision, see Prosecution's Notice of Appeal against Trial Chamber III's "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", 22.7.2016, ICC-01/05-01/08-3411, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/3b3e0a/> (3.12.2016).

Cuno Tarfusser, acting on behalf of the Pre-Trial Chamber,⁹⁶ responded favorably five days later, on 8 May 2013, and, on the basis of article 57 (3) (a),⁹⁷ ordered the Registrar “to make available to the Prosecutor the complete log of all telephone calls placed or received by [Mr Bemba] during his stay at the detention centre, as well as any available recording of all non-privileged calls either placed or received by him”.⁹⁸ As such calls were not directed to counsel, no need for further safeguards to protect the counsel-client privilege was deemed necessary.⁹⁹ She was further authorized to contact key witnesses of the Bemba defense for interview purposes in deviation of the protocol regulating contacts between witnesses and the parties, as established by Trial Chamber III.¹⁰⁰

Having analyzed the evidence thus acquired that further solidified grounds for suspicion, the Prosecutor approached the Single Judge again and requested further judicial assistance. On 19 July 2013, she sought authorization to collect recordings of telephone intercepts from the Dutch and Belgian authorities involving the telephones of Mr. Kilolo, lead counsel of Mr. Bemba, and Mr. Mangenda, case manager in the defense team of Mr. Bemba, under article 57 (3) (a).¹⁰¹ Also in this instance, the Single Judge accorded to the Prosecutor’s request and, on 29 July 2013, granted such authorization.¹⁰² Mindful of the counsel-client privilege pursuant to

rule 73 possibly being affected by this decision, the Single Judge ruled that such privilege is forfeited “whenever an accused uses such right with a view to furthering a criminal scheme, rather than to obtaining legal advice”. In his estimation, this “behaviour is to be regarded as an abuse of the statutory right and entails that neither the accused nor the lawyer are any longer entitled to the confidentiality which otherwise pertains to lawyer-client communications as a matter of course”.¹⁰³ Acknowledging the absence of any explicit statutory provision, he nevertheless deemed such exception to the privileged nature of communications between an accused and his/her counsel to be broadly accepted at the national and international level.¹⁰⁴ The interception of privileged communications involving counsel, however, necessitated further safeguards to be put in place in order to differentiate those communications ordinarily privileged from those which fall under the crime-fraud exception. Upon suggestion of the Prosecutor, the Single Judge appointed a “really independent” counsel, unconnected with either party, and tasked him with (i) reviewing the call logs provided by the Dutch and Belgian authorities with a view to identifying whether the logs show calls received from or placed to parties connected to the investigation; (ii) listening to the recordings of any such calls, and (iii) providing “elements of the recordings which may be relevant for the limited purpose of the investigation of the Prosecutor’s investigation and delivering them to the Prosecutor”. The Single Judge found that in this way the “privilege would be strictly maintained on all such recordings which would not offer elements of interest or relevance for the purposes of the Prosecutor’s investigation”.¹⁰⁵ The use of an independent third actor, who is not associated with any of the parties, appears to be a prudent and the only viable solution. The Prosecutor could not have possibly distinguished privileged calls from those relevant to the investigation lest she becomes privy to confidential information. The potential suspects were not yet aware of the investigative measures taken and, forming the object of the investigation, would logically not be best placed to assist in

⁹⁶ ICC, Decision of 6.5.2013 – ICC-01/05-45 (Pre-Trial Chamber II, Decision designating a Single Judge), online available at:

<https://www.legal-tools.org/doc/2f4103/> (3.12.2016).

⁹⁷ Article 57 (3) (a) reads: “In addition to its other functions under this Statute, the Pre-Trial Chamber may: (a) At the request of the Prosecutor, issue such orders and warrants as may be required for the purposes of an investigation.”

⁹⁸ ICC, Decision of 8.5.2013 – ICC-01/05-44-Red (Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s “Request for judicial assistance to obtain evidence for investigation under Article 70” [“First Judicial Assistance Decision”]), p. 8, operative part, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/0db33f/> (3.12.2016).

⁹⁹ ICC, Decision of 8.5.2013 – ICC-01/05-44-Red (First Judicial Assistance Decision), para. 4.

¹⁰⁰ ICC, Decision of 8.5.2013 – ICC-01/05-44-Red (First Judicial Assistance Decision), para. 11 f.

¹⁰¹ ICC, Filing of 12.2.2014 – ICC-01/05-51-Red (Office of the Prosecutor, Public redacted version of “Request for judicial order to obtain evidence for investigation under article 70”, 19.7.2013, ICC-01/05-51-Conf-Exp), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/24a421/> (3.12.2016).

¹⁰² ICC, Decision of 29.7.2013 – ICC-01/05-52-Red2 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s “Request for judicial order to obtain evidence for investigation under Article 70” [“Second Judicial Assistance Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a13ba0/> (3.12.2016); the decision was rendered public with redactions on 3.2.2014). Leave to appeal this decision, once it was notified to the defense in the case, were rejected for lack of standing of the participants at the time of the issuance of the decision, see

ICC, Decision of 14.2.2014 – ICC-01/05-01/13-187 (Pre-Trial Chamber II, Joint decision on applications for leave to appeal decisions issued in the situation following their reclassification, submitted by the Defense for Mr. Mangenda, the Defense for Mr. Kilolo and the Defense for Mr. Bemba), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/d46501/> (3.12.2016); ICC, Decision of 26.3.2014 – ICC-01/05-01/13-295 (Decision on the “Requête d’autorisation d’appel de la décision publique ICC-01/05-01/13-18714-02-2014 ‘joint decision’” submitted by the Defence for Jean-Jacques Mangenda on 19.2.2014), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/8e24cf/> (3.12.2016).

¹⁰³ ICC, Decision of 29.7.2013 – ICC-01/05-52-Red2 (Second Judicial Assistance Decision), para. 3.

¹⁰⁴ ICC, Decision of 29.7.2013 – ICC-01/05-52-Red2 (Second Judicial Assistance Decision), para. 4.

¹⁰⁵ ICC, Decision of 29.7.2013 – ICC-01/05-52-Red2 (Second Judicial Assistance Decision), para. 6 f.

gathering incriminating evidence against themselves. Equally, it would not have been appropriate for the Single Judge or the Chamber to take over this task as this would have meant to actively collect evidence upon which the Chamber may subsequently have to pass judgment. Hence, the institution of “independent counsel” was born.

On 10 October 2013, the Single Judge granted a further request for judicial assistance and ordered the Victims and Witnesses Unit (“VWU”), inter alia, to provide the Prosecutor with (i) all available telephone contact information for all 62 Bemba defense witnesses, and (ii) all available telephone contact information for VWU mobile phones issued to defense witnesses during their stays in the Netherlands.¹⁰⁶

2. Prosecutor’s Article 58 Request

Approximately one month later, on 19 November 2013, the Prosecutor requested the issuance of a warrant of arrest under article 58 against five suspects, including Mr. Bemba, Mr. Kilolo and Mr. Mangenda. The other two suspects were Mr. Bemba’s long-time political ally Mr. Banda, and Mr. Arido, a potential defense witness in the Bemba case. On the same day, the Single Judge requested the Presidency to waive the immunities Mr. Kilolo and Mr. Mangenda that they may enjoy under the Rome Statute, the Headquarters Agreement¹⁰⁷ and the Immunities Agreement¹⁰⁸ in order to issue and execute a joint warrant of arrest against them and others for article 70 offences against the administration of justice. Since Judge Tarfusser was Second Vice-President at the time of said request, he also requested to be excused from deciding as member of the Presidency.

The following day, the Presidency, noting the terms of article 25 of the Headquarters Agreement, and article 18 of the Immunities Agreement, decided that no such waiver need be granted.¹⁰⁹ It justified its decision by clarifying that immuni-

ties relate only to “legitimate functions performed by counsel and persons assisting”, such as case managers, but that in the instant case there was “no immunity attaching to the acts allegedly committed by the persons concerned which presents a bar to their arrest and potential detention on remand”.¹¹⁰ Considering article 30 of the Headquarters Agreement and article 26 of the Immunities Agreement, the Presidency decided to waive the immunities of the two suspects “to the extent necessary for the issuance and execution of the arrest warrant against them [...] and for their potential detention on remand pending investigation or prosecution of those offences”.¹¹¹ With this last decision, the Presidency cleared the way for Single Judge Tarfusser to issue the warrant of arrest against the five suspects. A new case record was opened.

3. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu, and Narcisse Arido (Trial Chamber VII)*¹¹²

- Warrant of arrest against accused: 20 November 2013
- Initial appearance of Mr. Bemba, Mr. Kilolo, Mr. Babala: 27 November 2013
- Initial appearance of Mr. Mangenda: 5 December 2013
- Initial appearance of Mr. Arido: 20 March 2014
- Document Containing the Charges: 30 June 2014
- Confirmation of charges: 10 November 2014
- Trial: 29 September 2015-1 June 2016
- Current status: judgment deliberations

a) *Proceedings Before Pre-Trial Chamber II*

As announced above, on 20 November 2013 Single Judge Tarfusser issued a warrant of arrest against all five suspects having found reasonable grounds to believe that they had committed offences against the administration of justice involving the presentation of false or forged evidence and the corrupt influencing of witnesses.¹¹³ In the course of the pre-trial process leading up to the confirmation of charges stage, the Single Judge took a series of decisions on procedural matters that are presented shortly in the following.

ground of a conflict of interest. The Presidency, in turn, designated Judge Akua Kuenyehia to carry out the functions as Second Vice-President pursuant to regulation 11 (2) of the Regulations of the Court, see Annex III annexed to the Waiver Decision, ICC-01/05-68-AnxIII, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/d80992/> (3.12.2016).

¹¹⁰ ICC, Decision of 20.11.2013 – ICC-01/05-68 (Waiver Decision), para. 10.

¹¹¹ ICC, Decision of 20.11.2013 – ICC-01/05-68 (Waiver Decision), para. 11 ff.

¹¹² The record carries the case number ICC-01/05-01/13.

¹¹³ ICC, Decision of 5.12.2013 – ICC-01/05-01/13-1-Red2-tENG (Pre-Trial Chamber II, Warrant of arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/9f1848/> (18.12.2016).

¹⁰⁶ ICC, Decision of 10.10.2013 – ICC-01/05-62-Red (Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s “Third request for judicial order to obtain evidence for investigation under Article 70” dated 7.10.2013 [ICC-01/05-60-Conf-Exp]).

¹⁰⁷ Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State, ICC-BD/04-01-08 (entered into force on 1.3.2008), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/45e340/> (3.12.2016).

¹⁰⁸ Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court, ICC-ASP/1/3 (Part.II-E)^{bis} (entered into force on 22.7.2004), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/6eefbc/> (3.12.2016).

¹⁰⁹ ICC, Decision of 20.11.2013 – ICC-01/05-68 (Presidency, Decision on the urgent application of the Single Judge of Pre-Trial Chamber II of 19.11.2013 for the waiver of the immunity of lead defence counsel and the case manager for the defence in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo [“Waiver Decision”]), para. 11, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/d2253f/> (3.12.2016). Since Judge Tarfusser was Second Vice-President at the time of his request for waiver of immunity, he also requested to be excused from deciding as member of the Presidency on the

A substantial portion of the evidentiary material in this case consisted of intercepted communications between the accused. The independent counsel was appointed again to review electronic and other material of the suspects with a view to identifying privileged or irrelevant material. The parties were ordered to provide the independent counsel with a list of keywords that would assist him in identifying the privileged material. The independent counsel was required to report back to the Single Judge.¹¹⁴ The appointment of the independent counsel was not considered warranted for calls between the accused, Mr. Bemba, and his case manager.¹¹⁵ Requests to disqualify the independent counsel or to call him as a witness at the confirmation stage were rejected.¹¹⁶

¹¹⁴ ICC, Decision of 13.12.2013 – ICC-01/05-01/13-41-Red (Pre-Trial Chamber II, Decision appointing an Independent Counsel and taking additional measures for the purposes of the forensic acquisition of material seized in the proceedings), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/5e8f7f/> (3.12.2016); the Bemba, Kilolo and Mangenda defense requested leave to appeal/reconsideration which were denied, see ICC, Decision of 18.12.2013 – ICC-01/05-01/13-50 (Pre-Trial Chamber II, Decision on “Demande d’autorisation d’interjeter appel contre la ‘Decision appointing an Independent Counsel and taking additional measures for the purposes of the forensic acquisition of material seized in the proceedings’ [ICC-01/05-01/13-41-Conf-Red]”), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/24fc69/> (3.12.2016); ICC, Decision of 18.12.2013 – ICC-01/05-01/13-51 (Decision on “Defense request for leave to appeal decision ICC-01/05-01/13-41-Conf-Red”), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/eb6fda/> (3.12.2016); ICC, Decision of 19.12.2013 – ICC-01/05-01/13-56 (Decision on the “Requête d’autorisation d’appel de la décision ICC-01/05-01/13-41-Conf-Red”), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a60137/> (3.12.2016); ICC, Decision of 20.1.2014 – ICC-01/05-01/13-114 (Decision on the “Demande en reconsideration de la décision du 19.12.2013 sur la requête en autorisation d’appel de la décision ICC-01/05-01/13-41-Conf-Red” submitted by the Defence for Mr. Mangenda), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/9a4d07/> (3.12.2016). An additional decision on the matter can be found in ICC, Decision of 25.4.2014 – ICC-01/05-01/13-366-Red (Decision on the “Prosecution’s Request to Refer Potentially Privileged Materials to Independent Counsel”), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/514608/> (3.12.2016).

¹¹⁵ ICC, Decision of 17.12.2013 – ICC-01/01-01/13-48 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the “Prosecution’s request for recordings of telephone calls between Messrs Bemba and Mangenda to be referred to Independent Counsel”), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/ecb7c7/> (3.12.2016).

¹¹⁶ ICC, Decision of 25.4.2014 – ICC-01/05-01/13-362-Red (Pre-Trial Chamber II, Decision on the request for disqualification of Independent Counsel filed by the Defense of Jean-Pierre Bemba Gombo), online available at:

The article 70 investigation was triggered by the hint of an anonymous informant, who informed the Office of the Prosecutor about an alleged witness bribery scheme orchestrated by the suspects. While the content of the information provided must be disclosed to the defense, the identity of the anonymous informant must be “strictly preserved”, the Single Judge ordered at the time.¹¹⁷ He defined an anonymous informant as “a person who, usually in exchange for the assurance of anonymity, contacts an investigator in order to ‘inform’ him or her of something he or she considers of potential interest to the investigator, thereby either triggering a new investigation or supplementing already available information in the context of previously opened investigations or proceedings”; and clarified that “by no means can information provided by an informant, whether anonymous or not (as opposed to a witness statement), be regarded, treated or relied upon as evidence in the context of judicial proceedings, and even less constitute the sole basis for a judicial decision”.¹¹⁸

The Mangenda defense requested that the Court refrains from exercising its jurisdiction in relation to Mr. Mangenda and that the case be submitted to the Dutch authorities for the purpose of prosecution in accordance with article 70 (4) (b).¹¹⁹ The Dutch authorities informed the Court that they saw “no reason [...] to prosecute Mr. Mangenda Kabongo,

<http://www.legal-tools.org/doc/26ffcb/> (3.12.2016), the public redacted version was registered on 19.5.2014; leave to appeal this decision was denied, see ICC, Decision of 17.6.2014 – ICC-01/05-01/13-502 (Decision on the “Defence request for leave to appeal decisions ICC-01/05-01/13-362-Conf and ICC-01/05-01/13-366-Conf” submitted by the Defence for Mr. Bemba), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/aed748/> (3.12.2016); ICC, Decision of 4.6.2014 – ICC-01/05-01/13-457 (Decision on the “Defence request to compel the attendance of the Independent Counsel for examination during the confirmation proceedings” submitted by the Defence for Jean-Pierre Bemba Gombo), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/6207bc/> (3.12.2016).

¹¹⁷ ICC, Decision of 27.3.2014 – ICC-01/05-01/13-298 (Pre-Trial Chamber II, Second Decision on the “Defence request for disclosure” submitted by the Defence for Jean-Pierre Bemba on 20.2.2014 and related filings [“Second Disclosure Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/c43642/> (3.12.2016).

¹¹⁸ ICC, Decision of 27.3.2014 – ICC-01/05-01/13-298, (Second Disclosure Decision), p. 4 f. See also ICC, Decision of 15.4.2014 – ICC-01/05-01/13-337 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the “Defence request for a confidential investigative measure pursuant to article 57 [3] [b] of the Rome Statute”), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/963151/> (3.12.2016).

¹¹⁹ Article 70 (4) (b) reads: “Upon request by the Court, whenever it deems it proper, the State Party shall submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall treat such cases with diligence and devote sufficient resources to enable them to be conducted effectively.”

under its domestic jurisdiction, for the facts as set out in the request”.¹²⁰ Accordingly, the prosecution of Mr. Mangenda continued before the ICC.

Rule 165 (3) allows that the confirmation of charges process for article 70 proceedings take place “without a hearing”; the Single Judge organized the confirmation process in writing.¹²¹ A request of the Kilolo defense to call four witnesses to provide viva voce testimony was rejected with the argument that “absent compelling reasons to the contrary, presentation of evidence in documentary form is the preferred modality by which evidence is introduced at the stage of the confirmation of charges proceedings”.¹²²

The calendar was set first during the initial appearance of Mr. Bemba, Mr. Kilolo and Mr. Babala¹²³ and was amended three times.¹²⁴ The postponement of several months became

unavoidable, inter alia, due to the time required by the Dutch authorities to make their final reports on the intercepted communications available to the Court.¹²⁵ Various deadlines for submissions were set mirroring the order in which the parties would have made their submissions, in writing and orally, in the context of an article 5 confirmation process. On 30 June 2014, the Prosecutor submitted the document containing the charges (“DCC”) together with the list of evidence.¹²⁶ The Bemba defense challenged the DCC by objecting to its form. The Single Judge rejected such remedy as, in his estimation, the challenges pertained to the merits of the case which the defense should raise in its written submissions.¹²⁷ Likewise, the Arido defense complained about the fact that the Prosecutor had added in the DCC “one new charge”, “three new modes of liability” and “two new alleged courses of conduct” that purportedly went beyond the warrant of arrest and thus infringed Mr. Arido’s statutory rights. The Single Judge responded by pointing out that the Chamber would not interfere with the Prosecutor’s framing of the charges in the DCC if presented within the timeframe of rule 121 (3) and (4).¹²⁸ As regards the alleged violation of the rule of speciality under article 101, the Single Judge determined that the DCC was based on the same factual allegations as presented in the warrant of arrest and that, as a result, the course of conduct underlying the offences for which he was surrendered remained the same.¹²⁹ The parties submitted their written submissions in lieu of the hearing on 30 July 2014.

¹²⁰ ICC, Decision of 17.3.2014 – ICC-01/05-01/13-263 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the “Requête à la Cour de ne pas exercer sa compétence, en application de l’art. 70.4 (b) du Statut de Rome et de la règle 162.a, ‘Demande en désaisissement’” submitted by the Defence for Mr. Mangenda), para. 10, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/8fbb9a/> (3.12.2016).

¹²¹ Rule 165 (3) stipulates: “For purposes of article 61, the Pre-Trial Chamber may make any of the determinations set forth in that article on the basis of written submissions, without a hearing, unless the interests of justice otherwise require.”

¹²² ICC, Decision of 25.4.2014 – ICC-01/05-01/13-363 (Pre-Trial Chamber II, Decision on “Requête aux fins d’audition de témoins de la Défense à l’audience de confirmation des charges” filed by the Defence of Aimé Kilolo Musamba), p. 4, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/5d9ea0/> (3.12.2016).

¹²³ ICC, Transcript of 27.11.2013 – ICC-01/05-01/13-T-1 (Pre-Trial Chamber II, Transcript of Hearing), p. 15, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/42e95e/> (3.12.2016); leave to appeal this oral order was denied, see ICC, Decision of 14.1.2014 – ICC-01/05-01/13-93 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the “Requête en autorization d’appel [art. 82.1.d]” submitted by the Defence for Mr. Mangenda), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/ef42ff/> (3.12.2016).

¹²⁴ ICC, Decision of 14.3.2014 – ICC-01/05-01/13-255 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the “Prosecution’s request for variation of time limits pursuant to regulation 35 of the Regulations of the Court concerning the confirmation of charges” dated 3.3.2014), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/01ad13/> (3.12.2016); ICC, Decision of 28.5.2014 – ICC-01/05-01/13-443 (Decision amending the calendar for the confirmation of the charges), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/78d62b/> (3.12.2016); ICC, Decision of 5.8.2014 – ICC-01/05-01/13-610 (Decision on the “Prosecution request for variation of time limit for confirmation response” dated 4.8.2014), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/9d5506/> (3.12.2016).

¹²⁵ ICC, Decision of 21.10.2014 – ICC-01/05-01/13-703 (Pre-Trial Chamber II, Decision ordering the release of Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido), p. 4, online available at: <https://www.legal-tools.org/doc/fdd733/> (3.12.2016).

¹²⁶ ICC, Filing of 3.7.2014 – ICC-01/05-01/13-526-AnxB1-Red (Office of the Prosecutor, Document Containing the Charges), online available at:

<https://www.legal-tools.org/doc/cdbe96/> (3.12.2016); the original confidential version was filed on 30.6.2014.

¹²⁷ ICC, Decision of 11.7.2014 – ICC-01/05-01/13-561 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the “Defence objection to the form of the document containing the charges” submitted by the Defence for Mr. Bemba on 2.7.2014 and on the “Requête urgente de la Défense tendant à obtenir de la Chambre préliminaire II l’autorisation d’accès aux Annexes confidentielles du document ICC-01/05-01/08-346-Conf dans l’affaire le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo” submitted by the Defence for Mr. Babala on 7.7.2014), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/d248f2/> (3.12.2016).

¹²⁸ ICC, Decision of 15.7.2014 – ICC-01/05-01/13-567 (Pre-Trial Chamber II, Decision on “Narcisse Arido’s Request for an Order Rejecting the Prosecution’s Document Containing the Charges [ICC-01/05-01/13-526-AnxB1] and for an Order to the Prosecution to File an Amended and Corrected Document Containing the Charges” [“Decision on Objections”]), p. 4 f.; online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/cb345d/> (3.12.2016).

¹²⁹ ICC, Decision of 15.7.2014 – ICC-01/05-01/13-567 (Decision on Objections), p. 5.

On 21 August 2014, the Prosecutor responded to the submissions of the defense and on 11 September, the defense replied to the Prosecutor's response.

The Single Judge had denied the suspects' requests for interim release affirming that the conditions of article 58 (1) (b) were continuously met. Prior to the issuance of the confirmation of charges decision, on 21 October 2014, the Single Judge, acting *proprio motu*, however released four of the accused from detention¹³⁰ who had spent several months to almost a year in detention.¹³¹ The decision directed at Mr. Kilolo, Mr. Mangenda, Mr. Babala and Mr. Arido is remarkably short. Referring to article 60 (4) he argued that the "duration of the detention has to be balanced *inter alia* against the statutory penalties applicable to the offences at stake in these proceedings and that, accordingly, the further extension of the period of the pre-trial detention would result in making its duration disproportionate".¹³² The Prosecutor's request to stay *ad interim* the release order was dismissed.¹³³ Upon appeal of the Prosecutor, the Appeals Chamber, on 29 May 2015, reversed the decision and clarified that in the absence of an inexcusable delay on the part of the Prosecutor reference to article 60 (4) was misplaced; rather, article 60 (3), in conjunction with article 21 (3) is the correct legal basis on which the Single Judge should have based the release decision.¹³⁴ The Appeals Chamber criticized that in the context of the article 60 (3) review the lapse of time may not be considered, on its own, as a "changed circumstance" overriding any other factor. Instead, the Single Judge must review "whether the conditions of article 58 (1) (a) and (b) of the Statute, which were found to be met in the initial article 60 (2) assessment, have changed such that detention is no longer

justified".¹³⁵ Hence, the time already spent in detention must be considered "along with the risks that are being reviewed under article 60 (3) of the Statute, in order to determine whether, all factors being considered, the continued detention 'stops being reasonable' and the individual accordingly needs to be released. [...] The potential penalty for the offences charged may be a factor to take into account in assessing whether the time in detention is reasonable. Nevertheless, this factor cannot be assessed in isolation, but would need to be considered in light of all of the circumstances of the case".¹³⁶ The Appeals Chamber remanded the matter to Trial Chamber VII to which the four accused (together with the accused Mr. Bemba) had been committed in the meantime. As regards the accused who have been at liberty since 21 October 2014, the Appeals Chamber found that "it would not be in the interests of justice for the suspects to be re-arrested because of the reversal of the [Single Judge's decision]".¹³⁷

On 11 November 2014, Pre-Trial Chamber II confirmed the charges, in part, against the five suspects and committed them to trial.¹³⁸ As regards the scope of the charges, the Chamber confirmed the offences of corruptly influencing 14 witnesses (article 70 [1] [c]), presenting false evidence (article 70 [1] [b]), and giving false evidence (article 70 [1] [a]) on the part of 14 defense witnesses, all perpetrated in various ways by the five accused. A number of charges involving several modes of criminal responsibilities were declined, alas without any further reasoning. The factual scope of the charges in relation to Mr. Arido was limited to only four witnesses. The Chamber also declined the charges involving 14 allegedly forged documents. Despite the novelty of legal issues and the many interpretative uncertainties under article 70, the confirmation decision does not dwell much on the applicable law. The few interpretative approaches of the Chamber are quickly summarized: in response to the Arido defense argument to take into account in article 70 proceedings "gravity" and "interests of justice" considerations and, for those reasons alone, to decline the charges, the Chamber recalled that such considerations cannot be invoked in the

¹³⁰ ICC, Decision of 21.10.2014 – ICC-01/05-01/13-703 (Pre-Trial Chamber II, Decision ordering the release of Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido ["Bemba et al Release Decision"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/fdd733/> (3.12.2016).

¹³¹ Article 70 (3) establishes that for offences of the administration of justice, the potential penalty is, *inter alia*, imprisonment "not exceeding five years".

¹³² ICC, Decision of 21.10.2014 – ICC-01/05-01/13-703 (Bemba et al Release Decision), p. 4.

¹³³ ICC, Decision of 22.10.2014 – ICC-01/05-01/13-711 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor's "Urgent Motion for Interim Stay of the 'Decision ordering the release of Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido'"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/281904/> (3.12.2016).

¹³⁴ ICC, Decision of 29.5.2015 – ICC-01/05-01/13-969 (Appeals Chamber, Judgment on the appeals against Pre-Trial Chamber II's decisions regarding interim release in relation to Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda, Fidèle Babala Wandu, and Narcisse Arido and order for reclassification ["Bemba et al Appeals Judgment Interim Release"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/cc45d2/> (3.12.2016).

¹³⁵ ICC, Decision of 29.5.2015 – ICC-01/05-01/13-969 (Bemba et al Appeals Judgment Interim Release), para. 44.

¹³⁶ ICC, Decision of 29.5.2015 – ICC-01/05-01/13-969 (Bemba et al Appeals Judgment Interim Release), para. 45.

¹³⁷ ICC, Decision of 29.5.2015 – ICC-01/05-01/13-969 (Bemba et al Appeals Judgment Interim Release), para. 57. Subsequently, Trial Chamber VII, which had been seized of the case at the time the Appeals Chamber ruling was rendered, upheld the release of the four accused, subject to conditions, but based its decision on the proper legal bases, see ICC, Decision of 17.8.2015 – ICC-01/05-01/13-1151 (Trial Chamber VII, Decision Regarding Interim Release), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/27d999/> (21.11.2015).

¹³⁸ ICC, Decision of 11.11.2014 – ICC-01/05-01/13-749 (Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute ["Bemba et al Confirmation Decision"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a44d44/> (3.12.2016).

context of article 70 as rules 163 (2) and 165 (2) make clear.¹³⁹ As regards article 70 (1) (a), the Chamber clarified that false testimony relates to “any type of information that the witness provides or withholds while testifying under oath”. Any third person may be prosecuted as an accessory, irrespective of whether the witness is prosecuted.¹⁴⁰ As regards article 70 (1) (b), the Chamber explained that the notion “evidence” encompasses all types of evidence, including oral evidence; the evidence is deemed “presented” when it is “introduced in the proceedings, thereby being made available to the parties, the participants and the Chamber”; the notion “party” covers members of the defense team and the accused.¹⁴¹ “Corruptly influencing” within the meaning of article 70 (1) (c) was interpreted to include any “conduct that that may have (or is expected by the perpetrator to have) an impact or influence on the testimony”; the term “corruptly”, in the view of the Judges, suggests the aim of “contaminating the witness’s testimony”. Crucially, the Chamber determined that the “offence of corruptly influencing a witness is constituted independently from whether the pursued impact or influence is actually achieved and must therefore be understood as a conduct crime, not a result crime”.¹⁴² Finally, it confirmed that article 25 is applicable in the context of article 70 offences.¹⁴³ Leave to appeal this decision by various defense teams was rejected and the case record transmitted to the Presidency, as per rule 129.

b) Proceedings Before Trial Chamber VII

Trial Chamber VII, assigned with the case,¹⁴⁴ took a series of interesting procedural decisions which mark a significant

departure from the manner in which trials have been prepared and conducted at the ICC in the past. The fact that the charges involve article 70 offences and not crimes within the meaning of article 5 does not make the procedure any simpler or different. The procedural framework, under which the prosecution of article 70 offences takes place, is the same as for article 5 crimes (rule 163 [1]).¹⁴⁵ To the contrary, the fact that the Bemba case was still ongoing and the number of accused in this case posed several challenges to the Trial Chamber which it sought to overcome by taking foremost a pragmatic approach. It is also worth mentioning that, for the first time, a Single Judge was designated (Judge Bertram Schmitt) who would resolve preparatory matters as set out in rule 132 bis.¹⁴⁶ This aligns the working methods of the trial chambers with those of the pre-trial chambers and, perhaps, contributes to the expediting the judicial resolution of requests.

Unlike other trial chambers, this Chamber, by Majority, declined to allow the Prosecutor to submit a so-called “Updated DCC” in which she frames the charges anew for the accused. In a noteworthy decision dated 10 June 2015, the Chamber’s Majority explained in detail why such a remedy is neither “appropriate nor compatible with the procedural regime set out in the Statute”.¹⁴⁷ Crucially, in the Majority’s view, the confirmation decision is a judicial decision which cannot be “updated” by the parties.¹⁴⁸ The charges set out in the confirmation decision are binding on the Trial Chamber. Finally, the Chamber’s Majority determined that the confirmation decision satisfies the minimum requirements of article 67 (1) (a).¹⁴⁹ The Minority Judge argued that the submission of an updated DCC is entirely at the discretion of the Trial Chamber and would satisfy the statutory requirement that the accused be notified of the charges. He nevertheless acknowledged that the confirmation decision is the overarching authoritative document that controls the Updated DCC and that

¹³⁹ ICC, Decision of 11.11.2014 – ICC-01/05-01/13-749 (Bemba et al Confirmation Decision), para. 22 f.; Rule 163 (2) stipulates: “The provisions of Part 2, and any rules thereunder, shall not apply, with the exception of article 21.” Rule 165 (2) reads: “Articles 53 and 59, and any rules thereunder, shall not apply.”

¹⁴⁰ ICC, Decision of 11.11.2014 – ICC-01/05-01/13-749 (Bemba et al Confirmation Decision), para. 28.

¹⁴¹ ICC, Decision of 11.11.2014 – ICC-01/05-01/13-749 (Bemba et al Confirmation Decision), para. 29.

¹⁴² ICC, Decision of 11.11.2014 – ICC-01/05-01/13-749 (Bemba et al Confirmation Decision), para. 30.

¹⁴³ ICC, Decision of 11.11.2014 – ICC-01/05-01/13-749 (Bemba et al Confirmation Decision), para. 32.

¹⁴⁴ ICC, Decision of 30.1.2015 – ICC-01/05-01/13-805 (Presidency, Decision constituting Trial Chamber VII and referring to it the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aime Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu and Narcisse Arido), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/45641d/> (3.12.2016); ICC, Decision of 18.3.2015 – ICC-01/05-01/13-854-Corr (Decision replacing a judge in Trial Chamber VII), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/e18242/> (3.12.2016); ICC, Decision of 24.8.2015 – ICC-01/05-01/13-1173 (Decision

replacing two judges in Trial Chamber VII), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/631f5b/> (3.12.2016).

¹⁴⁵ Rule 163 (1) reads: “Unless otherwise provided in sub-rules 2 and 3, rule 162 and rules 164 to 169, the Statute and the Rules shall apply mutatis mutandis to the Court’s investigation, prosecution and punishment of offences defined in article 70.”

¹⁴⁶ ICC, Decision of 25.8.2015 – ICC-01/05-01/13-1181-Corr (Trial Chamber VII, Decision Notifying the Election of a Presiding Judge and Single Judge), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/dee925/> (3.12.2016).

¹⁴⁷ ICC, Decision of 10.6.2015 – ICC-01/05-01/13-992 (Trial Chamber VII, Decision on the Submission of Auxiliary Documents [“Updated DCC Decision”]), para. 8, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/6a4ba2/> (3.12.2016).

¹⁴⁸ ICC, Decision of 10.6.2015 – ICC-01/05-01/13-992 (Updated DCC Decision), para. 10.

¹⁴⁹ ICC, Decision of 10.6.2015 – ICC-01/05-01/13-992 (Updated DCC Decision), para. 19.

no new facts and circumstances may be introduced.¹⁵⁰ The same approach was later followed in the Gbagbo/Blé Goudé case.¹⁵¹

Twice, the Prosecutor sought to reintroduce certain declined modes of participation into the trial by requesting the Judges to trigger regulation 55 of the Regulations of the Court and to re-characterize the facts underlying the charges. Both requests were denied. The first time, on 15 September 2016, before the commencement of the trial,¹⁵² the Chamber gave a set of explanations that deserve to be discussed in more detail: it first recalled that the specific modes had been rejected in the confirmation decision and that the Prosecutor had not asked for leave to appeal, or request an article 61 (9) amendment. In the view of the Chamber, granting this request would amount to providing the Prosecutor with an opportunity to seek a “de facto appeal” of the confirmation decision.¹⁵³ Indeed, the Chamber did not agree with the Prosecutor’s general approach seeking “a mechanism whereby the [Prosecutor] immediately seeks to start a procedure which aims at modifying the legal characterization of the confirmed charges and reintroduces modes of liability which were just rejected by the Pre-Trial Chamber”.¹⁵⁴ Half way through the trial, on 15 January 2016, the Chamber again denied the Prosecutor’s renewed request that notice be given for a possible re-characterization of the facts by considering the modes of liability previously rejected by the Pre-Trial Chamber. The Chamber argued that the Prosecutor had not presented any substantiated argument requiring revision of the previous decision on Regulation 55 of the Regulations of the Court.¹⁵⁵

On 15 September 2015, the Chamber rendered the decision on witness familiarization in which it rejected that, addi-

tionally, the witnesses be “prepared” by the parties.¹⁵⁶ The Chamber emphasized that “‘witness preparation’ cannot be considered a general principle of law”, and referred to the trial chambers’ discretion to adopt adequate procedures.¹⁵⁷ Witness preparation was refused on the grounds that witness preparation greatly affects the spontaneity and reliability of testimonies of witnesses.¹⁵⁸ This decision announces perhaps a trend back to the early case-law of the Court denying any witness preparation or proofing in ICC proceedings. Indeed, thereafter, the same approach was followed in the Gbagbo/Blé Goudé and Ongwen cases.¹⁵⁹

Shortly before the commencement of the trial, the Chamber ruled on the manner it will assess evidence that will not be introduced through a witness. In reference to article 69 (4), the Chamber informed the parties that as a general rule it will defer its assessment of the admissibility criteria of evidence until deliberating its judgment pursuant to article 74 (2).¹⁶⁰ At the same time, the Chamber clarified that it would retain its competence to rule on admissibility of any evidence, where appropriate, such as under article 69 (7), or rule 68, according to which certain statutory pre-requisites must be met before introducing evidence. The Chamber adopted this approach for the following reasons: (i) to more accurately assess the relevance and probative value of a given item of evidence after having been presented with all evidence at trial, (ii) to save a significant amount of time during trial by not assessing evidence at the point of submission but rather in the judg-

¹⁵⁰ ICC, Opinion of 16.6.2015 – ICC-01/05-01/13-992-Corr-Anx (Trial Chamber VII, Partly Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osui), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/986312/> (3.12.2016).

¹⁵¹ ICC, Decision of 7.5.2015 – ICC-02/11-01/15-58 (Trial Chamber I, Order setting the commencement date for trial), para. 17, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/91fe93/> (3.12.2016).

¹⁵² ICC, Decision of 15.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1250 (Trial Chamber VII, Decision on Prosecution Application to Provide Notice pursuant to Regulation 55 [“First Regulation 55 Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/ea422e/> (3.12.2016).

¹⁵³ ICC, Decision of 15.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1250 (First Regulation 55 Decision), para. 10.

¹⁵⁴ ICC, Decision of 15.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1250 (First Regulation 55 Decision), para. 11. Leave to appeal this decision by the Prosecutor was denied on the first day of the trial, Transcript of Hearing, 29.9.2015, ICC-01/05-01/13-T-10-Red-ENG, p. 8, line 20 to p. 9, line 15, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/c10806/> (3.12.2016).

¹⁵⁵ ICC, Decision of 15.1.2016 – ICC-01/05-01/13-1553 (Trial Chamber VII, Decision on Prosecution’s Re-application for Regulation 55 [2] Notice), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/8ddec3/> (3.12.2016).

¹⁵⁶ ICC, Decision of 15.9.2016 – ICC-01/05-01/13-1252 (Trial Chamber VII, Decision on Witness Preparation and Familiarisation [“Witness Familiarization Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/89dbf6/> (3.12.2016).

¹⁵⁷ ICC, Decision of 15.9.2016 – ICC-01/05-01/13-1252 (Witness Familiarization Decision), para. 20.

¹⁵⁸ ICC, Decision of 15.9.2016 – ICC-01/05-01/13-1252 (Witness Familiarization Decision), para. 22 f.

¹⁵⁹ ICC, Decision of 2.12.2015 – ICC-02/11-01/15-355 (Trial Chamber I, Decision on witness preparation and familiarisation), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/aa620a/> (3.12.2016); Judge Geoffrey Henderson appended a partly dissenting opinion on the point of witness preparation to this decision, Partially Dissenting Opinion of Judge Henderson, 3.12.2015, ICC-02/11-01/15-355-Anx1, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a1555d/> (3.12.2016); ICC, Decision of 22.7.2016 – ICC-02/04-01/15-504 (Trial Chamber IX, Decision on Protocols to be Adopted at Trial), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/311696/> (3.12.2016).

¹⁶⁰ ICC, Decision of 24.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1285 (Trial Chamber VII, Decision on Prosecution Requests for Admission of Documentary Evidence [ICC-01/05-01/13-1013-Red, ICC-01/05-01/13-1113-Red, ICC-01/05-01/13-1170-Conf]; [“Admissibility Decision”]), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/5a06b3/> (3.12.2016).

ment;¹⁶¹ (iii) deferring assessment of evidence is consonant with the Chamber's right and duty to assess evidence freely, according to rule 63 (2) and article 69 (4),¹⁶² and (iv) no reason to assume that professional judges may consider evidentiary material deemed irrelevant or prejudicial.¹⁶³ As a result, the Chamber indicated that it would recognize the evidence as "formally submitted" within the meaning of article 74 (2). Leaves to appeal this decision by two defense teams were rejected by the Chamber.¹⁶⁴ On 13 November 2015, the Chamber orally rejected the Prosecutor's request for reconsideration.¹⁶⁵ No other decision symbolizes the difference in approach between jurists from the Romano-Germanic legal tradition and the common law more. The decision of Trial Chamber VII should not come as a surprise. Article 69 (4) expressly and unambiguously gives the Chambers discretionary power ("may") to rule on the relevance or admissibility of any and each piece of evidence. The Appeals Chamber in the Bemba case left it to the discretion of the trial chambers to determine the admissibility criteria of the evidence throughout the trial or at the judgment stage ("the Chamber may defer its consideration of these criteria until the end of the proceeding").¹⁶⁶ The same approach was subsequently followed in the Gbagbo/Blé Goudé case and Ongwen case.¹⁶⁷

¹⁶¹ ICC, Decision of 24.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1285 (Admissibility Decision), para. 11.

¹⁶² ICC, Decision of 24.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1285 (Admissibility Decision), para. 10, 12.

¹⁶³ ICC, Decision of 24.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1285 (Admissibility Decision), para. 12.

¹⁶⁴ ICC, Decision of 12.10.2015 – ICC-01/05-01/13-1361 (Trial Chamber VII, Decision on Babala and Arido Defence Request for Leave to Appeal the Trial Chamber's "Decision on Prosecution Requests for Admission of Documentary Evidence"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a19620/> (3.12.2016).

¹⁶⁵ ICC, Transcript of 13.11.2015 – ICC-01/05-01/13-T-37-Red-ENG (Trial Chamber VII, Transcript of Hearing), p. 58, lines 6 ff., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/e671fa/> (3.12.2016).

¹⁶⁶ ICC, Decision of 3.5.2011 – ICC-01/05-01/08-1386 (Appeals Chamber, Judgment on the appeals of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III entitled "Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution's list of evidence"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/7b62af/> (3.12.2016); see also *Chaitidou*, ZIS 2011, 849.

¹⁶⁷ ICC, Decision of 29.1.2016 – ICC-02/11-01/15-405 (Trial Chamber I, Decision on the submission and admission of evidence), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/7b6dce/> (3.12.2016); Judge Geoffrey Henderson appended a dissenting opinion to this decision, Dissenting Opinion of Judge Henderson, 1.2.2016, ICC-02/11-01/15-405-Anx, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/6fbd2c/> (3.12.2016); ICC, Decision of 13.7.2016 – ICC-02/04-01/15-497 (Trial Cham-

ber IX, Initial Directions on the Conduct of the Proceedings), para. 24 ff., online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/60d63f/> (3.12.2016).

As announced in the decision dated 24 September 2015, deferring the evidence assessment does not entail that evidence considered inadmissible would not be ruled upon. In the course of the trial, numerous decisions under article 69 (7) and rule 68 were rendered enabling the parties to advance their arguments with certainty in the evidentiary discussion at trial. As the Chamber clarified later on 29 March 2016: "The Chamber does not anticipate discussing any Article 69 (7) considerations in the trial judgment – applications filed on this basis are being ruled upon before then as an exception to the general rule that the Chamber defers admissibility assessments until the judgment."¹⁶⁸ The Chamber also clarified that the parties were not required to support procedural motions, such as under article 69 (7), with "evidence" meeting the same admissibility criteria as evidence being considered in the judgment. In other words, an article 69 (7) application is not limited to admissible "evidence" in the same way as a trial judgment.¹⁶⁹

For example, on 16 September 2015, the Chamber ruled on the Kilolo defense request to exclude several categories of evidence purported to be privileged as counsel-client conversations pursuant to article 69 (7).¹⁷⁰ The Judges clarified first that the nature of the offences that are the subject-matter of the case has no bearing on the applicability of article 69 (7),¹⁷¹ and thereafter, confirmed the two-pronged test that had been established already by Trial Chamber I in the Lubanga case: first, it would be necessary to determine if there is a violation of the Statute or internationally recognized human rights; and second, if such a violation is established, the Chamber would consider whether the pre-requisites under sub-paragraphs (7) (a) or (b) are met.¹⁷² On the merits of the request, the Chamber considered that the Kilolo defense failed to establish the privileged nature of the material in question and, consequently, failed to establish a violation of the Statute. By the same token, the Chamber held that the Prosecutor's acquisition of the material in question was not an interference with Mr. Kilolo's right to privacy. In review-

ber IX, Initial Directions on the Conduct of the Proceedings), para. 24 ff., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/60d63f/> (3.12.2016).

¹⁶⁸ ICC, Decision of 29.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1753 (Trial Chamber VII, Decision on Bemba Defence Application for Admission of D20-2's Prior Recorded Testimony Pursuant to Rule 68 (2) (b) of the Rules ["29.3.2016 Decision"]), para. 10, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/39bad9/> (3.12.2016).

¹⁶⁹ ICC, Decision of 29.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1753 (29.3.2016 Decision), para. 11.

¹⁷⁰ ICC, Decision of 16.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1257 (Trial Chamber VII, Decision on Kilolo Defence Motion for Inadmissibility of Material ["First Article 69 [7] Decision"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/77cc56/> (3.12.2016).

¹⁷¹ ICC, Decision of 16.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1257 (First Article 69 [7] Decision), para. 8.

¹⁷² ICC, Decision of 16.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1257 (First Article 69 [7] Decision), para. 9.

ing a violation of the right to privacy, the Chamber applied a three criteria test, as adopted by the European Court of Human Rights: (i) the measure must have a basis in law, (ii) the law in question should be accessible and foreseeable for the person concerned, and (iii) the law must set forth with sufficient precision the conditions in which the measure may be applied to enable the person to regulate his/her conduct.¹⁷³

On 24 September 2015, the Chamber rejected a further article 69 (7) request to declare inadmissible telephone intercepts.¹⁷⁴ On 30 October 2015, the Chamber rejected the defense allegation that recordings, logs and other material derivative of calls made on Mr. Bemba's non-privileged telephone line at the ICC detention centre and Mr. Arido's article 55 (2) statement to the French authorities had been obtained by means of a violation of the Statute or internationally recognized human rights.¹⁷⁵ On 29 April 2016, the Chamber rejected yet another article 69 (7) defense application to declare inadmissible, *inter alia*, Western Union records that allegedly had been obtained in violation of national laws, *viz.* without any prior authorization or court order from the competent Austrian authorities.¹⁷⁶ In addressing the defense arguments, the Chamber held that despite the wording of article 69 (8) and rule 63 (5) national laws may become relevant in an article 69 (7) analysis when enquiring whether the measure concerned "was so manifestly unlawful [...] that it amounts to a violation of the Statute or internationally recognised human rights".¹⁷⁷ Hence, the Chamber's analysis "may

also have some element of reviewing national law when national authorities act pursuant to Court cooperation requests". The Judges accepted that such an approach creates tension between articles 69 (7) and (8) that requires the Chamber to balance its obligations under both provisions.¹⁷⁸ The defense had also argued that several chapter IX provisions had been infringed, such as articles 96 (3) and 99. In response, the Chamber highlighted that part IX provisions should not be conflated with article 69 (7) considerations as the former address the relationship between the Court and the requested State and "are not generally apt to protect the interests of the individual". If part IX were to be construed that national laws be respected in the course of executing cooperation requests, then every potential breach of national procedure, even one that may not amount to a human rights violation, will be deemed to violate article 69 (7). This interpretation, however, would render article 69 (8) "superfluous" as it was designed to make sure that the Court would not get involved with intricate questions of domestic law.¹⁷⁹ Accordingly, the Chamber determined that "infringements of domestic procedure do not per se constitute violations of the Statute", and that a State's failure to respect its own national procedures does not automatically result in a violation of the Statute for article 69 (7) purposes.¹⁸⁰ On the basis of the information available, the Chamber found that the conduct of national authorities was not manifestly unlawful and, consequently, no violation within the meaning of article 69 (7) occurred. On the same argumentation, the Chamber rejected a defense request to declare inadmissible communications intercepted and call data records collected by the Dutch authorities.¹⁸¹

In reaction to two Oberlandesgericht Wien decisions, of which the defense had become aware subsequently, the Chamber was faced again with the challenge to revisit its previous decision on the matter and declare inadmissible the Western Union records pursuant to article 69 (7). The Austrian decisions repealed the two initial lower-court rulings due to a lack of basic reasoning and denied authorization of two judicial orders submitted by the Austrian public prosecutor's office concerning the collection of the Western Union records. In a decision of 14 July 2016, the Chamber reconsidered its previous Western Union Decision insofar as it determined that the internationally recognized right to privacy has

¹⁷³ ICC, Decision of 16.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1257 (First Article 69 [7] Decision), para. 16 ff.

¹⁷⁴ ICC, Decision of 24.9.2015 – ICC-01/05-01/13-1284 (Trial Chamber VII, Decision on Request to declare telephone intercepts inadmissible), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/2451cf/> (3.12.2016); a request for re-consideration of the decision or, alternatively, a request to appeal said decision was rejected, see ICC, Decision of 27.10.2015 – ICC-01/05-01/13-1425 (Decision on Motion for Reconsideration or Leave to Appeal Decision ICC-01/05-01/13-1284), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/9c4178/> (3.12.2016).

¹⁷⁵ ICC, Decision of 30.10.2015 – ICC-01/05-01/13-1432 (Trial Chamber VII, Decision on Bemba and Arido Defence Requests to Declare Certain Materials Inadmissible), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/1b7b66/> (3.12.2016); as regards Mr. Arido's article 55 (2) statement, see also ICC, Decision of 29.4.2016 – ICC-01/05-01/13-1854 (Decision on Requests to Exclude Western Union Documents and other Evidence pursuant to Article 69 [7] ["Western Union Decision"]), para. 75 f., online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/c98c99/> (3.12.2016).

¹⁷⁶ ICC, Decision of 29.4.2016 – ICC-01/05-01/13-1854 (Western Union Decision).

¹⁷⁷ ICC, Decision of 29.4.2016 – ICC-01/05-01/13-1854 (Western Union Decision), para. 32 ff.; the Chamber follows the early rulings of the Lubanga Pre-Trial Chamber, see ICC, Decision of 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803-tEN (Pre-Trial

Chamber I, Decision on the confirmation of charges), para. 62 ff., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/b7ac4f/> (3.12.2016).

¹⁷⁸ ICC, Decision of 29.4.2016 – ICC-01/05-01/13-1854 (Western Union Decision), para. 33 f.

¹⁷⁹ ICC, Decision of 29.4.2016 – ICC-01/05-01/13-1854 (Western Union Decision), para. 35 ff.

¹⁸⁰ ICC, Decision of 29.4.2016 – ICC-01/05-01/13-1854 (Western Union Decision), para. 40.

¹⁸¹ ICC, Decision of 29.4.2016 – ICC-01/05-01/13-1855 (Trial Chamber VII, Decision on Requests to Exclude Dutch Intercepts and Call Data Records), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/e4815b/> (3.12.2016).

been violated.¹⁸² However it found that the admission of the Western Union records is not antithetical to and would not seriously damage the integrity of the proceedings, as set out in article 69 (7) (b), considering the nature of the violation (error of legal reasoning by a national court), the conduct of the Prosecutor and the specificities of the case.¹⁸³

The Chamber also rendered a series of rule 68 (2) and (3) decisions concerning prior recorded testimonies and ruled on their admissibility. Of interest to the reader may be the first decision dated 12 November 2015 in which the Chamber sets out its understanding of “prior recorded testimony”.¹⁸⁴ The Judges highlighted that in order to be qualified as “prior recorded testimony”, it is necessary that “the persons are questioned in their capacity as witnesses in the context of or in anticipation of legal proceedings”.¹⁸⁵ Moreover, in order to admit prior recorded testimonies within the meaning of rule 68 (2), it is necessary that the tendering party intends “to adduce the prior recorded testimony for the truth of its contents”; the provision will regularly not be applicable to prove “that the witness stated something – irrespective of if it is true or not – or in order to prove inconsistencies in the witness’s statements”.¹⁸⁶ As regards rule 68 (3) statements, the Chamber determined that allowing the introduction of rule 68 (3) statements is within the discretionary power of the Chamber. When considering such requests, it may take into account (i) the fact that an in-court-testimony of a witness can be considerably shortened through the admission of prior recorded testimony, as long as the witness does not object to the submission of his or her prior recorded testimony,¹⁸⁷ (ii) whether the evidence relates to issues that are not materially in dispute, (iii) whether the evidence is central to the allegations or the case, and (iv) whether the evidence is corroborative.¹⁸⁸

On 9 November 2015, the Chamber also rendered a decision in which it took judicial notice of trial transcripts and corresponding audio-visual recordings in the Bemba case according to article 69 (6).¹⁸⁹ The Chamber held to take judicial notice of facts of common knowledge without first assessing the relevance of these facts. Importantly, the act of judicial notice did not extend to the truth or falsity of facts in the records.¹⁹⁰ The Chamber also did not deem it necessary to consider any admissibility criteria or to rule on admission prior to taking judicial notice.

Upon request of the Prosecutor, the Chamber issued a decision on 3 December 2015, based on, *inter alia*, articles 64 (6) (b) and 93 (1) (b) and (d), summoning two witnesses to appear before the Court via video-link.¹⁹¹ When entertaining the Prosecutor’s application for the issuance of a cooperation request, the Chamber considered the tripartite test of whether the request was (i) relevant, (ii) specific, and (iii) necessary.¹⁹² The witnesses were ordered to appear on such dates and times as communicated to them.¹⁹³ The State concerned was requested assistance in accordance with article 93 (3), including to (i) communicate to the witnesses concerned the requirement of attendance, (ii) cooperate in serving the summons upon the witnesses, (iii) facilitate by way of compulsory measure as necessary the appearance of the witnesses for testimony via video-link, and (iv) make appropriate arrangements for the security of the witnesses, in consultation with the VWU.¹⁹⁴

On 4 March 2016, the Single Judge ruled on various requests for defense witnesses to testify via video link.¹⁹⁵ Of significance is the Single Judge’s finding that in-court and video link testimony are not meaningfully different for the following reasons: (i) article 69 (2) and rules 67, 68 (3) and

¹⁸² ICC, Decision of 14.7.2016 – ICC-01/05-01/13-1948 (Trial Chamber VII, Decision on Request in Response to Two Austrian Decisions [“Second Western Union Record Decision”]), para. 28, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/be034a/> (3.12.2016).

¹⁸³ ICC, Decision of 14.7.2016 – ICC-01/05-01/13-1948 (Second Western Union Record Decision), para. 32 ff.

¹⁸⁴ ICC, Decision of 12.11.2015 – ICC-01/05-01/13-1478-Red-Corr (Trial Chamber VII, Decision on Prosecution Rule 68 [2] and [3] Requests [“Rule 68 Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/11bc8c/> (3.12.2016); Judge Pangalangan appended a separate opinion to this decision, Separate Opinion of Judge Raul C. Pangalangan, 16.12.2015, ICC-01/05-01/13-1478-Anx, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/2697de/> (3.12.2016).

¹⁸⁵ ICC, Decision of 12.11.2015 – ICC-01/05-01/13-1478-Red-Corr (Rule 68 Decision), para. 29 ff.

¹⁸⁶ ICC, Decision of 12.11.2015 – ICC-01/05-01/13-1478-Red-Corr (Rule 68 Decision), para. 34.

¹⁸⁷ ICC, Decision of 12.11.2015 – ICC-01/05-01/13-1478-Red-Corr (Rule 68 Decision), para. 48.

¹⁸⁸ ICC, Decision of 12.11.2015 – ICC-01/05-01/13-1478-Red-Corr (Rule 68 Decision), para. 50.

¹⁸⁹ ICC, Decision of 9.11.2015 – ICC-01/05-01/13-1473 (Trial Chamber VII, Decision on Prosecution Request for Judicial Notice [“Judicial Notice Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/50d28b/> (3.12.2016).

¹⁹⁰ ICC, Decision of 9.11.2015 – ICC-01/05-01/13-1473 (Judicial Notice Decision), para. 3 f.

¹⁹¹ ICC, Decision of 3.12.2015 – ICC-01/05-01/13-1343-Red (Trial Chamber VII, Decision on the “Prosecution’s Requests under Articles 64 [6] [b] and 93 of the Rome Statute to Summon Witnesses [“Summon Witnesses Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/c49fec/> (3.12.2016).

¹⁹² ICC, Decision of 3.12.2015 – ICC-01/05-01/13-1343-Red (Summon Witnesses Decision), para. 18, 20 ff.

¹⁹³ ICC, Decision of 3.12.2015 – ICC-01/05-01/13-1343-Red (Summon Witnesses Decision), p. 11.

¹⁹⁴ ICC, Decision of 3.12.2015 – ICC-01/05-01/13-1343-Red (Summon Witnesses Decision), p. 11 ff.

¹⁹⁵ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1697 (Trial Chamber VII, Decision on Video-Link Testimony for Defence Witnesses [“Video-Link Testimony Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/c75e4c/> (3.12.2016).

134 bis equate in-court and video-link testimony,¹⁹⁶ (ii) testimony via video link is one possibility of giving viva voce testimony,¹⁹⁷ (iii) factual similarities between in-court testimony and video-link testimony,¹⁹⁸ and (iv) video-link testimony may be more conducive to the efficient administration of justice than in-court testimony, such as overcoming hardship on witnesses, logistical obstacles, time and resource constraints.¹⁹⁹ While the Single Judge accepted to defer to the wishes of the parties, he determined that this deference may nevertheless be countered by other considerations, such as relative logistical burden on the Registry and the requirements of expeditiousness.²⁰⁰ Ultimately, the Chamber enjoys a certain degree of discretion.²⁰¹

The trial commenced on 29 September 2015 during which 19 witnesses testified. The parties' closing statements were made on 31 May and 1 June 2016. On 19 October 2016, the Chamber rendered its verdict convicting all five accused to varying degrees.²⁰² From the many issues that could be presented in this paper, only the Chamber's most important legal determinations on the applicable law are briefly summarized in what follows. As a general observation, the Chamber relied, in essence, on the interpretations set out in the confirmation decision but analyzed further in-depth the scope of articles 70 (1) (a)-(c) and 25 (3).

Article 70 (1) (a) was seen to be fulfilled if the witness "intentionally affirms a false fact or negates a true fact when directly asked. The same applies if the witness is not directly asked but intentionally withholds information that is true, and that is inseparably linked to the issues explored during questioning". Withholding true information was considered to be equal to giving "incomplete and partly untrue evidence, and therefore false testimony", as in this case the judges would be misled in their enquiry into the facts of the case.²⁰³ Not all information was considered to trigger the applicability of article 70 (1) (a) but only such information that is "material", i.e. pertains to information that has an impact on the assessment of the facts relevant to the case or the assessment of the credibility of witnesses (such as prior contacts with the calling party and the content of such contacts, receipt of pay-

ments of money, promises and telephone calls, and acquaintance with the accused or other persons associated with the accused).²⁰⁴ However, as the Chamber highlighted, there is no requirement that the false testimony be material "to the outcome of the case".²⁰⁵ Finally – and importantly – the Chamber held that the witness must have given an "objectively untrue statement".²⁰⁶

Article 70 (1) (b) was considered to be addressed to those who have the right to present evidence to a chamber in the course of proceedings before the Court ("party"). The term "party" was interpreted broadly, relating (at least) to the Prosecutor and her team representing her Office, as well as "all members of the Defense team that are charged, individually or jointly, with the accused's representation, including the presentation of evidence". Crucially, the Chamber did not adopt a formalistic approach, relying on the formal job title, but paid regard to the actual role of the member of the defense team in the specific circumstances of the case. In the view of the Chamber, this interpretative approach includes (lead) counsel, associate counsel, assistant counsel and "any other person, regardless of his or her job title, who is of equal functional importance to the Defense team as any of its aforementioned members".²⁰⁷ This explanation was necessary to explain the Chamber's decision to subsume under the term "party" the "case manager" within the defense team of Mr. Bemba. As the Pre-Trial Chamber noted earlier, the term "evidence" encompasses all types of evidence, including oral testimony.²⁰⁸ Finally, the offence is committed by the "party" when the false or forged evidence is being presented, in other words "introduced in the proceedings, irrespective of whether the evidence is admissible or the presenting party intends to rely on it. In the case of oral testimony, this takes place at least when a witness appears before the Court and testifies". The party is made responsible for presenting the false or forged evidence, but not for having produced it.²⁰⁹

The first alternative in article 70 (1) (c) ("corruptly influencing a witness") was construed broadly by the Trial Chamber, "allowing many different modes of commission to be captured thereunder that are capable of influencing the nature of the witness's evidence", such as bribing in form of paying money, providing goods, rewards, gifts or making promises, but also the "pressuring, intimidating or threatening of witnesses or causing injuries that aim at procuring a particular

¹⁹⁶ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1697 (Video-Link Testimony Decision), para. 10.

¹⁹⁷ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1697 (Video-Link Testimony Decision), para. 11.

¹⁹⁸ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1697 (Video-Link Testimony Decision), para. 12.

¹⁹⁹ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1697 (Video-Link Testimony Decision), para. 13.

²⁰⁰ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1697 (Video-Link Testimony Decision), para. 16.

²⁰¹ ICC, Decision of 4.3.2016 – ICC-01/05-01/13-1697 (Video-Link Testimony Decision), para. 14.

²⁰² ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Trial Chamber VII, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute ["Bemba et al Judgment"]), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/fe0ce4/> (3.12.2016).

²⁰³ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 21.

²⁰⁴ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 22.

²⁰⁵ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 23.

²⁰⁶ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 24.

²⁰⁷ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 34.

²⁰⁸ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 38.

²⁰⁹ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 40.

testimony by the witnesses”.²¹⁰ According to the Chamber, the influence on the witness can also be assumed if the perpetrator “modifies the witness’s testimony by instructing, correcting or scripting the answers to be given in court, or providing concrete instructions to the witness to dissemble when giving evidence, such as to act with indecision or show equivocation”. Conversely, merely “recapitulating the information the witness already knows” would not trigger the applicability of the provision.²¹¹ The use of the word “‘corruptly’ signifies that the relevant conduct is aimed at contaminating the witness’s testimony”. In this context, the Chamber stressed that it would be “essential to pay heed to the legal framework which contextualises the conduct of the perpetrator”.²¹² Lastly, the Chamber did not require that the conduct of the perpetrator have any actual effect on the witness. “It is not required for this offence that the criminal conduct actually influences the witness in question – the offence can be complete even if the witness refuses to be influenced by the conduct in question”.²¹³

All offences under article 70 must be committed “intentionally”. In its interpretation of the term “intentionally”, the Chamber relied on article 30 and held that it embraces both *dolus directus* in the first degree (direct intent) and second degree (oblique intent).²¹⁴ The Chamber did not find support in the wording of article 70 that the commission of the offences required special intent.²¹⁵

The five accused had been charged for having committed the offences in various ways. Like Pre-Trial Chamber II, the Chamber confirmed that article 25 remains fully applicable in the context of article 70 offences.²¹⁶ The judgment offers a comprehensive analysis of four forms of responsibility, including direct perpetration (article 25 [3] [a], first alternative), co-perpetration (article 25 [3] [a], second alternative), soliciting and inducing (article 25 [3] [b]), and aiding and abetting or otherwise assisting (article 25 [3] [c]). As regards the law on “co-perpetration” the Chamber mainly follows, not surprisingly, the case-law established in the Lubanga case.²¹⁷ Perhaps of interest to the reader is the manner in which the Chamber defined the “soliciting and inducing” form and “aiding and abetting” form of participation.

Contrary to what the Pre-Trial Chamber held, the Trial Chamber determined that while the notions “soliciting” and “inducing” describe in general the conduct of the accessory prompting the commission of the offence, they nevertheless carry a distinct meaning which should not be conflated.²¹⁸ “Soliciting” means that the accessorial perpetrator “asks or urges the physical perpetrator to commit the criminal act”,²¹⁹ “inducing” means that the accessorial perpetrator “exerts influence over the physical perpetrator, either by strong reasoning, persuasion or conduct implying the prompting of the commission of the offence. Compared to the form of liability of ‘soliciting’, the concept of ‘inducing’ represents a stronger method of instigation”.²²⁰ Both forms are distinguishable from the “ordering” form “insofar as they do not require the perpetrator to hold a position of authority vis-à-vis the physical perpetrators”, i.e. a superior-subordinate relationship between the instigator and the physical perpetrator.²²¹ Furthermore, the Chamber required that the “soliciting” or “inducing” must have had a “direct effect on the commission or attempted commission of the offence. This means that the conduct of the accessory needs to have a causal effect on the offence”.²²² Finally, the Chamber clarified that the accessory is held liable only if the offence in fact occurs or is attempted. The instigator does not execute the offence and has no control over it. The control over the offence lies with the physical perpetrator. This element assists in delineating the article 25 (3) (b) forms of liability from those contained in article 25 (3) (a).²²³

With respect to article 25 (3) (c), the Chamber, at the outset, put the provision in context with the other forms of criminal responsibility contained in article 25 (3). When compared to article 25 (3) (a), the assistance form under article 25 (3) (c) implies a lower degree of blameworthiness since the accessorial perpetrator does not exercise “essential control” over the offence but “merely contributes to or otherwise assists in an offence committed by the principal perpetrator”.²²⁴ When compared to article 25 (3) (b), the assistance form again implies a lower degree of blameworthiness since the “instigator directly prompts” the commission of the offence, “while the assistant’s contribution hinges on the determination of the principal perpetrator to execute the of-

²¹⁰ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 45.

²¹¹ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 46.

²¹² ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 47.

²¹³ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 48.

²¹⁴ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 29.

²¹⁵ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 31.

²¹⁶ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 54.

²¹⁷ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 61 ff.

²¹⁸ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 74.

²¹⁹ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 75.

²²⁰ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 76.

²²¹ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 77.

²²² ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 81.

²²³ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 79 f.

²²⁴ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 85.

fence”.²²⁵ As in the case of article 25 (3) (b), the Chamber gave the terms “aids”, “abets” and “otherwise assists” independent meaning, even though they belong to the broader category of assisting in the (attempted) commission of an offence. The Chamber held that “‘aiding’ implies the provision of practical or material assistance” and that it overlaps in part with the third alternative of “otherwise assists”;²²⁶ “‘abetting’ describes the moral or psychological assistance of the accessory to the principal perpetrator, taking the form of encouragement of or even sympathy for the commission of the particular offence”.²²⁷ The assistance may be given before, during or after the offence has been perpetrated.²²⁸ Furthermore, the Chamber required that the assistance of the accessory “must have furthered, advanced or facilitated the commission of such offence”, i.e. the assistance must have been causal for the commission or attempted commission of the offence. A specific minimum threshold or qualifier to filter those forms of contributions that should not be encompassed by article 25 (3) (c) was purposefully not introduced by the Chamber, mainly because such a filtering is actually made on the basis of two elements: (i) the requisite causality element, and (ii) the enhanced mens rea requirement as stipulated in the opening clause in article 25 (3) (c) (“[f]or the purpose of facilitating the commission of such a crime”).²²⁹ In relation to the subjective element, the Chamber highlighted that article 25 (3) (c) introduces a “higher subjective mental element” beyond article 30 which means that the “accessory must have lent his or her assistance with the aim of facilitating the offence”. In the view of the Chamber, the “elevated subjective standard relates to the accessory’s facilitation, not the principal offence”.²³⁰ In addition, the accessory must have had intent with regard to the principal offence pursuant to article 30.²³¹

Immediately after the verdict was rendered in open court, the Prosecutor requested, on the basis of article 81 (3) (a),²³² that the four convicted persons (Mr. Kilolo, Mr. Mangenda, Mr. Babala and Mr. Arido) be remanded and placed into custody of the Court pending the Chamber’s decision on sentencing. After a short exchange between the parties, this request was rejected by the Chamber on the spot. It did not

consider that article 81 (3) (a) applies since (i) the four convicted persons were not in custody when the verdict was rendered, and (ii) an appeal was not pending at the time. The Chamber also noted articles 60 (3) and (5) and 61 (11) and decided that no changed circumstances warranted the amendment of its interim release decision of 17 August 2015. It therefore declined to issue an order of detention to secure the convicted persons’ presence during sentencing.²³³

c) Proceedings Before Trial Chamber VI

As reported above, Mr. Mangenda was released on 21 October 2014 with decision of the Single Judge acting on behalf of the Pre-Trial Chamber. One of the preconditions to be released was that the persons concerned indicate their address at which they would be staying pending trial. Mr. Mangenda, a DRC national, refused the option of being released to the DRC and had no immediate entitlement to enter any other country. More specifically, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, to which Mr. Mangenda intended to be released, had revoked his visa earlier that day. He was therefore not released “immediately”, on 21 October 2014, but remained in the Court’s detention centre until 31 October 2014, the day on which a country was willing to accept him and Mr. Mangenda was willing to go to.

Approximately one year later, on 21 April 2015, Mr. Mangenda presented a compensation claim under article 85 (1) to the Presidency requesting the amount of EUR 27.000,- for his “unlawful detention” between 21 and 31 October 2014.²³⁴ On 2 October 2015, the Presidency referred the matter to Trial Chamber VI.²³⁵ Trial Chamber VI (and not Trial Chamber VII) was assigned with this matter since its judges had not “participated in any earlier judgment of the Court regarding the person making the request”, as required in rule 173 (1).

Trial Chamber VI added little to the interpretation of article 85 but followed the approach of Trial Chamber II in the Ngudjolo case. It denied any compensation to Mr. Mangenda and rejected his request with decision dated 26 February 2016 stating that his detention was not unlawful.²³⁶ The Chamber

²²⁵ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 86.

²²⁶ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 88.

²²⁷ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 89.

²²⁸ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 96.

²²⁹ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 90 ff.

²³⁰ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 97.

²³¹ ICC, Decision of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989-Red (Bemba et al Judgment), para. 98.

²³² Article 81 (3) (a) reads: “Unless the Trial Chamber orders otherwise, a convicted person shall remain in custody pending an appeal.”

²³³ ICC, Transcript of 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-T-51-ENG ET (Trial Chamber VII, Transcript of Hearing), p. 32, line 21 to p. 34, line 16, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/2bea30/> (3.12.2016).

²³⁴ ICC, Filing of 1.5.2015 – ICC-01/05-01/13-921-Red (Defense for Mr. Mangenda, Public Redacted Version of Request for Compensation for Unlawful Detention), online available at:

<http://www.legal-tools.org/en/doc/0f7ef0/> (3.12.2016), the confidential version had been filed on 21.4.2015.

²³⁵ ICC, Decision of 2.10.2015 – ICC-01/05-01/13-1329 (Presidency, Decision referring the “Request for Compensation for Unlawful Detention” to Trial Chamber VI), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/df3bb6/> (3.12.2016).

²³⁶ ICC, Decision of 26.2.2016 – ICC-01/05-01/13-1663 (Trial Chamber VI, Decision on request for compensation for

noted the absence of a “decision” on unlawfulness of the detention within the meaning of rule 173 (2) but, like Trial Chamber II, “in the interests of justice” nevertheless proceeded with the assessment of the request.²³⁷ The Chamber noted that Mr. Mangenda’s release was contingent upon his indication of a valid address. Since he could not provide the Court with it, one of the pre-conditions to his release was not fulfilled, and he had “no entitlement to immediate and unconditional release as of 22 October 2014”.²³⁸ The Chamber also assessed and denied any negligence on the part of the Registry to secure Mr. Mangenda’s release.²³⁹ Mr. Mangenda’s request for leave to appeal under article 82 (1) (d) was granted, by Majority.²⁴⁰ With judgment dated 8 August 2016, the appeal was dismissed and the decision of Trial Chamber VI confirmed.²⁴¹

IV. Situation in Mali (Pre-Trial Chamber I)²⁴²

- Referral by Republic of Mali: 13 July 2012
- Victims participating: none

Out of this situation, one case emanated which is presented below.

*The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi (Trial Chamber VIII)*²⁴³

- Warrant of arrest: 18 September 2015
- Surrender to the Court: 26 September 2015
- First appearance: 30 September 2015
- Confirmation of charges: 24 March 2016

unlawful detention [“Mangenda Article 85 Decision”]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/5f55f6/> (3.12.2016).

²³⁷ ICC, Decision of 26.2.2016 – ICC-01/05-01/13-1663 (Mangenda Article 85 Decision), para. 18 ff.

²³⁸ ICC, Decision of 26.2.2016 – ICC-01/05-01/13-1663 (Mangenda Article 85 Decision), para. 23.

²³⁹ ICC, Decision of 26.2.2016 – ICC-01/05-01/13-1663 (Mangenda Article 85 Decision), para. 25 f.

²⁴⁰ ICC, Decision of 13.5.2016 – ICC-01/05-01/13-1893 (Trial Chamber VI, Decision on Defense request seeking leave to appeal the “Decision on request for compensation for unlawful detention”), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/b4de28/> (3.12.2016); Judge Chang-Ho Chung appended a dissenting opinion to this decision, Dissenting Opinion of Judge Chang-Ho Chung, 13.5.2016, ICC-01/05-01/13-1893-Anx, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/c600b5/> (3.12.2016).

²⁴¹ ICC, Decision of 8.8.2016 – ICC-01/05-01/13-1964 (Appeals Chamber, Judgment on Mr. Mangenda’s appeal against the “Decision on request for compensation for unlawful detention”), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/af8c45/> (3.12.2016).

²⁴² The record carries the situation number ICC-01/12.

²⁴³ The record carries the case number ICC-01/12-01/15.

- Victims participating: 8
- Trial: 22-24 August 2016
- Current status: reparation stage

I. Proceedings Before Pre-Trial Chamber I

On 18 September 2015, the Single Judge, designated by Pre-Trial Chamber I, issued a warrant of arrest for Mr. Al Mahdi (also known as “Abou Tourab”), a religious expert, for having intentionally directed an attack against ten buildings of a religious and historical character (article 8 [2] [e] [iv]) in Timbuktu between around 30 June and 10 July 2012, under various forms of criminal responsibility.²⁴⁴ The attacked buildings were nine mausoleums and one mosque forming part of the cultural heritage of Timbuktu and of Mali; with the exception of one mausoleum, they all had the status of protected UNESCO world heritage sites. At the relevant time, after the retreat of the Malian army, the town of Timbuktu was under the control of the armed group “Al Quaida Au Maghreb Islamique” (AQMI) and Ansar Dine, a Touareg movement associated with AQMI.²⁴⁵ The two groups set up an administrative structure of the city, including Islamic police, Islamic Tribunal, a media commission, and the “Hesbah”, the morality brigade. Mr. Al Mahdi was believed to be the head of the “Hesbah”, who personally and jointly with others participated in the destruction of the buildings concerned.²⁴⁶ The buildings were destroyed completely or severely damaged by the use of weapons, and tools, such as pickaxes and iron bars. The warrant of arrest does not contain any legal or evidentiary discussion. Indeed, the Single Judge argued that it was not “necessary” at this stage to make any findings on the interpretation of the law or to espouse his views on the forms of criminal responsibility presented by the Prosecutor.²⁴⁷ Issues of admissibility (notably whether this case meets the “gravity” test) are addressed by short reference to the 2006 Appeals Judgment regarding the issuance of the warrant of arrest against Bosco Ntaganda.²⁴⁸ The fact that this case would not involve any loss of human life would not be discussed at all in this case, neither by the Pre-Trial nor the Trial Chamber.

At the time of the issuance of the warrant of arrest, Mr. Al Mahdi was already in detention in the Republic of Niger from where he was surrendered to the Court, on 26 September 2015. He made his initial appearance before the Single Judge

²⁴⁴ ICC, Decision of 18.9.2015 – ICC-01/12-01/15-1-Red (Pre-Trial Chamber I, Mandat d’arrêt à l’encontre d’Ahmad Al Faqi Al Mahdi [“Al Mahdi Warrant of Arrest”]), the public redacted version was registered on 28.9.2015), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/c5ea5e/> (3.12.2016).

²⁴⁵ ICC, Decision of 18.9.2015 – ICC-01/12-01/15-1-Red (Al Mahdi Warrant of Arrest), para. 5.

²⁴⁶ ICC, Decision of 18.9.2015 – ICC-01/12-01/15-1-Red (Al Mahdi Warrant of Arrest), para. 8 f.

²⁴⁷ ICC, Decision of 18.9.2015 – ICC-01/12-01/15-1-Red (Al Mahdi Warrant of Arrest), para. 10.

²⁴⁸ ICC, Decision of 18.9.2015 – ICC-01/12-01/15-1-Red (Al Mahdi Warrant of Arrest), para. 12.

of Pre-Trial Chamber I on 30 September 2015.²⁴⁹ The Prosecutor presented the charge on 17 December 2015²⁵⁰ together with a separate document setting out her written submissions concerning the charge.²⁵¹ The presentation of the charging document deviates from previous practice. In doing so, the Prosecutor complied with stipulations in the Pre-Trial Manual (released in September 2015) that was later endorsed and amended by all Judges of the Court in February 2016.²⁵² While the Prosecutor presented a list of evidence on which she relied for the purposes of the confirmation of charges,²⁵³ the defense chose not to disclose any evidence or file a list of evidence.²⁵⁴ The hearing on the confirmation of charges was held on 1 March 2016.²⁵⁵ The defense did not object to the charge presented by the Prosecutor.

In the confirmation of charges decision, rendered on 24 March 2016, the Chamber confirmed the charge against Mr. Al Mahdi retaining also all modes of criminal responsibility which encompass almost the entire catalogue of article 25 (direct perpetration, co-perpetration, soliciting or inducing, aiding and abetting or otherwise assisting, contributing in any other way).²⁵⁶ Of interest is the Majority's expressed

preference not to engage with issues of credibility of witnesses or probative value of evidence as these issues should be resolved at trial – "except where the answer is manifest".²⁵⁷ This issue in particular was taken up by the Minority Judge, Judge Péter Kovács, who appended a separate opinion to the confirmation decision.²⁵⁸ He criticized the Majority for its approach in evidentiary matters and stated that it "underestimate[d] the significant role of the Pre-Trial Chambers in exercising their filtering functions".²⁵⁹

As regards the multiple alternative modes of criminal responsibility presented by the Prosecutor, the Chamber deemed it "appropriate" to confirm the charge with the various alternative forms in order for the Trial Chamber to determine the most appropriate one.²⁶⁰ An evidentiary discussion relating to each form of responsibility is missing. Rather, the Chamber described Mr. Al Mahdi's conduct in generic terms, and concluded that all forms of responsibility as presented by the Prosecutor were to be confirmed.²⁶¹ This development (in particular in the present case) may be seen at odds with the express intention of pre-trial chambers in the past to filter the charges and streamline the discussion at trial. The novel approach is seemingly informed from the experience in the Katanga case and the application of regulation 55 of the Regulations of the Court during the deliberation phase. The confirmation of a series of alternative forms of criminal responsibilities may be interpreted as a measure to restrict the application of regulation 55 of the Regulations of the Court in subsequent phases of the proceedings. It provides a comfortable position for the Prosecutor to present her arguments on a broad basis at trial. However, from a defense point of view and trial management perspective, this open approach has obvious drawbacks. It may need to be revisited by future pre-trial chambers, depending on the strength of the evidence presented and the specificities of the case.

2. Proceedings Before Trial Chamber VIII

Trial Chamber VIII was constituted and assigned with the case.²⁶² Also in this case, a Single Judge, Judge Raoul Pan-

²⁴⁹ ICC, Transcript of 30.9.2015 – ICC-01/12-01/15-T-1-ENG ET (Pre-Trial Chamber I, Transcript of Hearing), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/e40682/> (3.12.2016).

²⁵⁰ ICC, Filing of 17.12.2015 – ICC-01/12-01/15-62 (Office of the Prosecutor, Chef d'accusation retenu par l'Accusation contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a83616/> (3.12.2016); an English translation was filed on 8.1.2016, ICC-01/12-01/15-70-AnxA, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/0a471b/> (3.12.2016).

²⁵¹ ICC, Filing of 15.1.2016 – ICC-01/12-01/15-66-red (Office of the Prosecutor, Document présentant les conclusions factuelles et juridiques du Bureau du Procureur au soutien du Chef d'accusation dans l'affaire contre Ahmad Al Faqi Al Mahdi; the original confidential filing was submitted on 17.12.2015), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/2ac52a/> (3.12.2016).

²⁵² ICC, Chambers Manual, 2016, p. 11 f.

²⁵³ ICC, Filing of 18.12.2015 – ICC-01/12-01/15-67, with confidential annex (Office of the Prosecutor, Dépôt de l'inventaire des preuves que l'Accusation entend produire à l'audience de confirmation des charges) online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/633fd7/> (3.12.2016).

²⁵⁴ ICC, Decision of 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84-Red (Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi [„Al Mahdi Confirmation Decision“]), para. 9, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/bc8144/> (3.12.2016).

²⁵⁵ ICC, Transcript of 1.3.2016 – ICC-01/12-01/15-T-2-ENG-Red2 (Pre-Trial Chamber I, Transcript of Hearing) online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/1a7bdc/> (3.12.2016).

²⁵⁶ Compared with the warrant of arrest, the form of aiding and abetting or otherwise assisting (article 25 [3] [c]) was added in the charging document. This is in conformity of the

Statute as long as the Prosecutor does not exceed the factual allegations on the basis of which the suspect was surrendered to the Court.

²⁵⁷ ICC, Decision of 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84-Red (Al Mahdi Confirmation Decision), para. 19.

²⁵⁸ ICC, Opinion of 9.5.2016 – ICC-01/12-01/15-84-Anx (Separate Opinion of Judge Péter Kovács [“Al Mahdi Separate Opinion“]), para. 9 ff., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/d6ba07/> (3.12.2016).

²⁵⁹ ICC, Opinion of 9.5.2016 – ICC-01/12-01/15-84-Anx (Al Mahdi Separate Opinion), para. 1.

²⁶⁰ ICC, Decision of 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84-Red (Al Mahdi Confirmation Decision), para. 22.

²⁶¹ ICC, Decision of 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84-Red (Al Mahdi Confirmation Decision), para. 45 ff.

²⁶² ICC, Decision of 2.5.2016 – ICC-01/12-01/15-86 (Presidency, Decision constituting Trial Chambers VIII and IX and referring to them the cases of The Prosecutor v. Ahmad Al

galangan, was designated to decide on all preparatory matters.²⁶³ At that point in time, it was on public record that Mr. Al Mahdi intended to make an admission of guilt pursuant to article 65. The Chamber held a status conference during which it was decided that (i) with the agreement of the parties, the judgment and sentencing will be rendered simultaneously in the event of conviction,²⁶⁴ and that (ii) the evidentiary material presented by the Prosecutor at the confirmation stage were to be considered presented and accepted by the accused for the purposes of article 65.²⁶⁵ With decision of 1 June 2016, a calendar for disclosure and other motions was established and the date of the commencement of trial was set on 22 August 2016, after the end of Ramadan.²⁶⁶

In total eight victims (three natural persons and five institutions) were admitted at trial to participate in the proceedings.²⁶⁷ The natural persons alleged to have suffered personal economic and moral harm as a result of the events underpinning the charge.²⁶⁸ A common legal representative, previously chosen by some victims, was appointed to represent all participating victims.²⁶⁹ It is a welcome development by the Chamber not to appoint as legal representative for victims the

Office of Public Counsel for victims but to appoint counsel from outside the Court.

During the trial, which lasted three days (22-24 August 2016), Mr. Al Mahdi made an admission of guilt. Three witnesses testified on the part of the Prosecutor, and all participants made submissions on sentencing. A detailed and comprehensive agreement between Mr. Al Mahdi and the Prosecutor on the nature and consequences of Mr. Al Mahdi's admission of guilt was presented to the Trial Chamber.²⁷⁰ In this agreement, Mr. Al Mahdi in writing accepted responsibility for his actions. The Prosecutor indicated to recommend to the Trial Chamber a sentence within the range of nine to eleven years. Following article 65 (5),²⁷¹ this agreement is not binding on the Trial Chamber.

On 27 September 2016, the Trial Chamber convicted Mr. Al Mahdi of the war crime of having intentionally attacked the protected objects in Timbuktu and sentenced him to 9 years of imprisonment.²⁷² The Chamber's most important findings are quickly summarized: in the view of the Chamber, "directing an attack" within the meaning of article 8 (2) (e) (iv) "encompasses any acts of violence against protected objects".²⁷³ Crucially, in the view of the Chamber, the Statute does not make a distinction whether the act of violence is "carried out in the conduct of hostilities or after the object had fallen under the control of an armed group".²⁷⁴ This interpretative approach reflects, in the estimation of the Chamber, the special status of the protected objects and the fact that humanitarian law protects cultural objects as such from crimes committed in battle and out of it.²⁷⁵ As regards the various forms of criminal responsibility confirmed by the Pre-Trial Chamber, the Chamber discussed only one, namely that of co-perpetratorship (article 25 [3] [a], second alternative). In this context, the Chamber highlighted that no hierarchy exists "within the variations set out under Article 25 (3) (a) of the Statute".²⁷⁶ It clarified that it must elect which mode of liability reflects best the full scope of the accused's

Faqi Al Mahdi and The Prosecutor v. Dominic Ongwen), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/b97276/> (3.12.2016).

²⁶³ ICC, Decision of 4.5.2016 – ICC-01/12-01/15-87 (Trial Chamber VIII, Decision Notifying the Election of a Presiding Judge and Single Judge), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/97f77b/> (3.12.2016).

²⁶⁴ ICC, Transcript of 24.5.2016 – ICC-01/12-01/15-T-3-Red-ENG (Trial Chamber VIII, Transcript of Hearing), p. 4, lines 1 ff., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/80b091/> (3.12.2016).

²⁶⁵ ICC, Transcript of 24.5.2016 – ICC-01/12-01/15-T-3-Red-ENG (Trial Chamber VIII, Transcript of Hearing), p. 22, lines 12 ff., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/80b091/> (3.12.2016)

²⁶⁶ ICC, Decision of 1.6.2016 – ICC-01/12-01/15-93 (Trial Chamber VIII, Decision Setting the Commencement Date of the Trial), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/53f427/> (3.12.2016).

²⁶⁷ ICC, Decision of 8.6.2016 – ICC-01/12-01/15-97-Red (Trial Chamber VIII, Public redacted version of "Decision on Victim Participation at Trial and on Common Legal Representation of Victims ['First Al Mahdi Victims Decision']"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/c8c749/> (3.12.2016); Public redacted version of "Second Decision on Victim Participation at Trial", 12.8.2016, ICC-01/12-01/15-156-Red, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/90149c/> (3.12.2016); after the issuance of the second decision on participation, one victim withdrew its application to participate.

²⁶⁸ ICC, Decision of 8.6.2016 – ICC-01/12-01/15-97-Red (First Al Mahdi Victims Decision), para. 34.

²⁶⁹ ICC, Decision of 8.6.2016 – ICC-01/12-01/15-97-Red (First Al Mahdi Victims Decision), para. 38.

²⁷⁰ ICC, Filing of 9.9.2016 – ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tENG-Red2 (Office of the Prosecutor and Defense for Mr. Al Mahdi, Agreement regarding admission of guilt), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/910457/> (3.12.2016).

²⁷¹ Article 65 (5) stipulates: "Any discussions between the Prosecutor and the defense regarding modification of the charges, the admission of guilt or the penalty to be imposed shall not be binding on the Court."

²⁷² ICC, Decision of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15-171 (Trial Chamber VIII, Judgment and Sentence ["Al Mahdi Judgment"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/042397/> (3.12.2016).

²⁷³ ICC, Decision of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15-171 (Al Mahdi Judgment), para. 15.

²⁷⁴ ICC, Decision of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15-171 (Al Mahdi Judgment), para. 15.

²⁷⁵ ICC, Decision of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15-171 (Al Mahdi Judgment), para. 15 f.

²⁷⁶ ICC, Decision of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15-171 (Al Mahdi Judgment), para. 60.

individual criminal responsibility since he can only be convicted of only one form of article 25 (3) (a) commission for each incident or discrete type of criminal conduct.²⁷⁷ The fact that Mr. Al Mahdi personally participated in the destruction of five buildings was considered to support the Chamber's conclusion that he made an essential contribution to the crime charged pursuant to a common plan.²⁷⁸ Given that the Chamber had decided to hold Mr. Al Mahdi responsible as a co-perpetrator, it was considered unnecessary to make a finding on the accessory liability alternatives.

On 29 September 2016, the Chamber issued a calendar for the reparations phase and set a deadline for submission of reparation applications.²⁷⁹ It also asked for the submission of a report by one or more experts identified by the Registry with expertise on (i) the importance of international cultural heritage, (ii) the scope of the damage caused to the protected buildings in Timbuktu, and (iii) the scope of the economic and moral harm suffered. The parties, the Trust Fund and Malian authorities were invited to make general submissions.

V. Regulation 46 (3) Request (Egypt)

- Prosecutor's Decision: 23 April 2013
- Submission for Judicial Review: 5 September 2014
- Assignment to Pre-Trial Chamber: 10 September 2014
- Review Decision: 12 September 2014

The proceedings in this situation are unusual but not less worthy of attention. Regulation 46 (3) of the Regulations of the Court²⁸⁰ was applied for the first time in the Court's history in this instance. The Chamber's involvement was triggered by former President of the Arab Republic of Egypt, Mohamed Morsi, who had lodged a declaration under article 12 (3) on 13 December 2013,²⁸¹ asking for the Prosecutor's intervention "over all crimes committed in Egypt following the military coup on 3 July 2013 which resulted in the arrest of Egypt's first democratically elected President and the suspen-

sion of the Egyptian Constitution".²⁸² As admitted by the complainant, the 12 (3) declaration had been signed on 10 August 2013, after the military coup in Egypt.²⁸³ On 23 April 2013, the Prosecutor had declined to open an investigation on the grounds that (former) President Morsi and his government lacked locus standi to seize the Court.²⁸⁴ On 25 April 2013, the Registrar had decided not to accept the declaration as having been presented on behalf of the Egyptian State.²⁸⁵

In the following, the complainant sought judicial review of the Prosecutor's decision not to open an investigation into allegations involving "massive, systematic and widespread" crimes committed in the Arab Republic of Egypt.²⁸⁶ He addressed, inter alia, the President of the Pre-Trial Division requesting her to assign this matter to a Pre-Trial Chamber under regulation 46 (3) of the Regulations of the Court.²⁸⁷ The President of the Pre-Trial Division, Judge Christine van den Wyngaert at the time, assigned the matter to Pre-Trial Chamber II, based on a pre-established roster.²⁸⁸ Of importance is her statement that she is duty-bound to direct the matter to a Chamber as long as the matter "does not appear (a) to fall outside the competence of the Pre-Trial Chamber, or (b) to be manifestly frivolous".²⁸⁹ Two days later, on 12 September 2014, Pre-Trial Chamber II dismissed the review

²⁷⁷ ICC, Decision of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15-171 (Al Mahdi Judgment), para. 60.

²⁷⁸ ICC, Decision of 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15-171 (Al Mahdi Judgment), para. 61.

²⁷⁹ ICC, Decision of 29.9.2016 – ICC-01/12-01/15-172 (Trial Chamber VIII, Reparations Phase Calendar).

²⁸⁰ Regulation 46 (3) of the Regulations of the Court reads: „Any matter, request or information not arising out of a situation assigned to a Pre-Trial Chamber in accordance with sub-regulation 2, shall be directed by the President of the Pre-Trial Division to a Pre-Trial Chamber according to a roster established by the President of that Division.“

²⁸¹ ICC, Filing of 23.5.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-2-AnxA (Complainant, Request for review of the Prosecutor's decision of 23.4.2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25.4.2014 ["Complaint"]), fn. 2 and para. 23, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/6fc257/> (3.12.2016).

²⁸² ICC, Filing of 23.5.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-2-AnxA (Complaint), para. 7.

²⁸³ ICC, Filing of 23.5.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-2-AnxA (Complaint), para. 7.

²⁸⁴ ICC, Filing of 23.5.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-2-AnxA (Complaint), para. 10, 34.

²⁸⁵ ICC, Filing of 23.5.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-2-AnxA (Complaint), para. 11, 35.

²⁸⁶ ICC, Filing of 1.9.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-2 (Complaint, Re-filing before the President of the Pre-Trial Division of the "Request for review of the Prosecutor's decision of 23.4.2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25.4.2014"), para. 18, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/7ce712/> (3.12.2016).

²⁸⁷ Regulation 46 (3) of the Regulations of the Court provides: "Any matter, request or information not arising out of a situation assigned to a Pre-Trial Chamber in accordance with sub-regulation 2, shall be directed by the President of the Pre-Trial Division to a Pre-Trial Chamber according to a roster established by the President of that Division."

²⁸⁸ ICC, Decision of 10.9.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-1 (President of the Pre-Trial Division, Decision assigning the "Request for review of the Prosecution's decision of 23.4.2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25.4.2014" to Pre-Trial Chamber II ["Assignment Decision"]), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/51f209/> (3.12.2016).

²⁸⁹ ICC, Decision of 10.9.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-1 (Assignment Decision), para. 3.

request in limine.²⁹⁰ In sum, it found that it lacked proprio motu powers to review the Prosecutor's decision under article 53 (3) (b) since the Prosecutor had not based her decision on interests of justice considerations as foreseen in article 53 (1) (c).²⁹¹ Of importance is also the Chamber's statement as to the Registrar's role in the context of article 12 (3) declarations: his role is "merely administrative"; "[b]eyond that, the Registrar has no power to make a legal or judicial ruling upon receipt of any declaration".²⁹² A subsequent request for reconsideration or, in the alternative, leave to appeal the decision was dismissed in limine ruling that the complainant had no locus standi.²⁹³

VI. Situation in the Union of the Comoros, Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia (Pre-Trial Chamber I)²⁹⁴

- Gaza Flotilla Incident: 31 May to 5 June 2010
- Referral of situation: 14 May 2013
- Prosecutor's Decision: 6 November 2014
- Review request by Union of the Comoros: 29 January 2015
- Review decision: 16 July 2015
- Victims' participating: 418

1. The Gaza Flotilla Incident

On 3 January 2009, Israel imposed a naval blockade off the coastline of the Gaza strip up to a distance of 20 miles from the coast. Between 31 May and 5 June 2010, a flotilla of seven ships bound for the Gaza strip was intercepted by the Israeli Defense Forces ("IDF") at 64 miles from the coast of the Gaza. On board of the ships were about 700 passengers

from approximately 40 countries who had the intention to break the Israeli blockade and deliver humanitarian goods to the Gaza population. The interception operation resulted in the death of 10 and bodily harm of 50-55 persons, as well as outrages upon personal dignity of a significant number of passengers. The majority of the crimes occurred on board of one vessel (Mavi Marmara). The transported goods were confiscated and later distributed in Gaza with the assistance of the United Nations ("UN").

Three ships were registered in States Parties, namely the Union of the Comoros (the Mavi Marmara), the Hellenic Republic (the Eleftheri Mesogios/Sofia) and the Kingdom of Cambodia (the Rachel Corrie). The Union of the Comoros referred the situation involving the crimes flowing from the interception of the flotilla by the IDF. The situation began on 31 May 2010 and lasted until at least 5 June 2010 when the last ship was intercepted.

2. The Prosecutor's Decision Not to Open an Investigation

Upon receipt of the referral of the Union of the Comoros, the Prosecutor conducted a preliminary examination²⁹⁵ at the end of which she decided not to open an investigation into the situation. She communicated her analysis and decision in a report dated 6 November 2014.²⁹⁶ The Prosecutor accepted the existence of an international armed conflict in view of Israel's military occupation of Gaza; alternatively she found that the conflict between Israel and Hamas could be qualified as a non-international armed conflict. As regards the crimes, she saw grounds to believe that the war crimes of willful killing, willfully causing serious injury, outrages upon personal dignity, and intentional directing attacks against civilian objects (if the naval blockade would be considered unlawful) had been committed, but declined to qualify the events as crimes against humanity arguing that there was no widespread or systematic attack directed against the civilian population. Finally, the Prosecutor maintained that the "potential cases" emanating from this situation do not satisfy the "gravity" threshold in article 17 (1) (d). She based her decision on considerations, such as the limited scope of the situation (mainly one day; three vessels), small number of victims, nature of the crimes (no indications of torture or inhuman treatment), manner of commission of the crimes (crimes were not systematic or resulted from a deliberate plan or policy to attack; force was confined to one vessel), and impact of the crimes (crimes had impact on the victims aboard the vessels, but did not have any significant impact on the population of Gaza). Lacking any countervailing qualitative considerations the Prosecutor decided that the limited potential cases would not justify the Court's intervention into this situation.

²⁹⁰ ICC, Decision of 12.9.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-3 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the "Request for review of the Prosecutor's decision of 23.4.2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25.4.2014 ['Egypt Review Decision']"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/bfbb8f/> (3.12.2016).

²⁹¹ ICC, Decision of 12.9.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-3 (Egypt Review Decision), para. 8 f.; in relation to its review competence under article 53 (3) (a), the Chamber stated that lacking a request by a State Party or the Security Council, it could not proceed, para. 7.

²⁹² ICC, Decision of 12.9.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-3 (Egypt Review Decision), para. 10.

²⁹³ ICC, Decision of 22.9.2014 – ICC-RoC46(3)-01/14-5 (Pre-Trial Chamber II, Decision on a Request for Reconsideration or Leave to Appeal the "Decision on the 'Request for review of the Prosecutor's decision of 23.4.2014 not to open a Preliminary Examination concerning alleged crimes committed in the Arab Republic of Egypt, and the Registrar's Decision of 25.4.2014'"), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/7ced5a/> (3.12.2016).

²⁹⁴ The record carries the situation number ICC-01/13.

²⁹⁵ Article 53 (1).

²⁹⁶ ICC, Filing of 6.11.2014 – ICC-01/13-6-AnxA (Office of the Prosecutor, Article 53 [1] Report), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/6b833a/> (3.12.2016).

3. The Review Decision

The Union of the Comoros, the referring State, challenged the decision of the Prosecutor and requested the Chamber to review it under article 53 (3) (a).²⁹⁷ In short, it based its review request on two principal grounds: (i) failure to take into account alleged crimes that fall outside the jurisdiction of the Court (i.e. outside the three vessels) when assessing gravity, and (ii) errors in assessing the gravity factors. Victims were invited by the Chamber to express their views and concerns in relation to the review application of the referring State.²⁹⁸

On 16 July 2015, Pre-Trial Chamber I issued its decision, by majority, and requested the Prosecutor to reconsider her decision.²⁹⁹ Article 53 (3) gives little indication as to the details of the review conducted by the Chamber. It is therefore of particular interest how Pre-Trial Chamber I analyzed the scope and standard of review. As regards the scope of the review, the Majority held that only the “considerations underlying the final conclusion that an investigation should not be opened” are subject to review.³⁰⁰ This is owed to the fact that the object and purpose of article 53 (3) (and consequently the competencies of the Chamber) are different than those of article 15 (4)/53 (1).³⁰¹ In light of the foregoing, the Majority concluded that it does not review the Prosecutor’s decision *ex novo*, but that it is bound by the issues raised in the review request that have a bearing on the Prosecutor’s conclusion not to investigate.³⁰² As grounds for review the Majority accepted the allegation of procedural errors, errors of fact and law which “materially affected” the Prosecutor’s decision.³⁰³ As will be criticized by the dissenting Judge, the Majority did not clarify wherefrom it retrieves those criteria.

Regard must be paid to the Majority’s understanding of the conduct of preliminary examinations and the manner in which the Prosecutor ought to evaluate information. The Chamber clarified that the exercise of prosecutorial discretion is to be found only in article 53 (1) (c), namely in case the

investigation would not serve the interests of justice. Conversely, articles 53 (1) (a) and (b) require the application of exacting legal requirements that instruct the Prosecutor, in case they are met, to open an investigation.³⁰⁴ This is the first time an authoritative interpretation of article 53 (1) is given that sheds light on the Prosecutor’s obligations during preliminary examinations. Indeed, prosecutorial discretion under the Rome Statute is not the norm but limited to a specific scenario. This does not prevent the Prosecutor from exercising her functions independently.

The above understanding also affects the quality of the information at the pre-investigative stage and the manner in which the Prosecutor evaluates them. The Majority reminded the Prosecutor that the information at this stage need not be “clear, univocal or not contradictory”, and that “the existence of conflicting accounts, are not valid reasons not to start an investigation but rather call for the opening of such an investigation”. Indeed, the term “shall” in article 53 (1) expresses the presumption that the Prosecutor investigates in order to be able to properly assess the relevant facts.³⁰⁵ The Majority’s holdings may be seen as a response to the position of the Office of the Prosecutor in previous cases, such as the Mbarushimana case, in which it had insisted that the Pre-Trial Chamber does not resolve any inconsistencies or contradictions at the confirmation stage (“substantial grounds to believe”) but that those are better resolved at trial – a position that was not followed, neither by the Pre-Trial Chambers nor by the Appeals Chamber. It must have seemed contradictory for the Majority to accept the resolution of inconsistencies and contradictions at the preliminary examination stage (“reasonable basis to believe”) but to be required to “overlook” their existence at procedural stages where the evidentiary threshold warrants a more stringent analysis of the evidence (“substantial grounds to believe”).

With respect to the first ground, the Majority determined that when assessing gravity the Prosecutor had erred not to consider facts falling outside the jurisdiction of the Court (i.e. events in Gaza). It held that jurisdiction limits the Court to render judgment on facts falling outside the jurisdiction but does not preclude the Court from considering facts falling outside the jurisdiction of the Court in order to determine a matter falling within its jurisdiction.³⁰⁶ It also remarked that the Prosecutor actually had not applied her own approach consistently as she did take into account certain facts outside the jurisdiction of the Court, such as when assessing the impact of the crimes on the population in Gaza.³⁰⁷ For this reason, the Majority ultimately concluded that while the Prose-

²⁹⁷ ICC, Decision of 29.1.2015 – ICC-01/13-3-Red (Union of the Comoros, Application for Review pursuant to Article 53 (3) (a) of the Prosecutor’s Decision of 6.11.2014 not to initiate an investigation in the Situation), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/b60981/> (3.12.2016).

²⁹⁸ ICC, Decision of 24.4.2015 – ICC-01/13-18 (Pre-Trial Chamber II, Decision on the Victims’ Participation), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/118fc5/> (3.12.2016).

²⁹⁹ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Pre-Trial Chamber I, Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation [“Review Decision”]), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/2f876c/> (3.12.2016).

³⁰⁰ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 8.

³⁰¹ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 9.

³⁰² ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 10.

³⁰³ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 12.

³⁰⁴ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 14.

³⁰⁵ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 13.

³⁰⁶ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 17.

³⁰⁷ ICC, Decision of 16.7.2015 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 18.

cutor had espoused an erroneous abstract principle, her error did not affect the validity of her gravity assessment.³⁰⁸

With respect to the second ground, the Majority reviewed the Prosecutor's assessment of the various gravity factors she determined relevant for determining whether the "potential cases" are sufficiently "grave". In line with existing case-law, the Chamber agreed that "gravity" at the situation stage involves a generic assessment of whether "the groups of persons that are likely to form the object of the investigation capture those who may bear the greatest responsibility for the alleged crimes"; and that "gravity" must be assessed from both a "quantitative" and "qualitative" view point looking into factors, such as the nature, scale and manner of commission of the alleged crimes, as well as their impact on victims.³⁰⁹

As regards the group of potential perpetrators, the Majority criticized the Prosecutor's conclusion that there was no reasonable basis to conclude that "senior IDF commanders and Israeli leaders" were responsible as perpetrators or planners of the crimes. It corrected the Prosecutor in stating that her analysis should focus on who bears the greatest responsibility and not be limited by seniority or hierarchical positions.³¹⁰ This finding is critical and, again, may be said to have been a reaction to the Prosecutor's changing position when compared to her Office's position adopted in the Ntaganda case in 2006. It is recalled that at the time of the first warrant of arrest, Pre-Trial Chamber I had declined to issue a warrant of arrest against Bosco Ntaganda for lack of "gravity" with the argument that he was not one of the highest-ranking perpetrators.³¹¹ On appeal, lodged by the Prosecutor who argued – against – such a restrictive interpretation, the Pre-Trial Chamber's decision was reversed.³¹² Of relevance to our discussion is the Appeals Chamber finding in 2006 that "the deterrent effect of the Court is highest if no category of perpetrators is per se excluded from potentially being brought before the Court. The imposition of rigid standards primarily based on top seniority may result in neither retribution nor prevention being achieved. [...] Individuals who are not at the very top of an organization may still carry considerable influence and commit, or generate the widespread commission of, very serious crimes. [...] Various provisions of the

Rome Statute could relate to persons other than the most senior leaders suspected of being the most responsible. [...] [Also], the Preamble to the Rome Statute mentions 'most serious crimes' but not 'most serious perpetrators'".³¹³ The same standard was expected to be applied in the present situation and the Majority concluded that this error affected the validity of the Prosecutor's 6 November 2014 decision.

Also as regards the various "gravity" factors, the Majority identified further flaws and material errors. As regards the scale of the crimes, the Majority criticized the Prosecutor's argument relating to the limited numbers of victims (ten persons killed, 50-55 persons injured, and an unknown number of persons having suffered outrages upon personal dignity). The Majority Judges underscored that the numbers of casualties actually exceeded numbers in cases in which the Prosecutor had decided to investigate and prosecute, such as in the Abu Garda case and Banda case.³¹⁴ From today's perspective, the Al Mahdi case shows that actually no human casualties are necessary for the Prosecutor to commence an investigation.

As regards the nature of the crimes, the Majority Judges criticized the Prosecutor's limited analysis of the crimes committed and her failure to take them into account when assessing "gravity". In its view, she should have additionally accepted, on the evidence, the crimes of torture and inhuman treatment.³¹⁵

In relation to the manner of commission of the crimes, the Majority took issue with the Prosecutor's conclusion that there was no plan or policy to attack civilians. The Majority highlighted that the Prosecutor (i) did not take into account information regarding the use of live fire by the IDF prior to boarding the Mavi Marmara,³¹⁶ (ii) unreasonably failed to consider cruel and abusive treatment of detained passengers in Israel which seems to point to a systematic abuse and not isolated acts of individual IDF soldiers,³¹⁷ (iii) unreasonably failed to recognize the facts of unnecessarily cruel treatment of passengers during the taking of the Mavi Marmara and attempts to conceal the crimes,³¹⁸ and (iv) unreasonably failed to recognize the fact that the events aboard the Mavi Marmara were unique (carrying no humanitarian supplies but 80% of passengers of the entire flotilla, including "activists" allegedly linked to Hamas) and that crimes were not committed (the same way) on other vessels of the flotilla.³¹⁹

³⁰⁸ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 19.

³⁰⁹ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 21.

³¹⁰ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 23.

³¹¹ ICC, Decision of 10.2.2006 – ICC-01/04-02/06-20-Anx2 (Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/d68b07/> (3.12.2016).

³¹² ICC, Decision of 13.7.2006 – ICC-01/04-169 (Appeals Chamber, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58 [Ntaganda Warrant of Arrest Judgment]"), online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/8c20eb/> (3.12.2016).

³¹³ ICC, Decision of 13.7.2006 – ICC-01/04-169 (Ntaganda Warrant of Arrest Judgment), para. 73 ff.

³¹⁴ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 26.

³¹⁵ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 28 ff.

³¹⁶ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 33 ff.

³¹⁷ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 37 f.

³¹⁸ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 39 ff.

³¹⁹ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 42 f.

With respect to the impact of the crimes, the Majority observed that the impact on the victims and their families is already an indicator for sufficient “gravity”. Contrary to the Prosecutor’s assertion, the fact that the supplies were ultimately distributed in Gaza was deemed irrelevant.³²⁰

The dissenting Judge, Judge Péter Kovács, expressed his disagreement on a number of points that merit our attention. Having regard to the wording³²¹ and drafting history of article 53 (3) (a), Judge Kovács held that the Chamber enjoys a margin of discretion and is not legally compelled to address the merits of the review request of the complainant entity. Rather, in his view, such review is warranted only “if it is convinced that the issues raised in said application reveal clear error[s] on the part of the Prosecutor”.³²² As to the scope of review, Judge Kovács proposed to interpret the term “decision” within the meaning of article 53 (3) (a) as “conclusion arrived at” regardless of the specific grounds relied upon by the Prosecutor. This interpretative approach becomes even more compelling when issues of jurisdiction are involved to which the Chamber cannot “turn a blind eye” merely because the Prosecutor has taken a decision based on “gravity”. Indeed, in his view, the Majority acted inconsistent in purporting to limit its review to the considerations underlying the Prosecutor’s decision, i.e. gravity, but then to enter findings on jurisdiction, such as the occurrence of other crimes.³²³ The dissenting Judge also found fault in the Majority’s approach to adopt a standard of review similar to that of interlocutory and final appeals on the merits without proper explanation. In his view, the article 53 (3) (a) review calls “for a more deferential approach” necessitating a careful balance between the independence of the Prosecutor and the supervisory role of the Pre-Trial Chamber.³²⁴ His final point of disagreement as regards article 53 (3) (a) concerned the Majority’s assessment of “gravity”. In his estimation, the Prosecutor’s assessment of gravity was not “necessarily unreasonable” and her decision did not require reconsideration. He compared the present situation with other situations before the Court, for example in Kenya and Côte d’Ivoire, and found that there were no qualitative factors or aggravating circumstances to warrant a different decision in the present

situation.³²⁵ Finally, the dissenting Judge expressed reservations in accepting the constitutive elements of the war crimes of willful killing and willfully causing great suffering since the injuries sustained on board the Mavi Marmara were “apparently incidental to lawful action taken on conjunction with the protection of the blockade”.³²⁶

4. The Appeal

The Appeals Chamber, by majority, dismissed in limine the Prosecutor’s appeal as inadmissible as the Pre-Trial Chamber’s decision was not a decision determining admissibility.³²⁷ Yet, the Appeals Chamber Majority did not miss this opportunity to comment on the consequences of article 53 (3) (a) decisions. The Judges held that following a ruling under article 53 (3) (a) the Prosecutor is obliged to reconsider her decision but “retains ultimate discretion over how to proceed”.³²⁸ The Appeals Chamber confirmed the obvious, as the word “may” in article 53 (3) (a) suggests. However, the appellate Judges may have felt to add this clarification since the Pre-Trial Chamber’s Majority general tone in the decision and concluding remark³²⁹ could have been viewed to direct the Prosecutor to open an investigation into the situation. Indeed, a more careful wording would have avoided this misconception and would have accorded to the wording of the law. Last but not least, it should be mentioned that two Judges of the Appeals Chamber disagreed with their colleagues as to the characterization of the Pre-Trial Chamber’s review decision and held that in their view the impugned

³²⁰ ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 46 f.

³²¹ The provision reads, in relevant part: “[T]he Pre-Trial Chamber *may* review a decision of the Prosecutor under paragraph 1 or 2 not to proceed and *may* request the Prosecutor to reconsider that decision” (emphasis added by *author*).

³²² ICC, Opinion of 16.7.2015 – ICC-01/13-34-Anx-Corr (Partly Dissenting Opinion of Judge Péter Kovács [“Comoros Dissenting Opinion”], annexed to Review Decision), para. 2 ff., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/0fceb2/> (3.12.2016).

³²³ ICC, Opinion of 16.7.2015 – ICC-01/13-34-Anx-Corr (Comoros Dissenting Opinion), para. 10 ff.

³²⁴ ICC, Opinion of 16.7.2015 – ICC-01/13-34-Anx-Corr (Comoros Dissenting Opinion), para. 6 ff.

³²⁵ ICC, Opinion of 16.7.2015 – ICC-01/13-34-Anx-Corr (Comoros Dissenting Opinion), para. 14 ff.

³²⁶ ICC, Opinion of 16.7.2015 – ICC-01/13-34-Anx-Corr (Comoros Dissenting Opinion), para. 31 ff.

³²⁷ ICC, Decision of 6.11.2015 – ICC-01/13-51 (Appeals Chamber, Decision on the admissibility of the Prosecutor’s appeal against the “Decision on the request of the Union of the Comoros to review the Prosecutor’s decision not to initiate an investigation [“Comoros Appeals Judgment”]), para. 50 f., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a43856/> (3.12.2016).

³²⁸ ICC, Decision of 6.11.2015 – ICC-01/13-51 (Comoros Appeals Judgment), para. 59.

³²⁹ The Majority of Pre-Trial Chamber I concluded: “As a final note, the Chamber cannot overlook the discrepancy between, on the one hand, the Prosecutor’s conclusion that the identified crimes were so evidently not grave enough to justify action by the Court, of which the *raison d’être* is to investigate and prosecute international crimes of concern to the international community, and, on the other hand, the attention and concern that these events attracted from the parties involved, also leading to several fact-finding efforts on behalf of States and the United Nations in order to shed light on the events. The Chamber is confident that, when reconsidering her decision, the Prosecutor will fully uphold her mandate under the Statute”, see ICC, Decision of 16.7.2016 – ICC-01/13-34 (Review Decision), para. 51.

decision was falling within the ambit of article 82 (1) (a) since the decision “exclusively addressed admissibility”.³³⁰

VII. Situation in Georgia (Pre-Trial Chamber I)³³¹

- Authorization to commence investigation: 27 January 2016
- Victims’ representations: 6.335

On 13 October 2015, the Prosecutor submitted a request for authorization of an investigation into the situation in Georgia pursuant to article 15, together with 192 public and confidential annexes.³³² Following requests regarding Kenya and Côte d’Ivoire, this is the third request of such kind submitted by the Prosecutor. It is the first step to intervene outside the African continent.

The situation was assigned to Pre-Trial Chamber I³³³ which, unlike other pre-trial chambers in the past, did not organize the process of receiving victims’ representations to be submitted in accordance with article 15 (3), second sentence. The victims were informed by the Prosecutor, as provided in rule 50 (1),³³⁴ and within 30 days submitted their representations to the Court.³³⁵ The Victims Participation and Reparation Section (“VPRS”) collected the representations and submitted them, together with a report, to the Chamber on 4 December 2015.³³⁶ Notwithstanding the lack of judicial

involvement, the VPRS successfully collected and presented the representations of 6.335 individuals within this short time frame. It is the biggest number of participating victims in authorization proceedings to date.

1. The Conflict

A description of the conflict will assist the reader to appreciate better the Chamber’s decision. In the months leading to the August 2008 conflict, in particular July 2008, tensions increased in and around South Ossetia between the Georgian and South Ossetian sides involving armed clashes, detention of Georgian military personnel by South Ossetian forces, shelling and firing on the town of Tskhinvali and southern environs causing several casualties and property damage. Beginning August 2008 exchanges of fire intensified in Georgian and South Ossetian controlled areas. The South Ossetian authorities commenced to evacuate parts of the civilian population to North Ossetia in Russia, while some Georgians left the area for locations elsewhere in Georgia. Despite the televised announcement of a unilateral cease-fire by the President of Georgia in the evening of 7 August 2008, fighting began anew around 22:00h when Georgian armed artillery units fired at “fixed and moving” targets in South Ossetia, including Tskhinvali and surrounding areas, using heavy weaponry. Soon, the fighting involved Russian, South Ossetian, Abkhaz military units and irregular armed elements which developed into a combined inter-state conflict between Georgian and Russian forces on one level, and an intra-state conflict involving South Ossetian and Abkhaz fighters, accompanied by irregular armed groups and Georgian forces on another level.

On 8 August 2008, Georgian armed forces entered the territory of South Ossetia from the south, while Russian armed forces entered from the north through the “Roki tunnel”. The Georgian armed forces launched a ground attack against the city of Tskhinvali as well as operations on the left and right flanks of the city. The flank operations seemed to aim at moving northwards with a view to blocking movements of the Russian troops from the north. In the afternoon of 8 August 2008, the Georgian troops seized control of a great part of Tskhinvali and a number of surrounding villages. Yet, the Georgian forces encountered significant armed confrontation from South Ossetian forces, supported by Russian armed forces on the ground, covered by air strikes and elements of the Russian Black Sea Fleet, which attacked Georgian armed forces in Tskhinvali and other targets on Georgian territory. The Russian air forces reportedly attacked locations in central Georgia and gradually extended their attacks to other parts of Georgia, including the capital Tbilisi. The Russian forces were joined by South Ossetian militias. Experiencing heavy resistance, the Georgian forces withdrew and by 10 August 2008 most Georgian troops had left the South Ossetian territory preparing a defensive line for protection of Tbilisi. Yet, they were pursued by Russian and South Ossetian troops who moved beyond the administrative boundary of South Ossetia and occupied adjacent areas deeper into Georgian territory, including the town of Gori, by 12 August 2008.

³³⁰ ICC, Opinion of 6.11.2015 – ICC-01/13-51-Anx (Joint Dissenting Opinion of Judges Silvia Fernández de Gurmendi and Judge Christine van den Wyngaert, annexed to Comoros Appeals Judgment), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/a86345/> (3.12.2016).

³³¹ The record carries the situation number ICC-01/15.

³³² ICC, Filing of 13.10.2015 – ICC-01/15-4 (Office of the Prosecutor, Request for authorization of an investigation pursuant to article 15 [“Georgia Request”]); in the following, two corrected versions of the request were submitted, the last of which dating 17.11.2015, ICC-01/15-4-Corr2, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/eca741/> (3.12.2016).

³³³ ICC, Decision of 8.10.2016 – ICC-01/15-1 (Presidency, Decision assigning the Situation in Georgia to Pre-Trial Chamber I), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/053c24/> (3.12.2016); according to regulation 46 (2) of the Regulations of the Court, the situation is assigned to a Pre-Trial Chamber, amongst other, as soon as the Prosecutor has informed the Presidency of her intention to submit a request for authorization, pursuant to regulation 45 of the Regulations of the Court.

³³⁴ The notice can be found under:

https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Article_15_Application--Notice_to_victims-ENG.pdf (3.12.2016).

³³⁵ Regulation 50 (1) of the Regulations of the Court.

³³⁶ ICC, Filing of 4.12.2015 – ICC-01/15-11 (Victims Participation and Reparation Section, Report on the Victims’ Representations Received Pursuant to Article 15 (3) of the Rome Statute), online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/eb0a8b/> (3.12.2016).

Despite a six-point peace plan negotiated between the Russian Federation and the European Union on 12 August 2008, and the signing of a ceasefire agreement between the Presidents of Georgia and the Russian Federation on 15 and 16 August 2008, respectively, Russian and South Ossetian forces reportedly continued their advances and occupied additional locations which had previously been under Georgian control and administration. As of 15 August 2008, Russian troops withdrew from undisputed Georgian territory but created a 20km “buffer zone” in the area adjoining the administrative boundary line of South Ossetia inside Georgian-administered territory. Civilians entered and exited the zone through Russian military checkpoints; Georgian security forces were denied access.

On 8 September 2008, an implementation agreement was reached according to which, *inter alia*, Russian armed forces were required to withdraw from areas adjacent to the administrative boundary line of South Ossetia by midnight of 10 October 2008. Accordingly, Russian forces withdrew from most parts of the “buffer zone” on 8-9 October 2008 following the deployment of EU monitors on 1 October 2008. The Georgian police returned to the “buffer zone” on 10 October 2008.

The civilian population, in particular ethnic Georgian civilians, was attacked primarily by South Ossetian forces, including an array of irregular militias, in Georgian-administered villages in South Ossetia and Georgian villages in the “buffer zone”. The attack took place on a large scale and targeted a large number of civilian victims, including the deliberate killing of 51 to 113 ethnic Georgians, the displacement of in total about 135.000 persons (the conflict led to a 75 % decrease in the ethnically Georgian population in South Ossetia), as well as the destruction of over 5.000 dwellings belonging to ethnic Georgians. Moreover, it was reported that from August to October 2008, primarily South Ossetian forces arbitrarily detained 345 civilians, of whom many were held in detention facilities in poor conditions. A significant number of houses of ethnic Georgians were systematically looted before they were set ablaze. It was reported that perpetrators moved in groups and used trucks to remove looted goods. These acts were reportedly committed with a view to forcibly expelling ethnic Georgians from the territory of South Ossetia in furtherance of the overall objective to change the ethnic composition of the territory, sever any remaining links with Georgia and secure independence. The *de facto* leadership of South Ossetia reportedly acknowledged some aspects of the policy of expulsion, in particular the deliberate destruction of civilian homes in order to prevent the return of the ethnic Georgian population. Accounts varied as regards the conduct of Russian armed forces: some members actively participated, others remained passive, and others intervened to protect and assist civilian victims.

2. The Authorization Decision

On 27 January 2016, Pre-Trial Chamber I authorized, on the basis of article 15 (4), the commencement of an investigation for crimes within the jurisdiction of the Court committed in and around South Ossetia between 1 July and 10 October

2008, and any other events which may have occurred outside South Ossetia or outside the relevant time period but that are sufficiently linked thereto.³³⁷ Despite their unanimous decision to authorize, the Judges were split over two fundamental questions: the functions of the Pre-Trial Chamber in the context of article 15 and the analysis of the material as regards admissibility. Their differing views on those points will be presented in what follows.

As regards the review standard, the Chamber relied on previous case-law and underscored that the information submitted do not need to “point towards only one conclusion” or to be “conclusive”; rather, a “sensible or reasonable justification for a belief” that a crime was or is being committed is sufficient.³³⁸ The margin within which the Prosecutor may disregard information was narrowed to only “manifestly false” information.³³⁹ This latter holding draws upon the Chamber’s position in the Comoros situation. Finally, contrary to the Kenya authorization decision,³⁴⁰ the Chamber did not limit the material scope of the investigation to the crimes mentioned in the authorization decision³⁴¹ but extended the authorization to all crimes within the jurisdiction of the Court.³⁴² This approach is correct as the article 15 information is regularly limited and only a full-fledged investigation will bring to light evidence that will allow a proper determination on the crimes committed.

As regards the context of war crimes, the Chamber proceeded in its analysis of the request on the basis that an international armed conflict existed as of 1 July 2008 until 10 October 2008 between Georgia and the Russian Federation.³⁴³ More specifically, it held that an international armed conflict existed between Georgian and Russian armed forces at the latest with the direct intervention of Russian armed forces into South Ossetian territory on 8 August 2008 until 12 August 2008 (when the 12 August peace plan was agreed upon); and thereafter until 10 October 2008 when Russian forces occupied portions of Georgian territory beyond the

³³⁷ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s request for authorization of an investigation [“Georgia Authorization Decision”]), operative part and para. 64, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/a3d07e/> (3.12.2016).

³³⁸ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 25.

³³⁹ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 25.

³⁴⁰ ICC, Decision of 31.3.2010 – ICC-01/09-19-Corr (Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya), para. 208 f., online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/f0caaf/> (3.12.2016).

³⁴¹ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 63.

³⁴² ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 64.

³⁴³ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 27.

administrative boundary line of South Ossetia, referred to as the “buffer zone”. It also assumed that there was an international armed conflict as early as 1 July 2008 as the Russian Federation exercised “overall control” over the South Ossetian forces.³⁴⁴ On the basis of the material, it would have been open for the Chamber also to conclude that a non-international armed conflict involving protracted hostilities between Georgian armed forces and South Ossetian forces existed. This alternative characterization would not have changed, however, the outcome of the decision. Moreover, the Chamber accepted that there was a widespread and systematic attack against the civilian population in South Ossetia and the “buffer zone”. The attack had been executed primarily by South Ossetian armed forces, including militias, following the policy to expel ethnic Georgians from the territories concerned within the meaning of article 7 (2) (a).

The Chamber found that crimes against humanity (murder, deportation or forcible transfer of population and persecution) and war crimes (willful killing, destruction of property, and pillaging) had been committed.³⁴⁵ It also accepted the war crime of intentionally directing attacks against peacekeepers though highlighting that several questions remained open regarding the purported loss of protected status of both Georgian and Russian peacekeeping forces as a result of their direct involvement in hostilities. Yet, it considered that these open questions did not preclude investigation but should be resolved as part of it.³⁴⁶

The Chamber criticized the Prosecutor for having “acted too restrictively” when declining determinations on other crimes (intentionally directing attacks against civilians and civilian objects, imprisonment or severe deprivation of physical liberty, and crimes involving sexual and gender-based violence, including rape) because she had only limited information, had been presented with conflicting views, or lacked corroborative information by third parties.³⁴⁷ Nevertheless, the Majority Judges asserted that it would be “inappropriate” to rectify the Prosecutor’s assessment and go beyond the

submissions of the Prosecutor since this would mean to “go beyond the scope of the Pre-Trial Chamber’s mandate under article 15 (4)”³⁴⁸ which the Chamber Majority saw to be “strictly limited”.³⁴⁹ On what statutory basis the Majority construed its limited mandate was not further explained.

This approach marks a departure from the existing case-law on article 15, in which other chambers went beyond the Prosecutor’s determinations.³⁵⁰ Also the Minority Judge, Judge Péter Kovács, did not agree with such a (self-imposed) restrictive position. He advocated for a thorough, independent and objective judicial inquiry into the Prosecutor’s material and victims’ representations and saw himself not bound by the terms of the Prosecutor’s article 15 (3) request.³⁵¹ He stressed the need for judicial control over the Prosecutor’s actions which excludes a “strictly limited” review.³⁵² He found arguments in the wording of article 15 (4) which stipulates that the “[...] Pre-Trial Chamber, upon examination of the request *and* the supporting material, *considers* that there is a reasonable basis to proceed with an investigation [...]” (emphasis added by the *author*). He also saw his position reinforced by rule 50 (4) which authorizes the Chamber to request further material from the Prosecutor and the victims.³⁵³ He exemplified the need for an independent oversight by highlighting that the Prosecutor had applied inconsistent methodology in assessing facts, for example, relating to attacks against peacekeepers and sexual violence. Despite insufficient or contradictory information, the Prosecutor did not refrain from drawing conclusions in relation to the first set of allegations, while she declined to enter any determination in relation to the second set of allegations.³⁵⁴ Accordingly, Judge Kovács rectified the Prosecutor’s assessment and, on the basis of the material and victims’ representations, determined that there was a basis to believe that also other crimes against humanity (such as imprisonment or other severe deprivation of physical liberty, rape, torture and other inhumane acts) as well as war crimes (such as intentionally directing

³⁴⁴ How the Chamber arrived to the conclusion that the Russian Federation exercised such control is not further explained in the decision. The Prosecutor highlighted, for example, (i) Russia’s role in organizing, coordinating and planning of military operations of South Ossetian forces, (ii) Russia’s provision of weapons, training, equipment, and logistical support, (iii) the holding of South Ossetian offices at the governmental level, and positions in South Ossetian de facto military, security and intelligence apparatuses by former senior officials of the Russian army, Russian nationals, or ethnic Ossetians of Russian nationality, and (iv) Russia’s passportization policy and financial aid to South Ossetian institutions, ICC, Filing of 13.10.2015 – ICC-01/15-4 (Georgia Request), para. 85 ff.

³⁴⁵ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 29, 31.

³⁴⁶ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 29.

³⁴⁷ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 34.

³⁴⁸ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 35.

³⁴⁹ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 3.

³⁵⁰ See in particular ICC, Decision of 15.11.2011 – ICC-02/11-14-Corr (Pre-Trial Chamber III, Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d’Ivoire”), para. 30, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/e0c0eb/> (3.12.2016).

³⁵¹ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Separate Opinion of Judge Péter Kovács [“Georgia Separate Opinion”], annexed to Georgia Authorization Decision), para. 6, 11, 19 f.; online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/28b159/> (3.12.2016).

³⁵² ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 4.

³⁵³ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 5.

³⁵⁴ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 22 ff.

attacks against the civilians and civilian objects and launching disproportionate attacks against said civilians and civilian objects by both Georgian and Russian forces, intentionally directing attacks against buildings dedicated to education, historic monuments, and hospitals, unlawful confinement, rape, torture, inhuman treatment, willfully causing great suffering, and the taking of hostages) had been committed by all sides involved in the conflict.³⁵⁵

As regards the admissibility of “potential cases”³⁵⁶ the Majority held that they would be “largely admissible”.³⁵⁷ The Majority Judges explained that if only some of the potential cases are not investigated or prosecuted by any national authorities, the admissibility criterion enshrined in article 53 (1) (b) with respect to complementarity is satisfied.³⁵⁸ With respect to South Ossetia, the Majority asserted that any proceedings would not meet the test of article 17 since South Ossetia is not a recognized State.³⁵⁹ With respect to Georgia, the Majority determined a situation of “inactivity” by accepting the argumentation of the Georgian authorities expressed in a letter dated 17 March 2015 that progress was prevented due to “a fragile security situation in the occupied territories in Georgia and the areas adjacent thereto, where violence against civilians is still widespread”.³⁶⁰ With respect to the Russian Federation, the Majority assessed its activities in relation to two sets of crimes: (i) the forcible displacement campaign to expel ethnic Georgians from South Ossetia and the “buffer zone”, and (ii) the attacks against Russian peacekeepers. In relation to the forcible displacement campaign, the Russian authorities alleged that they had been denied any assistance by Georgian authorities to conduct the investigation, and claimed that, having questioned Russian servicemen, they were unable to confirm any involvement of Russian soldiers in the crimes.³⁶¹ The Majority expressed doubts “whether the Russian authorities’ inability to access crucial evidence, i.e. to interview Georgian witnesses, constitutes inability within the meaning of article 17 of the Statute” but found it “unwarranted to attempt to conclusively resolve this question”, considering that there are other potential cases within the situation that would be admissible.³⁶² In relation to the attacks against Russian peacekeepers the Majority accepted that investigations were ongoing and determined that those

potential cases could be inadmissible.³⁶³ All “potential cases” were deemed to be sufficiently “grave”.³⁶⁴ Finally, the Majority confirmed that there were no substantial reasons to believe that an investigation would not serve the interests of justice.³⁶⁵

The Minority Judge criticized the Majority’s “short-cut” admissibility determinations and presented a more comprehensive analysis of the available information and indicated possible flaws in national investigations. With respect to South Ossetia, the Judge criticized the Majority’s “oversimplified” position to reject outright possible activities by the de facto South Ossetian authorities as relevant for the purpose of article 17 determinations. He based his approach on the following considerations: (i) a contested entity may still “enjoy an undisputed control over the territory and have the capacity to exercise criminal jurisdiction”, this issue becomes even more complex in case of a “nasciturus State, if the entity is able to set up a genuine rule of law mechanism”,³⁶⁶ (ii) a categorical standpoint runs counter to the “basic philosophy of the ICC”, and (iii) proceedings are disregarded or the person may be barred from lodging a *ne bis in idem* challenge under article 19 (2) (a) because domestic proceedings have not been conducted by a “State”.³⁶⁷ Cognizant of the wider implications of such a finding, Judge Kovács stressed that this “matter requires a case-by-case assessment without having an automatic effect on the legal status of the non-recognized entity”.³⁶⁸ This last point is an interesting addition to the interpretation of article 17 that has not yet been the subject of discussion before the Court.

With respect to Georgia, Judge Kovács agreed as to the result that there was ultimately a situation of “inactivity”³⁶⁹ but analyzed the various documentation submitted by the Georgian authorities and identified possible flaws in the national investigation. Interestingly, according to his analysis the ICC Prosecutor could have come to the conclusion that the admissibility test was not met “way before October 2015”.³⁷⁰ More concretely, assessing the first Georgian report dated May 2010 which documented the progress of two national preliminary examinations commencing beginning August 2008, the Minority Judge declared that the investigation in Georgia had fallen short of both the required incidents

³⁵⁵ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 26 ff.

³⁵⁶ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 36 f.

³⁵⁷ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 57.

³⁵⁸ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 39.

³⁵⁹ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 40.

³⁶⁰ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 41.

³⁶¹ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 44.

³⁶² ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 46.

³⁶³ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 50.

³⁶⁴ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 51 ff.

³⁶⁵ ICC, Decision of 27.1.2016 – ICC-01/15-12 (Georgia Authorization Decision), para. 58.

³⁶⁶ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 65.

³⁶⁷ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 66.

³⁶⁸ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 66.

³⁶⁹ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 54.

³⁷⁰ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 47 and fn. 94.

and alleged persons (the two elements composing the “case”) for the purpose of satisfying article 17 (1).³⁷¹ In his estimation, subsequent investigative efforts (from 2011 to 2014) by Georgian authorities concerned only lowest ranking perpetrators and did not involve serious incidents which are of concern to the ICC Prosecutor; in addition, no charges had been presented against any perpetrator. In relation to the lack of prosecutions, Judge Kovács clarified that these investigative activities clearly did not fulfill the required admissibility test since national investigations “should not be confined to simply ‘collect evidence’ but should aim at prosecutions”.³⁷² Finally, he analyzed the latest documentation, the November 2014 report, the 17 March 2015 letter and the August 2015 report, and discussed possible implications for determinations under article 17.³⁷³

With respect to the Russian Federation, Judge Kovács considered the Majority’s “inability” to make an admissibility finding involving the forcible displacement campaign legally erroneous. In his view, article 17 instructs the Chamber to render an admissibility determination on the basis of the facts as they exist at the time of the assessment.³⁷⁴ Contrary to what the Majority found, Judge Kovács held that the Russian investigation “was very limited and contradictory” and “lacked the required degree of seriousness and completeness for the purposes of satisfying the test under article 17 (1) (a) or (b)”.³⁷⁵ He concluded that “at the minimum” there exists “a situation of inactivity with respect to these potential case[s] if not unwillingness on the part of the Russian authorities to genuinely carry out the investigation”.³⁷⁶

This article 15 decision was based on a large amount of documentary material and victims’ representations unprecedented in article 15 proceedings. The wealth of the information, and victims’ representations, allowed the Chamber to take an informed decision based on its own reading of the material. Even though article 15 decisions do not bind the Prosecutor in the future selection of cases, they nevertheless provide an opportunity to assess the facts objectively and to map the crimes of the entire situation. The Prosecutor has already indicated to take the time she needs to conduct the investigation into this situation.

VIII. Preliminary Examinations

The Prosecutor regularly reports on her Office’s preliminary examination activities. In her latest update, the Prosecutor reports that since July 2002 she received 11,519 communica-

tions in total. During the last reporting period (1 November 2014 to 31 October 2015) alone, the Office of the Prosecutor received 502 communications relating to article 15 of which 360 were manifestly outside the jurisdiction of the Court, 42 warranted further analysis, 71 were linked to a situation already under analysis and 29 were linked to a pending investigation or prosecution.³⁷⁷

1. Ongoing Examinations

The Prosecutor is currently conducting ten preliminary examinations in relation to the following situations:

- a) Afghanistan³⁷⁸ concerning allegations of war crimes and crimes against humanity committed by Afghan governmental forces and their allies (ISAF³⁷⁹ and US forces) as well as anti-governmental forces (Taliban and other non-governmental armed groups) between at least January 2007 and October 2015.³⁸⁰ Her examination includes also the bombardment of the Kunduz hospital, operated by Médecins Sans Frontières, by the US air force;³⁸¹
- b) Burundi³⁸² concerning allegations of crimes (such as killings, imprisonment, torture, rape and other forms of sexual violence, and enforced disappearance) since April 2015;³⁸³
- c) Colombia³⁸⁴ concerning allegations of a number of crimes against humanity between governmental forces, paramilitary groups and rebel armed groups as well as amongst them since November 2002; and allegations of a number of war crimes since November 2009; as regards the progress of national investigations and prosecutions, the Prosecutor determined that she still lacked tangible evidence demonstrating substantial progress in Colombian investigations and prosecutions;³⁸⁵

³⁷⁷ ICC, Office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities, 2015 (“2015 Preliminary Examinations Report”), para. 17; the report is available on the website of the Court:

<http://www.legal-tools.org/doc/ac0ed2/> (3.12.2016).

³⁷⁸ Afghanistan is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for Afghanistan on 1.5.2003.

³⁷⁹ “ISAF” stands for “International Security Assistance Force”.

³⁸⁰ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 115 ff.

³⁸¹ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 120.

³⁸² Burundi is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for Burundi on 1.12.2004.

³⁸³ Office of the Prosecutor, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on Opening a Preliminary Examination into the situation in Burundi, 25.4.2016 (available on the website of the Court).

³⁸⁴ Colombia is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for Colombia on 1.11.2002. Due to Colombia’s article 124 declaration, the Court may exercise its jurisdiction over war crimes only from 1.11.2009 onwards.

³⁸⁵ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 164 ff.

³⁷¹ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 43 f.

³⁷² ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 45 ff.

³⁷³ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 49 ff.

³⁷⁴ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 58.

³⁷⁵ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 60.

³⁷⁶ ICC, Opinion of 27.1.2016 – ICC-01/15-12-Anx-Corr (Georgia Separate Opinion), para. 61.

- d) Guinea³⁸⁶ concerning allegations of crimes against humanity resulting from the “28 September 2009 massacre” in the Conakry stadium;³⁸⁷ it is believed that during the 28 September 2009 massacre, 156 persons were killed and at least 109 women became victims of rape and other forms of sexual violence.³⁸⁸ Despite the extremely limited geographical and temporal scope of the conflict situation forming the basis for a potential investigation, the Prosecutor found that there was a reasonable basis to believe that crimes against humanity (murder, imprisonment or other severe deprivation of liberty, torture, rape and other forms of sexual violence, persecution and enforced disappearance) have been committed. This determination seems somewhat at odds with her determination regarding the “Maidan events” (see Ukraine below) in relation to which she declined to qualify them as crimes against humanity referring specifically to their limited geographic (in and around Maidan square within the city of Kyiv) and temporal (only specific dates, killings mainly on 18-20 February 2014) scope;³⁸⁹
- e) Iraq/United Kingdom (“UK”)³⁹⁰ concerning allegations of systematic torture, killings, rape and sexual violence, and inhuman treatment of detainees committed by members of the UK armed forces in UK-controlled facilities across Iraq between 2003 and 2008;³⁹¹
- f) Nigeria³⁹² concerning allegations of crimes against different groups and forces at different times throughout the various regions of the country, including activities of (i) “Boko Haram” and the Nigerian Security Forces, (ii) inter-communal, political and sectarian violence in central and northern parts of Nigeria, (iii) violence amongst ethnically-based gangs and militias and/or between such groups and the Nigerian armed forces in the Niger Delta, and (iv) alleged crimes committed in context of the Presidential and National Assembly elections in 28 March 2015 and the State elections on 11 April 2015;³⁹³ during the last reporting period, the Office of the Prosecutor focused its analysis on alleged crimes committed in the context of the non-international armed conflict opposing

“Boko Haram” to the Nigerian armed forces and other supporting forces covering the period 1 January 2013 to 31 March 2015;³⁹⁴ the Prosecutor identified eight potential cases, six for conduct of the “Boko Haram” and two for Nigerian Security Forces.³⁹⁵

- g) Palestine³⁹⁶ concerning allegations of crimes committed by IDF and Palestinian armed groups on the territory of Palestine in the context of several military operations into Gaza since 13 June 2014;³⁹⁷
- h) Ukraine³⁹⁸ concerning allegations of crimes arising from the “Maidan” events from 21 November 2013 until 22 February 2014, and the events in East Ukraine related to the annexation of Crimea and occupation of other parts of the country after 20 February 2014;³⁹⁹ the Prosecutor declined to characterize the “Maidan events” as crimes against humanity within the meaning of article 7, arguing that the crimes were not “widespread or systematic”.⁴⁰⁰ She did not as yet espouse her views on the legal characterization of the events post-February 2014. For the purpose of delineating the “situation”, she considered that even though the events as of late-February 2014 are distinct from the “Maidan events” they can nevertheless be perceived as a continuation of the situation involving the “Maidan events”. As a result, she extended the temporal scope of the preliminary examination into the situation.⁴⁰¹ Finally, the Prosecutor expressed her readiness to investigate in this situation also the shooting down of the Malaysia Airlines MH17 aircraft in July 2014;⁴⁰²
- i) Union of the Comoros (reconsideration of the Prosecutor’s 6 November 2014 decision);

³⁸⁶ Guinea is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for Guinea on 1.10.2003.

³⁸⁷ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 170 ff.

³⁸⁸ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 171.

³⁸⁹ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 96 ff.

³⁹⁰ Iraq is not a State Party to the Rome Statute. The UK is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for the UK on 1.7.2002.

³⁹¹ A preliminary examination was opened on 13.5.2014 following the communication of new information submitted by NGOs. It is recalled that former Prosecutor Luis Moreno Ocampo decided on 9.2.2006 not to act upon earlier communications arguing that the gravity threshold for potential cases was not met; see online at:

<http://www.legal-tools.org/doc/5b8996/> (3.12.2016).

³⁹² Nigeria is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for Nigeria on 1.7.2002.

³⁹³ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 190.

³⁹⁴ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 192.

³⁹⁵ 2015 Preliminary Examinations Report, paras 195 ff.

³⁹⁶ Palestine acceded to the Rome Statute on 2.1.2015.

³⁹⁷ A preliminary examination was opened on 16.1.2015 following Palestine’s its lodging of a second article 12 (3) declaration on 1.1.2015, accepting the Court’s jurisdiction for alleged crimes “committed in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, since 13.7.2014” and its accession to the Rome Statute on 2.1.2015. It is recalled that former Prosecutor Luis Moreno Ocampo decided not to act upon Palestine’s first article 12 (3) declaration lodged on 22.1.2009, since in his view Palestine’s “observer status” at the UN did not allow Palestine to join the Rome Statute; see online at:

<http://www.legal-tools.org/doc/f5d6d7/> (3.12.2016).

³⁹⁸ Ukraine is not a State Party to the Rome Statute.

³⁹⁹ A preliminary examination was opened on 25.4.2014 following Ukraine’s lodging of the first article 12 (3) declaration on 9.4.2014 regarding the “Maidan” events. Following the lodging of the second article 12 (3) declaration on 8.9.2015, the Prosecutor announced on 29.9.2015 to extend the temporal scope of her ongoing preliminary analysis to include also all other events committed in the territory of Ukraine since 20.2.2014 onwards.

⁴⁰⁰ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 95 ff.

⁴⁰¹ 2015 Preliminary Examinations Report, para. 106 ff.

⁴⁰² 2015 Preliminary Examinations Report, para. 110.

- j) Gabonese Republic⁴⁰³ concerning allegations of crimes that occurred on the territory of Gabon since May 2016 and in context of presidential elections.⁴⁰⁴ The Prosecutor received a referral from the Government of the Gabonese Republic on 21 September 2016 containing allegations of genocide and crimes against humanity.

2. Completed Examinations

After having conducted a preliminary examination since 6 December 2010, the Prosecutor, in June 2014, declined to open an investigation into the situation in the Republic of Korea (or “South Korea”)⁴⁰⁵ for lack of jurisdiction *ratione materiae*.⁴⁰⁶ The situation involved two incidents: (i) the sinking of a South Korean warship (the Cheonan), and (ii) the shelling of South Korea’s Yeonpyeong Island on 23 November 2010 which resulted in killing of four persons (two civilians and two military) and the destruction of military and civilian facilities on a large scale (estimated cost USD 4.5 million). Both attacks were purportedly launched from the Democratic People’s Republic of Korea (“DPRK”). The Prosecutor confirmed that the Court has territorial jurisdiction since the conduct occurred on South Korean territory or vessels registered in South Korea. She also accepted that at the time of the incidents, an international armed conflict existed: both countries are technically still at war pending the negotiation of a peace agreement. Also, the resort to armed force between them created an international armed conflict. However, she considered that the sinking of a military war ship was not a war crime under article 8. Also, the attack against Yeonpyeong Island did not fulfill the legal requirements of the two war crimes of intentional attack against the civilian population (article 8 [2] [b] [i]) or intentional attack in the knowledge that such attack will cause excessive incidental death, injury or damage (article 8 [2] [b] [iv]). To the extent the attack targeted military objects, article 8 was not applicable. To the extent the attack had an impact on civilians or civilian facilities, the information available did not allow the conclusion that they were the objects of the attack.

On 28 October 2015, the Prosecutor, having conducted a preliminary analysis into the situation since 18 November 2010, decided not to open an investigation into the situation in Honduras⁴⁰⁷ for lack of jurisdiction *ratione materiae*.⁴⁰⁸

⁴⁰³ Gabon is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for Gabon on 1.7.2002.

⁴⁰⁴ Office of the Prosecutor, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, concerning referral from the Gabonese Republic, 29.9.2016 (available on the website of the Court).

⁴⁰⁵ South Korea is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for South Korea on 13.11.2003. The Democratic People’s Republic of Korea is not a State Party to the Rome Statute.

⁴⁰⁶ Office of the Prosecutor, Situation in the Republic of Korea – Article 5 Report, June 2014, online available at: <http://www.legal-tools.org/doc/ef1f7f/> (3.12.2016).

⁴⁰⁷ Honduras is a State Party to the Rome Statute. The Statute entered into force for Honduras on 1.9.2002.

The situation involved allegations arising from the coup d’état of 28 June 2009. On that day, former President José Manuel Zelaya Rosales was arrested, following an arrest warrant by the Supreme Court of Justice, by members of the armed forces and forcibly flown to Costa Rica. Immediately thereafter, the then de facto government implemented a series of measures restricting freedom of movement, assembly and expression. Demonstrations against the coup d’état organized by Zelaya supporters throughout the country met resistance and violence by state security forces resulting in large-scale human rights abuses. In the following years, violence escalated sharply throughout Honduras owed, in part, to the rise of drug-trafficking and criminal organizations, the proliferation of weapons and local rivalries. In the absence of information suggesting the existence of an armed conflict or genocide, the Prosecutor focused her analysis on whether crimes against humanity (including killings, imprisonment or severe deprivation of liberty, causing serious injuries, torture, sexual violence, and enforced disappearances) had been committed. Of importance is her explanation that the statutory definition of crimes against humanity imposes strict legal requirements that distinguish this type of crimes from ordinary crimes committed as part of a “general, chronic and structural violence”. In the present instance, the Prosecutor denied the existence of the contextual elements of crimes against humanity, albeit calling this situation a “borderline case”.

3. Examination: Maybe Completed – Maybe Not?

Following reports of mass executions, sexual slavery, rape and other forms of sexual violence, torture, mutilations, recruitment of child soldiers, the persecution of religious and ethnic minorities, and wanton destruction of cultural property, committed by the so-called Islamic State of Iraq and al-Sham/Greater Syria (“ISIS”), the Prosecutor reacted publically on 8 April 2015 stating that “the jurisdictional basis for opening a preliminary examination into this situation is too narrow at this stage”.⁴⁰⁹ It seems that the Prosecutor took a decision under article 53 (1) (a) not to open an investigation. This statement appears, however, somewhat at odds with her preliminary analysis of the jurisdictional parameters of the situation. She recalled that the Court may not exercise territorial jurisdiction since neither Iraq nor Syria are State Parties to the Rome Statute. However, she affirmed that the Court can exercise personal jurisdiction over nationals of States Parties who joined the ranks of ISIS, such as Tunisia, Jordan, France, United Kingdom, Germany, Belgium, the Netherlands, and Australia. Indeed, the Prosecutor would be compe-

⁴⁰⁸ Office of the Prosecutor, Situation in Honduras – Article 5 Report, October 2015, online available at:

<http://www.legal-tools.org/doc/54755a/> (3.12.2016).

⁴⁰⁹ Office of the Prosecutor, Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS, 8.4.2015 (available on the website of the Court at:

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1>).

tent to proceed with an investigation pursuant to article 12 (2) (b), if all other parameters under article 53 (1) were met.

The Prosecutor further acknowledged that ISIS is to be considered as a “military and political organization”, led by nationals of Iraq and Syria, but determined that “at this stage, the prospects of [her] Office investigating and prosecuting those most responsible, within the leadership of ISIS, appear limited”. One may infer from this statement that she also took a decision under article 53 (1) (b) having directed her analysis to individuals at the leadership level of the ISIS. If this were the case, her decision would be based on the admissibility element in article 53 (1) (b) but not its jurisdictional counterpart in article 53 (1) (a). As a side note, in light of the Comoros decision and the 2006 Appeals Chamber judgment concerning the issuance of a warrant of arrest against Bosco Ntaganda, it is hoped that the Prosecutor would extend her examination to those who bear the “greatest responsibility” regardless of their hierarchical position within the ISIS leadership.

Zur neueren Judikatur des Jugoslawienstraftgerichtshofes

Von Hildegard Uertz-Retzlaff, Den Haag

I. Einleitung

In diesem Beitrag zur neueren Judikatur des Jugoslawienstrafgerichtshofes (ICTY) werden drei Urteile des ICTY vorgestellt und in der gebotenen Kürze besprochen: das Urteil der Rechtsmittelkammer im Verfahren gegen Jovica Stanišić und Franko Simatović¹, die Verurteilung von Radovan Karadžić zu einer Freiheitsstrafe von 40 Jahren² sowie der Freispruch von Vojislav Šešelj³. Den drei genannten Urteilen ist gemeinsam, dass sie sich in wesentlichen Teilen mit Fragen der Täterschaft und Teilnahme an Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, insbesondere in der Form der Beteiligung an sog. „Joint Criminal Enterprises“ (JCE), befassen.

II. Das Verfahren gegen Jovica Stanišić und Franco Simatović

Am 9.12.2015 hat die Rechtsmittelkammer des ICTY den erstinstanzlichen Freispruch von Jovica Stanišić und Franko Simatović, beide führende Köpfe der Serbischen Geheimpolizei SDP, im Zusammenhang mit Verbrechen in Kroatien und Bosnien aufgehoben.

Obleich die Strafkammer erstinstanzlich festgestellt hatte, dass viele der angeklagten Verbrechen durch die serbischen Truppen tatsächlich verübt worden sind, hatte sie die Angeklagten von der Beteiligung an diesen Verbrechen durch Mitgliedschaft in einer JCE freigesprochen, weil die Mehrheit der Richter Zweifel am Vorsatz hatte. Die Strafkammer hatte sich auf den gemeinsamen Vorsatz konzentriert – den sogenannten „shared intent“ mit den anderen Mitgliedern der JCE – und davon abgesehen, die objektiven Elemente (actus reus) für JCE I⁴ und JCE III⁵ im Einzelnen festzustellen. Die Rechtsmittelkammer sah es als rechtsfehlerhaft an, dass die Strafkammer weder die anderen Mitglieder der JCE und deren Rollen, noch den „kriminellen Plan“, noch Beteiligung und Funktion der Angeklagten in diesem Plan festgestellt hatte. Gerade weil sich die Staatsanwaltschaft im Hinblick auf den Vorsatz auf Indizien berufen hatte, habe die Strafkammer nach Ansicht der Berufungskammer ohne weitere Feststellungen zu den Einzelheiten über die JCEs die Wertigkeit der einzelnen Indizien nicht abschließend beurteilen können. Im Hinblick auf den Freispruch vom Vorwurf der Beteiligung durch Beihilfe hat die Mehrheit der Richter der Rechtsmittelkammer die Anwendung des Tatbestandsmerkmals der sog. „special direction“ als rechtsfehlerhaft zurückgewiesen.

¹ ICTY, Ur. v. 9.12.2015 – IT-03-69 (Stanišić und Simatović, Appeals Chamber).

² ICTY, Ur. v. 24.3.2016 – IT-95-5/18 (Karadžić, Trial Chamber).

³ ICTY, Ur. v. 31.3.2016 – IT-03-67 (Šešelj, Trial Chamber).

⁴ Siehe hierzu Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 556.

⁵ Siehe hierzu Werle/Jeßberger (Fn. 4), Rn. 558.

In der Folge hat die Rechtsmittelkammer jedoch, anders als es die Staatsanwaltschaft beantragt hatte und als es in ähnlich gelagerten Fällen in anderen Berufungskammern durchaus üblich ist, keine eigene Beweiswürdigung vorgenommen; auch den hilfsweise gestellten Antrag der Staatsanwaltschaft, das Verfahren an eine andere Strafkammer zurückzuverweisen, um auf Basis der bereits erhobenen Beweise den Sachverhalt durch diese würdigen zu lassen, hat die Berufungskammer abgelehnt. Stattdessen hat sie ein neues Hauptverfahren mit einer erneuten Beweisaufnahme vor einer anderen Strafkammer angeordnet.

Als Begründung für die Notwendigkeit einer erneuten vollständigen Beweiserhebung hat die Berufungskammer angeführt, dass sich weder die Berufungskammer selbst, noch eine andere Strafkammer in einem fairen Verfahren ein zutreffendes und erschöpfendes Bild von der Verantwortlichkeit der Angeklagten machen könne, ohne die Zeugen unmittelbar gehört zu haben. Hierbei drängt sich jedoch die – von der Kammer unbeantwortete – Frage auf, warum die bereits existierenden Videoaufnahmen, anders als beispielsweise in den erstinstanzlichen Verfahren gegen Vojislav Šešelj und Slobodan Milošević, für eine abschließende Beweiswürdigung nicht ausreichen.

III. Das Verfahren gegen Radovan Karadžić

Am 24.3.2016 hat eine Strafkammer des ICTY Radovan Karadžić unter anderem wegen Beteiligung an den nachfolgend genannten JCEs zu einer Freiheitsstrafe von 40 Jahren verurteilt:

- Overarching JCE (Verbrechen in den municipalities [Kommunen] in den Jahren 1992 bis 1995);
- Sarajevo JCE (Bombardierung der Zivilbevölkerung und Attacken durch Scharfschützen);
- Hostages JCE (Geiselnahme der Mitarbeiter von UNPROFOR und UNMO in den Monaten Mai und Juni des Jahres 1995, um die Einstellung von NATO-Angriffen zu erzwingen);
- Srebrenica JCE (Vertreibung von Frauen und Kindern und Ermordung eines großen Teils der männlichen Bevölkerung in Srebrenica im Juli 1995).

Angeklagt waren elf Verbrechen: zwei Anklagepunkte betrafen den Vorwurf des Völkermords, fünf Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Verfolgung, Mord, Ausrottung, Vertreibung und zwangsweise Überführung) sowie vier Kriegsverbrechen (Mord, Terrorisierung der Zivilbevölkerung, unrechtmäßige Angriffe auf Zivilisten und Geiselnahme). In zehn Anklagepunkten ist Karadžić verurteilt worden. Lediglich vom Vorwurf des Völkermordes in den municipalities ist er freigesprochen worden, da die Kammer den Vorsatz nicht zweifelsfrei feststellen konnte. Für Prozessbeobachter war der Freispruch keine Überraschung, da die Strafkammer diesen Anklagepunkt bereits nicht zum Hauptverfahren zuge-

lassen hatte und erst die Rechtsmittelkammer ihn wieder zum Gegenstand des Verfahrens gemacht hat.

Im Blick auf die overarching JCE, gab es im Verfahren gegen Radovan Karadžić wesentliche Übereinstimmungen mit dem Verfahren gegen Vojislav Šešelj sowie mit dem Verfahren gegen Jovica Stanišić und Franco Simatović. Dies betrifft einerseits die angeklagten Einzelverbrechen und die beteiligten serbischen Einheiten, andererseits die Beweismittel, die oft die gleichen waren. Ebenso wie die Kammer im Verfahren gegen Jovica Stanišić und Franco Simatović hat auch die Strafkammer im Prozess gegen Karadžić Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Vertreibungen, zwangsweise Überführung von Nicht-Serben, vielfache Tötungen und Verfolgung) sowie Kriegsverbrechen festgestellt und in Bezug auf den Völkermord in Zvornik ausgeführt, dass die objektiven Tatbestandselemente zwar erfüllt seien, der notwendige Vorsatz jedoch nicht zweifelsfrei bejaht werden könne. Die Kammer ist darüber hinaus zu dem Schluss gekommen, dass neben Karadžić als politischem Führer, Staatsoberhaupt und Oberbefehlshaber der beteiligten serbischen Truppen, auch Ratko Mladić, Željko Ražnatović, Vojislav Šešelj sowie fünf weitere hochrangige Funktionäre und Minister der bosnischen Serben Mitglieder der overarching JCE waren.

Im Blick auf die Zurechnung nach den Kriterien der JCE I hat die Kammer detailliert den zugrundeliegenden „kriminellen Plan“ dargelegt. Dieser habe die dauerhafte Entfernung der nicht-serbischen Bevölkerung aus einem von Serben beanspruchten Gebiet durch eine Vielzahl von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen („ethnische Säuberung“) vorgesehen. Die Kammer hat festgestellt, dass unter diesen Umständen die Opfer der Gewalttaten ihre Heimat gerade nicht freiwillig verlassen hatten und die Homogenisierung dieser Gebiete – entgegen der Behauptungen von Karadžić – keine zwangsläufige Folge des Krieges war.

Hinsichtlich der anderen Anklagepunkte (unter anderem Mord und Ausrottung) hat die Kammer die Vorhersehbarkeit der Taten festgestellt und Karadžić nach den Grundsätzen der JCE III verurteilt. Überraschend ist jedoch die Höhe der verhängten Strafe – 40 Jahre Freiheitsstrafe – gerade auch vor dem Hintergrund, dass gegen andere Generäle wegen der Beteiligung an jeweils nur einer der vier JCEs lebenslange Freiheitsstrafen oder zeitige Freiheitsstrafen von längerer Dauer als 40 Jahre verhängt worden sind. Karadžićs Rückzug aus der Politik als strafmildernden Faktor zu berücksichtigen überzeugt nicht, da dies bereits eine Bedingung im Abkommen von Dayton war. Sowohl gegen den Freispruch wegen Völkermordes in den municipalities als auch gegen die Strafhöhe hat die Staatsanwaltschaft bereits Rechtsmittel eingelegt.

IV. Das Verfahren gegen Vojislav Šešelj

Im Verfahren gegen Vojislav Šešelj hatte die Staatsanwaltschaft Anklage wegen Anstiftung, Beteiligung an einer JCE und Beihilfe erhoben. Das Verfahren hatte Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die Rekrutierung und die Überführung von Soldaten in Kriegsgebiete und deren Betreuung durch Mitarbeiter von Šešelj zum Gegen-

stand. Darüber hinaus wurden dessen Truppenbesuche und Reden in den Kriegsgebieten verhandelt.

Für Beobachter des Prozesses lag die Annahme nahe, dass Šešelj verurteilt werden würde, da die Strafkammer bereits in einem Zwischenstadium die Beweislage für eine Verurteilung als ausreichend angesehen und es einen defence-case nicht gegeben hatte. Am 31.3.2016 jedoch – mithin eine knappe Woche nach dem Urteil gegen Karadžić, in dem die Kammer in einem detaillierten, 2.600 Seiten langen Urteil festgestellt hatte, dass Vojislav Šešelj Mitglied der overarching JCE war – wurde dieser von einer anderen Strafkammer in allen Anklagepunkten freigesprochen. Verglichen mit dem Urteil gegen Karadžić fiel das Urteil gegen Šešelj sehr viel kürzer aus und enthielt – anders als die abweichende Meinung der Richterin Flavia Lattanzi, die mit deutlichen Worten Kritik an dem Freispruch übte – nur wenige Tatsachenfeststellungen.

Nach den Urteilsfeststellungen hatte es weder eine JCE, noch einen „kriminellen Plan“ gegeben. Auch habe es – entgegen anderslautender Ergebnisse der verschiedenen Verfahren vor dem Tribunal und vor nationalen Gerichten – keinen systematischen Angriff auf die nicht-serbische Bevölkerung gegeben. Vielmehr habe lediglich ein legitimer bewaffneter Konflikt stattgefunden, in dem die Serben sich selbst verteidigten.⁶ Zivilisten seien nicht zahlreich angegriffen worden, sondern hätten das Konfliktgebiet freiwillig verlassen.

Diese Feststellungen legen nahe, dass sich die Kammer nicht hinreichend mit der Rechtsprechung der Rechtsmittelkammer auseinandergesetzt hat, wonach Freiwilligkeit dann nicht gegeben ist, wenn den Betroffenen keine Wahl gelassen wird, ob sie ihre Heimat verlassen oder nicht. Die Mehrheit der beteiligten Richter ging sogar so weit, sich von den Behauptungen Šešeljs überzeugen zu lassen, der Transfer der Nicht-Serben in von den serbischen Behörden organisierten Bussen sei eine humanitäre Hilfsaktion gewesen. Darüber hinaus werden die Hassreden von der Kammer lediglich als „speeches to boost moral“ und „galvanizing the Serb forces“ bezeichnet. Šešeljs Rede in Vukovar („no Ustaha should leave Vukovar alive“) kann zwar als Versuch gewertet werden, die serbischen Truppen „anzufeuern“ – wie die Gesamtschau der Rede jedoch ergibt, handelt es sich zutreffend betrachtet um die Aufforderung zu töten. Die Auffassung der Kammer im Verfahren gegen Šešelj ist auch deshalb beachtenswert, weil die Strafkammer im Verfahren gegen Karadžić dessen zentrale Rolle bei der Hasspropaganda gegen Muslime und Kroaten als einen wesentlichen Tatbeitrag gewertet hat. Karadžić hatte diese Bevölkerungsgruppen als historische Feinde der Serben dargestellt, mit welchen ein Zusammenleben unmöglich sei.

Darüber hinaus hat sich die Mehrheit der Richter, mit Ausnahme der oben erwähnten Richterin Lattanzi, nicht mit einer möglichen Strafbarkeit wegen Beihilfe befasst, sondern lediglich festgestellt, dass „dieselbe Faktenlage“ gegeben sei wie bei der JCE-Beteiligung. Auffällig ist hierbei, dass die Kammer – zumindest im Rahmen der mündlichen Urteilsbe-

⁶ In der mündlichen Urteilsverkündung heißt es wörtlich „armed conflict between enemy military forces with civilian components“.

gründung – weder die Beweismittel gewürdigt, noch die ihrer Entscheidung zugrundeliegenden rechtlichen Erwägungen dargelegt hat. Von dieser Mehrheitsmeinung hat sich Lattanzi vehement distanziert und in ihrer abweichenden Meinung jene Feststellungen, die aus ihrer Sicht zur Verurteilung hätten führen müssen, detailliert dargelegt. Insbesondere hat sie bemängelt, dass die Strafkammer kein begründetes Urteil vorgelegt habe.⁷

Inzwischen hat die Staatsanwaltschaft gegen das Urteil Rechtsmittel eingelegt. Man darf nach alledem zuversichtlich sein, dass das Urteil keinen Bestand haben wird. Jedoch ist zu befürchten, dass die Sache im Ergebnis auf Grund der fehlenden Tatsachenfeststellungen an eine andere Strafkammer zurückverwiesen wird. Ob und wann eine zweite Hauptverhandlung stattfinden kann, ist ungewiss.

⁷ Wörtlich spricht sie von „insufficient reasoning or no reasoning at all [...] and relying on irrelevant considerations”.

The “Lessons Learnt” process at the International Criminal Court – a suitable vehicle for procedural improvements?

By Dr. Philipp Ambach, The Hague

I. Introduction

Trials in international criminal courts and tribunals for international crimes are inherently slow compared to national proceedings for ordinary crimes. The dimensions of international trials, often including multiple crime sites, a high number of distinct charges, amounts of witnesses per case easily reaching counts beyond 50 and thousands of pages of documentation submitted as evidence, are vast and require significant time and resources.¹ This is exacerbated by the high legal complexity of these proceedings, with perpetrators often far detached from the actual crimes on the ground, and a procedural framework of its own, comprising elements of the inquisitorial and the adversarial procedural systems alike.² These factors have led to trial phases in international criminal tribunals that lasted for many years, even in single-accused cases.³ The same applies to the International Criminal Court (“ICC” or “Court”). In light of its novel statute and rules of procedure compared to already existing international courts and tribunals, the need to amend the procedural framework in order to optimize the Court’s output and efficiency is quite obvious. In the following, the different options for improving the procedural framework shall be analyzed. This analysis will also zoom in and critically examine various initiatives from in and around the ICC over the past years. This will be followed by a brief conclusion, as far as one can do so in assessing a progressing and highly diverse process.

1. The ICC “Lessons Learnt” initiative

States Parties to the Rome Statute have become increasingly aware of the Court’s need to adapt and respond to procedural challenges in a dynamic and efficient fashion. The need to test the system for possible efficiency improvements became ever more tangible towards the end of the first decade of the ICC’s operations, both through the many precedents at the UN ad hoc tribunals, and also in light of the evolving trial

practice emerging from the first cases at the ICC.⁴ At the yearly meetings of the Assembly of States Parties, as well as in working groups of States Parties’ delegates in the intersessional periods, the question gained traction on how the processes and proceedings at the ICC could be reviewed and, where appropriate, improved. In 2010, a concrete dialogue started between the Court and States Parties in light of the perceived need to take stock of the institutional framework of the Rome Statute system, focusing on the efficiency and effectiveness of the Court in its operations.⁵

As an immediate result of this, in 2011 the “Lessons Learnt” initiative was established by the Court to assess the functioning of the ICC’s procedural framework and look into possible improvements.⁶ This article will attempt to shed some light on this initiative, the progress so far and the challenges ahead.

2. Hard-letter law tools to streamline the procedural framework

The idea of streamlining the procedural framework is not a novelty: at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (“ICTY”), the Rules of Procedure and Evidence date in their original version of 11 February 1994.⁷ The first revision ensued only three months after the first issuance⁸ and ICTY Rules have gone through altogether 50 rounds of revisions since then; the latest on 10 July 2015.⁹ Similarly, the Rules of Procedure and Evidence at the International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”) were changed altogether

¹ See only, as an example the trial before the ICTY against Radovan Karadžić, Case No. IT-95-5/18, and the trial before the ICC against Dominique Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15; trial hearings are scheduled to commence on 6.12.2016.

² See *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 3, 2016, Chapter I, p. 2, 28 f.; *Broomhall*, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court, 3rd ed. 2015, art. 51, para. 9 f.; *Cryer/Friman/Robinson/Wilmschurst*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3rd ed. 2015, Chapters 8.3, 17.

³ There are many examples at both ICTR and ICTY of trial phases that lasted years and generated relevant litigation (see only ICTR, Decision of 9.10.2012 – ICTR-00-61-A [Jean-Baptiste Gatete v. The Prosecutor], para. 45; ICTY, Decision of 29.9.2011 – IT-03-67-T [Prosecutor v. Vojislav Šešelj], with Separate Individual Opinion of the Presiding Judge Jean-Claude Antonetti).

⁴ Situation in the Democratic Republic of the Congo, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06; The Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07; The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-02/12; and Situation in Central African Republic, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08.

⁵ ICC-ASP/9/Res.2, 10.12.2010; the Assembly emphasized that enhancing the efficiency and effectiveness of the Court is of a “common interest both for the Assembly [...] and the Court”.

⁶ Study Group on Governance: Lessons learnt: First report of the Court to the Assembly of States Parties, ICC-ASP/11/31/Add.1, 23.10.2012, para. 13.

⁷ See at:

<http://www.icty.org/en/documents/rules-procedure-evidence> (1.12.2016) “ICTY Rules”; the ICTY Rules are in force since 14.3.1994, see Rule 1.

⁸ ICTY, Decision of 5.5.1994 – IT/32 Rev.1.

⁹ See IT/282, Amendments to the Rules of Procedure and Evidence, 10.7.2015, at:

<http://www.icty.org/en/documents/rules-procedure-evidence> (1.12.2016).

23 times since 1995;¹⁰ the Rules of Procedure and Evidence of the Special Court for Sierra Leone (SCSL) saw 14 amendments until the end of that court’s mandate;¹¹ the Internal Rules of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (“ECCC”) have been amended nine times since its entry into force on 12 June 2007.¹² Finally, the Rules of Procedure and Evidence of the Special Tribunal for Lebanon (“STL”) have been amended nine times to date since their adoption on 20 March 2009.¹³

The vehicle and prescribed process of these revisions for all aforementioned courts and tribunals is a rather simple, judiciary-driven, one: to take one example, article 15 of the ICTY Statute (and article 14 of the insofar identical article 14 of the ICTR Statute) provides:

“The judges of the International Tribunal shall adopt rules of procedure and evidence for the conduct of the pre-trial phase of the proceedings, trials and appeals, the admission of evidence, the protection of victims and witnesses and other appropriate matters.”¹⁴

The Statutes of the Special Tribunal for Lebanon and the Special Court for Sierra Leone contain similar provisions.¹⁵ Rule 6(A) of the ICTY and the – in this respect identical – ICTR Rules specify that:

“Proposals for amendment of the Rules may be made by a Judge, the Prosecutor or the Registrar and shall be adopted if agreed to by the majority of the permanent Judges composing the Tribunal, at a plenary meeting of the Tribunal convened with notice of the proposal addressed to all Judges.”¹⁶

Importantly, pursuant to ICTY Rule 6 (D), an amendment shall enter into force only seven days after the date of issue of an official ICTY document containing the amendment. As a safeguard against retroactivity to the detriment of the accused, the ICTY Rule also stipulates that any amendment “shall not operate to prejudice the rights of the accused or of a convicted or acquitted person in any pending case.”¹⁷ ICTR Rule 6 (C) and STL Rule 5 (H) contain similar provisions.¹⁸ A Practice Direction issued by the President¹⁹ of the ICTY stipulates further details on how potential rule amendments are being discussed and consulted internally.²⁰ A “Rules

¹⁰ The latest version is of 13.5.2015 (“ICTR Rules”), available at:

<http://unictr.unmict.org/en/documents/rules-procedure-and-evidence> (1.12.2016).

¹¹ Since 2013, the Rules of Procedure and Evidence of the Residual Special Court for Sierra Leone have been amended twice (2013 and 2015). See at:

<http://www.rscsl.org/RSCSL-Documents.html> (1.12.2016).

¹² The last revision of the ECCC Internal Rules (Rev.9) dates of 16.1.2015; see at:

<https://www.eccc.gov.kh/en/document/legal/internal-rules-rev9> (1.12.2016).

¹³ See the Rules of Procedure and Evidence of the STL at: http://www.stl-tsl.org/images/RPE/STL-BD-2009-01-Rev8_RPE_EN.pdf (1.12.2016).

¹⁴ The only Statute not providing for a similar provision is the ECCC Statute, which merely refers to “existing procedures in force” under Cambodian law and, in case of a lacuna, “guidance [from] procedural rules established at the international level”, see articles 20, 23, 33 of the “Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers as amended” of 27.10.2004, at:

<https://www.eccc.gov.kh/en/documents/legal/law-establishment-extraordinary-chambers-amended> (1.12.2016).

See also article 12 (1) of the “Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia concerning the prosecution under Cambodian law of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea” of 6.6.2003, at: https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_between_UN_and_RGCG.pdf (1.12.2016).

¹⁵ See article 28 (1) of the STL Statute, S/RES/1757 (2007); article 14 SCSL Statute.

¹⁶ Interestingly, Rule 6 of the SCSL Rules broadens the group of potential moving parties for a Rule amendment to “the Principal Defender and by the Sierra Leone Bar Association or any other entity invited by the President to make proposals for amendments”; amendments are to be adopted by the plenary of judges (Rule 6 [B], [C]), at:

<http://www.rscsl.org/Documents/RPE.pdf> (1.12.2016).

¹⁷ See for relevant jurisprudence on this matter ICTY, The Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Case No. IT-03-67-T, Trial Chamber III, Redacted version of the “Decision on the Prosecution’s Consolidated Motion Pursuant to Rules 89(F), 92^{bis}, 92^{ter}, and 92^{quater} of the Rules of Procedure and Evidence” filed confidentially on 7.1.2008, 21.2.2008; and *ibid.*, Decision on Continuation of Proceedings, 13.12.2013; ICC, The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeals of Mr. William Samoei Ruto and Mr. Joshua Arap Sang against the decision of Trial Chamber V (A) of 19.8.2015 entitled “Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony”, ICC-01/09-01/11-2024, 12.2.2016.

¹⁸ Interestingly, the ECCC Internal Rules and the SCSL Rules do not contain any such explicit reference in the relevant provisions. Yet, the general *nulla poena* principle which is part of every legal regime of the aforementioned courts and tribunals would prevent any detrimental application even of a procedural rule (while traditionally more geared towards issues of substance than to those of procedure) if it materially negatively affects an accused’s overall position in trial; *Broomhall* (fn. 2), art. 51, para. 32; see also ICC, The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeals of Mr. William Samoei Ruto and Mr. Joshua Arap Sang against the decision of Trial Chamber V (A) of 19.8.2015 entitled “Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony”, ICC-01/09-01/11-2024, 12.2.2016, para. 78.

¹⁹ See, on this competence, Rule 19 (B) of the ICTY Rules of Procedure and Evidence, “addressing detailed aspects of the conduct of proceedings before the Tribunal”.

²⁰ Procedure for the Proposal, Consideration of and Publication of Amendments to the Rules of Procedure and Evidence

Committee” channels proposals and relevant communication/comments to the judges in preparation of the plenary session. The Committee itself consists of a minimum of three permanent judges of the ICTY and a non-voting representative, each from the Registry, Office of the Prosecutor and the Defense. Chambers legal support staff provide secretarial support.²¹ The Plenary considers proposals for amendment to the ICTY Rules at least once per year.²²

The procedure involving the Rules Committee can also be circumvented, provided the amendment is unanimously approved by the permanent judges.²³ This power illustrates that the legislator intended to confer the ultimate authority to change the UN Tribunals’ procedural rules with the judges alone. Similarly, at the ECCC, changes to the “Internal Rules” outlining the applicable procedural regime,²⁴ are decided upon by the plenary of the judges.²⁵ Again, the STL and SCSL contain similar provisions.²⁶

Conversely, the ICTY Statute was amended altogether nine times, with the last amended version of 2009 presently in force.²⁷ Similarly, the ICTR Statute has seen more than 10 amendments and even the MICT Statute has been amended

recently.²⁸ These amendments, however, required separate resolutions of the UN Security Council and did not, for the most part, impact on the procedural outlines of those institutions.²⁹

At the ICC, any amendments to its Rules of Procedure and Evidence (“ICC Rules” or “Rules”) are more difficult to achieve than is the case for any of the abovementioned institutions. Article 51 (2) of the Rome Statute³⁰ stipulates that:

Amendments to the Rules of Procedure and Evidence may be proposed by:

- Any State Party;
- The judges acting by an absolute majority; or
- The Prosecutor.

Such amendments shall enter into force upon adoption by a two-thirds majority of the members of the Assembly of States Parties.

In other words, the power to amend the procedural framework in terms of the most relevant tool, the Rules (which are incidentally much more detailed than those of the ad hoc Tribunals or any other international court), lies not with the judges of the ICC but with its legislator, the Assembly of States Parties (“Assembly”).³¹ Furthermore, mindful of past and present practice, for a rule amendment to pass, not the statutorily required two-thirds majority but indeed consensus amongst States Parties will usually be required – a product of States’ reticence to display irreconcilable disagreement on items that are finally put to a vote.³² Statutory requirements for changes to the Statute, governed by articles 121 and 122 of the Rome Statute, are even more restrictive: the default provision for Statute amendments, article 121, requires the ratification or acceptance by seven-eighths of all

of the International Tribunal, Rev. 2, 24.1.2002, IT/143/Rev.2, 24.1.2002 (in the following: “Procedure”), at: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Practice_Directions/it143_amendmentstorules_procedure_rev2_en.pdf (1.12.2016).

²¹ Section 2 of the Procedure provides that “[t]he Committee Secretariat shall consist of, at a minimum, a Senior Legal Officer and Associate Legal Officer of the Chambers Legal Support Section of the International Tribunal”.

²² Procedure, Section 3.

²³ Rule 6 (B) of the ICTY Rules; Procedure, Section 7. Similarly, see Rule 6 (C) of the SCSL Rules. Rule 6 (B) of the ICTR Rules requires approval “by at least two-thirds of all Judges by any appropriate means either done in writing or confirmed in writing”.

²⁴ The ECCC’s Internal Rules serve “to consolidate applicable Cambodian procedure for proceedings before the ECCC and, pursuant to articles 20 new, 23 new, and 33 new of the ECCC Law and Article 12 (1) of the Agreement, to adopt additional rules where these existing procedures do not deal with a particular matter, or if there is uncertainty regarding their interpretation or application, or if there is a question regarding their consistency with international standards”, ECCC Internal Rules (Rev.9), 16.1.2015, Preamble, at: https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Internal_Rules_Rev_9_Eng.pdf (1.12.2016).

²⁵ See ECCC Internal Rules (Rev.9), 16.1.2015, Rule 3 (3).

²⁶ See ECCC Internal Rule 3 (2); SCSL Rule 6 (B).

²⁷ The original Statute was adopted on 25.5.1993 by UNSC Resolution 827; it was then amended in 1998 by UNSC Resolution 1166; in 2000 by UNSC Resolution 1329; in 2002 by UNSC Resolution 1411; in 2003 by UNSC Resolution 1481; in 2005 by UNSC Resolution 1597; in 2006 by UNSC Resolution 1666; in 2008 by UNSC Resolution 1837 and most recently on 7.7.2009 by UNSC Resolution 1877. The latest Updated Statute is of September 2009.

²⁸ See UN SC Resolution 2306 (2016).

²⁹ In fact most statute changes of the UN ad hoc tribunals related to the amount of judges (including the addition of ad litem judges) and the composition of the Appeals Chamber, arts. 11-12^{quater} ICTR Statute and 12-13^{quater} ICTY Statute.

³⁰ A/CONF.183/9 of 17.7.1998 and corrected by process-verbaux of 10.11.1998, 12.7.1999, 30.11.1999, 8.5.2000, 17.1.2001 and 16.1.2002. The Statute entered into force on 1.7.2002; see at:

https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (1.12.2016).

³¹ For the Assembly of States Parties (Assembly), see article 112 of the Rome Statute and, for a general overview, *Rama Rao/Ambach*, in: Triffterer/Ambos (fn. 2), art. 112, para. 8 f.

³² States’ preference for consensus in international voting fora is not a bad thing, in particular at the example of the – still fragile – Rome Statute system of the ICC; the more unity is displayed by States Parties, the stronger the system is portrayed externally, enhancing the ICC’s deterrent effect and thus making it more attractive for non-States Parties to accede to the Rome Statute system and benefit from its protective legal regime.

States Parties for an amendment to enter into force.³³ Only amendments of a limited (and enumerated) set of provisions of an institutional nature – and thus of no direct procedural relevance – require a mere two-thirds majority.³⁴

Regarding the ICC Rules, one exceptional amendment power is conferred with the judges of the ICC; article 51 (3) of the Rome Statute provides that:

“[a]fter the adoption of the Rules of Procedure and Evidence, in urgent cases where the Rules do not provide for a specific situation before the Court, the judges may, by a two-thirds majority, draw up provisional Rules to be applied until adopted, amended or rejected at the next ordinary or special session of the Assembly of States Parties.”

However, this power is what it is: exceptional. Its use is restricted by two cumulative requirements: (a) urgency; and (b) a lacuna in the law for the “specific situation” at hand.

Against this backdrop, it is obvious that the ICC is clearly lacking its brother and sister tribunals’ flexibility in terms of changing its procedural rules. It may be argued that this is indeed intended by the legislators to create a rigorous Rome Statute system that remains unaffected by temporary (and potentially politically motivated) initiatives and attacks against the ICC’s normative framework.³⁵ At the same time, it effectively prevents the ICC from exercising a similar amount of flexibility in adapting its procedural rules to courtroom realities to what the ad hoc Tribunals and other international(ized) courts could/can.

In the following, the different procedural alleyways will be assessed on how rule – as well as practice – changes have been achieved to date at the ICC, followed by an outlook of what may be to come.

II. Establishment of the Road map

Initial discussions between the Court and States Parties regarding the necessity of strengthening of the institutional framework of the Rome Statute and enhancing the efficiency and effectiveness of the Court were held throughout the year 2010 in the so-called “Hague Working Group”, one of the two main platforms of interaction between States Parties and the Court in between the yearly Assembly sessions (the other platform being the New York Working Group).³⁶ During the

Assembly meeting in December 2010, the Assembly acknowledged “the need to take stock of the institutional framework of the Rome Statute system”, and “that enhancing the efficiency and effectiveness of the Court is of a common interest both for the [Assembly] and the Court”.³⁷ Stressing that any such dialogue on the Court’s efficiency needs to be carried out in full respect for its judicial independence,³⁸ the Assembly created a designated platform for such interaction in establishing a study group on governance issues (hereinafter “Study Group”)³⁹ within its Hague Working Group. The group’s task is to identify “issues where further action is required” in consultation with the Court, and formulate recommendations to the Assembly through its Bureau.⁴⁰ The Study Group is open to representatives of all States Parties;⁴¹ representatives of the organs of the Court are regularly invited. Other stakeholders such as representatives of the defense and victims and the NGO-community may also take part as appropriate. Discussions in the Study Group on the Court’s institutional framework led to a first rule amendment (rule 4) and the addition of rule 4^{bis} to the Rules, transferring the decision on the assignment of judges to the judicial divisions from the plenary of judges to the Presidency.⁴² This amendment followed the process of article 51 (2) of the Rome Statute, and was adopted by consensus.⁴³

Simultaneous to the discussions on powers and competences of the Presidency of the Court in relation to the Judiciary (which had led to the amendment of rule 4 and the addition of rule 4^{bis} to the Rules), the Study Group had also engaged, throughout the year 2011, on the issue of expediting the criminal process.⁴⁴ Following relevant discussions, the

ICC-ASP/12/59, 20.11.2013, para. 8; *Rama Rao/Ambach* (fn. 31), art. 112, para. 15.

³⁷ ICC-ASP/9/Res.2, Establishment of a study group on governance, 10.12.2010.

³⁸ ICC-ASP/9/Res.2, para. 1.

³⁹ The Assembly initially gave a mandate to the Study Group for a period of one year. It took up its work in 2011, deriving its mandate from ICC-ASP/9/Res.2; its mandate has been continuously extended ever since.

⁴⁰ ICC-ASP/9/Res.2, para. 2; see also para. 3, outlining the operational mandate as including matters pertaining to the institutional framework and “relevant questions related to the operation of the Court”.

⁴¹ ICC-ASP/9/Res.2, para. 5.

⁴² Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/10/30, 22.11.2011, para. 21.

⁴³ ICC-ASP/10/Res.1, Amendments to rule 4 of the Rules of Procedure and Evidence, 20.12.2011. Pursuant to article 51 (2), amendments to the Rules may be proposed by any State Party, the Prosecutor, or the judges acting by an absolute majority. These amendment proposals enter into force upon adoption by a two-thirds majority of the members of the Assembly.

⁴⁴ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/10/30, para. 23. Discussions also included consultations on principles relating to reparations pursuant to article 75 of the Rome Statute.

³³ Article 121 (4) of the Rome Statute. For any amendments to the crimes themselves the regime is even more restrictive, see article 121 (5) of the Rome Statute.

³⁴ Article 122 of the Rome Statute. The set of articles which can be amended through this procedure is defined in article 122 (1) of the Rome Statute. See also *Clark*, in: Triffterer/Ambos (fn. 2), art. 122, para. 3.

³⁵ See *Clark* (fn. 34), art. 121, para. 1 f.; see also, in the context of the statutory amendment procedure in article 121 of the Rome Statute *Ambach*, in: Bergsmo/Wui Ling/Ping (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 3, 2015, p. 422 f.

³⁶ See on the different working groups and their mandates Report of the Bureau: Evaluation and rationalization of the working methods of the subsidiary bodies of the Bureau,

Presidency of the Court established an internal working group at the recommendation of States Parties, with the intention to conduct a thorough “lessons learnt” exercise during 2012 in light of the experience of the first trials, with a view to identifying potential improvements in its procedures. This initiative was endorsed by States and then subsequently by the Assembly.⁴⁵ As a relevant channel between the Court and States Parties, the Advisory Committee of Legal Texts (“ACLT”)⁴⁶ was selected; it comprises representatives of the Judiciary, the Office of the Prosecutor and Counsel before the Court,⁴⁷ and therefore represents an inclusive forum for all actors before the ICC to produce well contemplated and consulted proposals for rule amendments.

In the course of 2012, the Court engaged in an internal exercise to identify items that need to be addressed with a view to expediting the judicial proceedings and enhancing their efficiency, including through amendments to the legal framework. In an exercise spearheaded by the Presidency of the Court, the judges identified issues and recommended solutions, either by suggesting the standardization of best practices or in proposing amendments to the legal framework. In consultation with States Parties it was agreed to focus on necessary changes to the Rules of Procedure and Evidence and not (also) the Statute.⁴⁸ A list of issues identified by the judges was circulated to the Office of the Prosecutor, the Registry and a representative of Counsel. Further items were thus included in the list. A number of other operational suggestions not requiring a rule change but a mere practice adjustment were likewise noted for future consideration.⁴⁹ As a

result of these efforts, a non-exhaustive list was established and shared with States Parties of issues that need(ed) discussion with the view to expediting proceedings and enhancing their quality.⁵⁰ The list outlines nine clusters and 24 sub-clusters of distinct issues. The nine clusters identified are briefly outlined below:

1. Pre-trial

- Format and content of the confirmation of charges decision;
- Extent of the legal interpretation made by the Pre-Trial Chamber;
- Necessary degree of precision of the legal characterization of facts and modes of liability; and
- Presentation of viva voce witnesses during the confirmation hearing.

2. Pre-trial and trial relationship and common issues

- Establishment of a standard system of disclosure, unified e-Court protocol and a more simplified system for applying/lifting redactions;
- Possibility of achieving greater uniformity between Pre-Trial and Trial Chambers regarding the assessment of the relevance and admissibility of evidence;
- Extent of the evidence that needs to be presented before the court, including its format and procedure of presentation, and the scope of the Chamber’s power guiding the parties in that respect;
- Possibility of having a unified record of the case (as opposed to a pre-trial and a trial record at present) throughout all stages of the proceedings;
- Trial Chamber’s possibility to introduce previously recorded reliable testimony;⁵¹
- Options to avoid repetitive litigation of issues in pre-trial and trial; options to increase parties’ agreement on facts where possible;
- Relationship between Chambers, the Office of the Prosecutor (OTP) and the Victims and Witnesses Unit (now: Section) in relation to witness protection; and
- Question of a need to impose strict authentication requirements of documentary evidence.

⁴⁵ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/11/31, 23.10.2012, para. 10; ICC-ASP/10/Res.5, Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, 21.12.2011, para. 35 ff.

⁴⁶ The ACLT was established pursuant to regulation 4 of Regulations of the Court (ICC-BD/01-01-04).

⁴⁷ The Assembly has since repeatedly extended the Study Group’s temporal mandate to accommodate for relevant discussions, see Resolution ICC-ASP/10/Res.5, para. 36 ff.; ICC-ASP/12/Res.8, 27.11.2013, Annex I, para. 7 (extending the mandate from year to year ever since).

⁴⁸ States noted that “amendments to the Statute would take considerable [sic] more time to enter into force” and, more importantly, “that amendments to the Statute did not constitute a feasible means, at this stage, to provide timely redress to any problems relating to the criminal procedures”. Finally, it was noted that any discussion on proposals to amend the Statute would need to be undertaken within the remit of the New York-based Working Group on Amendments, and could thus not be discussed within The Hague Working Group mandate. Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/11/31, 23.10.2012, para. 11.

⁴⁹ These items were decided to be addressed through the adoption of best practices or amendments to the Regulations of the Court, where necessary. A product of this is the present Chambers Practice Manual (version February 2016), available at:

https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Chambers_practice_manual--FEBRUARY_2016.pdf (1.12.2016).

⁵⁰ Study Group on Governance: Lessons learnt: First report of the Court to the Assembly of States Parties, ICC-ASP/11/31/Add.1, 23.10.2012, Annex. The Court made it clear that the list is “by no means intended as exhaustive and it does not preclude the addition of other issues that may arise during future discussions. It only constitutes a first step of a process to be continued”, para. 11.

⁵¹ This item has since been disposed of: see amended Rule 68 of the Rules, as amended by resolution ICC-ASP/12/Res.7.

3. Trial

- Introducing the possibility to have a Single Judge handle the preparatory stages of the trial up to the beginning of hearings.⁵²

4. Victim participation and reparations

- Possibility of improving the management of the application system for victims to participate in the proceedings;
- Possibility of a collective system of victims’ application;
- Streamlining the participation of victims in all phases of the proceedings, including their representation; and
- Discussion on scope of reparations (individual or collective); whether principles on reparations should be addressed in a court-wide document or should be further developed on a case-by-case basis; and whether reparation proceedings may be dealt with by a Single Judge.

5. Appeals

- Discussion on the current certification procedure for interlocutory appeals requiring such certification;
- Options to expedite proceedings in interlocutory appeals.

6. Interim release

- Alternative options to the requirement to consult relevant States before granting interim release to an accused.

7. Seat of the Court

- Possibility of simplifying the procedure for designating an alternative place of the proceedings.⁵³

8. Language issues

- Clarification of the extent to which witness statements and other documents need to be translated;
- Possible simplification of transcription system in rules 111, 112 of the Rules;
- Possibility to streamline the review of transcripts.

9. Organizational matters

- Discussion on the options to facilitate the movement of judges between all three divisions within the remit of article 39 of the Rome Statute;
- Potential for Chambers to sit temporarily with only two judges for a limited period of time (e.g. in the case of illness or temporary unavailability);
- Interpretation of article 36 (10) of the Rome Statute as well as the possibility for judges under a mandate

extension to perform other duties, be replaced or perform as part-time judges.⁵⁴

Since the Court’s statutory and regulatory framework did not provide an appropriate platform for the Court and States Parties to have a structured dialogue on possible recommendations to amend the Rules,⁵⁵ the Court drew up a roadmap (“Roadmap”) of steps to be taken to ensure timely discussions and actions to bring any such proposal to the attention of States Parties for a possible adoption at the Assembly at year-end. The Roadmap established a “Working Group on Lessons Learnt” (“WGLL”), open to all interested judges of the Court, in order to work on the issues identified in the list and to determine whether amendments to the Rules of Procedure and Evidence are required.⁵⁶ If a need to amend an ICC Rule is identified, the WGLL drafts necessary proposals for amendments, including an explanatory note, and transmits it to the ACLT for further consultation.⁵⁷ If accepted by the ACLT, the proposal is transmitted to States in the Study Group and from there eventually to the New York-based Working Group on Amendments⁵⁸ for consideration at the Assembly.⁵⁹

In December 2012, the Assembly endorsed the Roadmap and encouraged States Parties “to engage via the Roadmap, so as to avoid a disparate and unstructured approach to any proposals on amending the Rules.”⁶⁰ It was understood that the Roadmap covered a long-term project and that if the need arose over time the Roadmap could be amended.⁶¹ Consequently, the Roadmap and its implementation remained under review throughout 2013; by the end of that year, an amended, more flexible Roadmap was adopted by the Assembly.⁶²

⁵⁴ Annex to ICC-ASP/11/31/Add.1.

⁵⁵ As acknowledged by States Parties in Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/11/31, 23.10.2012, para. 14.

⁵⁶ ICC-ASP/11/31, para. 13.

⁵⁷ ICC-ASP/11/31, para. 13.

⁵⁸ The Working Group on Amendments is mandated to consider Statute and Rule amendments and make proposals to the Assembly, see ICC-ASP/8/Res.6.

⁵⁹ Should the Study Group decide to endorse any proposals they are transmitted to the Assembly’s Working Group on Amendments for consideration at least 60 days prior to commencement of the next Assembly meeting at year end. See ICC-ASP/11/31, Annex I, “Draft Roadmap on reviewing the criminal procedures of the International Criminal Court”.

⁶⁰ In its Report of the Bureau on the Study Group on Governance (ICC-ASP/11/31, 23.10.2012), the Assembly however pointed out that States, Judges or the Prosecutor could still put forward proposals outside the auspices of the Roadmap if they so desired. para. 15.

⁶¹ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/11/31, 23.10.2012, para. 15, 17; Report of the Bureau on Study Group on Governance, ICC-ASP/12/37, 15.10.2013, para. 10.

⁶² Resolution ICC-ASP/12/Res.8, “Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties”,

⁵² This item has since been disposed of: see Rule 132^{bis} of the Rules, as amended by resolution ICC/ASP/11/Res.2.

⁵³ This item has since been disposed of: see amended Rule 100 of the Rules, as amended by resolution ICC-ASP/12/Res.7.

States Parties also indicated that they expected to receive a minimum number of detailed amendment proposals to the ICC Rules following the freshly established new process.⁶³ As a start, the Court submitted in 2012 a proposed new rule to the Assembly, under the procedural vehicle of article 51 (2) (b) of the Rome Statute, following approval by an absolute majority of the judges of the Court. The “rule amendment” actually consisted of an insertion of a new rule 132^{bis} into the Rules of Procedure and Evidence. Pursuant to rule 132^{bis}, the functions of the Trial Chamber in respect of trial preparation may be exercised by a single judge. This new rule, inspired by some of the functions of the Pre-Trial Judge at the ICTY⁶⁴ and adopted by the Assembly in 2012,⁶⁵ served not only to expedite proceedings, but also ensured cost efficiency.

III. The Roadmap – rules that were passed at the 12th Assembly meeting

During discussions in 2012, general agreement had been reached amongst both States and the Court that sufficient courtroom practice had developed allowing for a substantive review of the Court’s criminal procedures in the areas of pre-trial and trial, with a view to expediting the criminal procedures.⁶⁶ In the beginning of 2013, the WGLL therefore put its focus on three of the clusters identified in the list: pre-trial; pre-trial and trial relationship; and the seat of the Court, the latter being a matter of relevance particularly at the earlier stages of trial (e.g. opening statements).⁶⁷

As a direct result of this prioritization,⁶⁸ the following rules were proposed by the judges of the Court pursuant to article 51 (2) (b) of the Statute and adopted by the Assembly at the 12th Assembly meeting (in 2013):⁶⁹

- Rule 68 – prior recorded testimony: allowing for the introduction of previously recorded audio/video testimony;⁷⁰ and
- Rule 100 – place of proceedings: possibility for a chamber to sit in a State other than the host State, for such period or periods as may be required, to hear the case in whole or in part, if in the interests of justice.

Up until the 12th Assembly, the Roadmap seemed effective, as evidenced by the adoption of rules 68 and 100. In addition, the Court had informed States Parties of ongoing intensified work under the “Pre-trial” and “Pre-trial and trial relationship and common issues” clusters, as well as an examination of translation issues under the “Language Issues” cluster of the list.⁷¹ In conclusion, States Parties and the Court managed to establish a lengthy yet solid and, importantly, consultative and inclusive system for rule changes proposed by the judges pursuant to article 51 (2) (b) of the Rome Statute. The different steps of in-depth research and careful crafting of any proposed amendment or even new provision by those who are supposed to apply the rule in court at a later stage is particularly important as it safeguards the practical significance and legality of any such provision. In this sense, the Roadmap approach is supported by the rule amendment mechanisms of other international courts and tribunals, leaving the authority and responsibility for the legal assessment, research and drafting of amendments to the first-row appliers, i.e. the judges⁷² – while the power to adopt the rule remains with the legislator, i.e. the States Parties.

However, rules 68 and 100 were not the only rules adopted at the 12th Assembly session; three further rules were inserted into the Court’s legal texts *outside* of the Roadmap and pursuant to article 51 (2) (a) of the Statute, namely rule 134^{bis} (presence through the use of video technology), rule 134^{ter} (excusal from presence at trial) and rule 134^{quater} (excusal from presence at trial due to extraordinary public duties).⁷³ This will be addressed in more detail further below.

27.11.2013, para. 39. The amendments contained two proposals of the ICC regarding a more flexible exchange of views between the Court and the Study Group on amendment proposals, including more flexible timelines. Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/12/37, 15.10.2013, Annex I.

⁶³ ICC-ASP/11/31/Add.1, para. 6, 12.

⁶⁴ See ICTY Rule 65^{ter}.

⁶⁵ ICC-ASP/11/Res.2, Amendment of the Rules of Procedure and Evidence, 21.11.2012.

⁶⁶ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/11/31, 23.10.2012, para. 10.

⁶⁷ Study Group on Governance – Working Group on Lessons Learnt: Second report of the Court to the Assembly of States Parties, ICC-ASP/12/37/Add.1, 31.10.2013 (“Second Report”), para. 3. On 27.3.2013, the Study Group received the first version of a written report from the WGLL, indicating this prioritization notice (ICC-ASP/12/37, para.12).

⁶⁸ See Second Report, para. 8 ff., Annex I.A, Annex II.A.

⁶⁹ See Resolution ICC-ASP/12/Res.7, “Amendments to the Rules of Procedure and Evidence”, 27.11.2013.

⁷⁰ The rule is inspired, inter alia, by Rules 92^{bis-quinquies} of the ICTY Rules, which demonstrates the very real potential of international criminal courts and tribunals to cross-fertilize and inspire each other also in terms of procedural law despite many obvious differences between the ICC and the ad hoc Tribunals’ procedural regime. See, on the latter, *Ambos* (fn. 2), Section IV, p. 334 f. On subsequent litigation regarding the retroactive application of the Rule see only ICC, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Appeals Chamber, Judgment on the appeals of Mr. William Samoei Ruto and Mr. Joshua Arap Sang against the decision of Trial Chamber V (A) of 19.8.2015 entitled “Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony”, Case No. ICC-01/09-01/11-2024, 12.2.2016.

⁷¹ Para. 16.

⁷² It needs to be added that the degree of involvement of the parties to the proceedings or other stakeholders varies though.

⁷³ ICC-ASP/12/Res.7, “Amendments to the Rules of Procedure and Evidence”, 27.11.2013.

IV. Roadmap failures – leading to an impasse?

1. Relevant developments in 2014

In 2014, the WGLL followed a dual track of activities; on a first level, it concentrated on one obvious cluster that had been subject to continuous discussion at the Court and academic debate more generally: the pre-trial and trial relationship. At the same time, the WGLL began to focus on issues common to all phases of the criminal process, including initial work on the issue of victim participation (notably the application process on the one hand, and participation/representation modalities on the other). On a second level, the WGLL sought to deliver on the State-driven quota of rule amendment proposals per year,⁷⁴ and produced a number of proposals for amendments to the Rules of Procedure and Evidence and submitted these to the States Parties’ Study Group on Governance.

The first set of amendment proposals pertained to the “language cluster” of the list of issues previously identified in 2012:

- Rule 76 (3) – Allowing the chamber to authorize partial translations of prosecution witness statements where such partial translations would not infringe the rights of the accused;
- Rule 101 (3) – Allowing for the delay of the commencement of deadlines/time limits triggered by certain decisions until their translations are notified; and
- Rule 144 (2) (b) – Allowing for the partial translation of certain decisions, where such partial translations would not infringe the rights of the accused.⁷⁵

The Study Group debated whether the proposed amendments prejudiced the rights of the accused as set out in article 67 of the Rome Statute, and whether the proposals, inspired by practice at the ad hoc Tribunals,⁷⁶ did indeed tip the balance too far towards focusing on an expeditious trial at the expense of the right of the accused to a fair trial.⁷⁷

The second proposed rule amendment pertained to the “organizational matters cluster” of the list:

- Rule 140^{bis78} – temporary absence of a judge – where a Trial Chamber judge is absent for illness or other unforeseen and urgent reasons, the remaining judges of the Chamber may continue hearing the case to complete a specific matter, provided that such continuation is in the interests of justice and the parties consent.⁷⁹

Discussions around this amendment, which follows the practice at the ad hoc Tribunals,⁸⁰ focused on the question of consistency with articles 39 (2) (b) (ii) and 74 (1) of the Rome Statute.⁸¹

All proposed amendments were subsequently forwarded, in accordance with the Roadmap, to the States Parties’ Working Group on Amendments, where discussions continued, including with the Court. However, in its 2014 report, the Working Group held that “discussions showed that the working group was not yet in a position to make recommendations on these two sets of proposals as several delegations had still some concerns and/or needed further clarification.”⁸² For the draft rule 140^{bis}, States Parties noted that a Trial Chamber of the ICC had previously dealt with the matter absent any specific rule,⁸³ accepted the approach taken at that time and “invite[d] the Court to bring to its attention any information that could further inform the discussion of the working group on this issue”.⁸⁴ There may have been some doubt as to the necessity of a rule change/amendment in light of the fact that the Court had already addressed the issue in its jurisprudence. The comprehensive discussions on the matter between States Parties⁸⁵ and the fact that the Court’s practice on the matter is not uniform⁸⁶ would, however, seem to suggest that regulating the matter more explicitly may be beneficial. The report

⁷⁴ ICC-ASP/11/31/Add.1, para. 6: States Parties “expected to receive a minimum number of detailed amendment proposals to the Rules”.

⁷⁵ Report of the Bureau on Study Group on Governance, ICC-ASP/13/28, 28.11.2014, Annex I, Appendix III.

⁷⁶ See for a comprehensive ICTY jurisprudence overview ICC-ASP/13/28, Appendix I, Paper from the chair of the Study Group on Governance – Amendments to rule 76 (3), rule 101 (3) and rule 144 (2) (b) – Relevant International Legal Standards, para. 4 ff.

⁷⁷ Report of the Study Group on Governance Cluster I in relation to amendment proposals to the Rules of Procedure and Evidence put forward by the Court, ICC-ASP/13/28, Annex I, para. 8 f.

⁷⁸ See the exact text, both as proposed by the Court and suggested amendments of the Court proposal through the Study Group, in: Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/11/31, Annex II.

⁷⁹ ICC-ASP/13/28, Appendix II.

⁸⁰ See, e.g. Rule 15^{bis} of the – insofar identical – ICTY and ICTR Rules; Rule 19 MICT Rules.

⁸¹ ICC-ASP/13/28, Annex I, para. 15.

⁸² Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/11/31, para. 17.

⁸³ The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Transcript of Trial Hearing, 24.11.2010, ICC-01/04-01/07-T-222-Red2-FRA, p. 1 ff.

⁸⁴ Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/13/31, para. 24.

⁸⁵ See Report of the Study Group on Governance Cluster I in relation to amendment proposals to the Rules of Procedure and Evidence put forward by the Court, ICC-ASP/13/28, Annex I, para. 13 ff.; Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/13/31, para. 17 ff.

⁸⁶ Working Group on Lessons Learnt: Recommendation on a proposal to introduce a rule 140^{bis} to the Rules of Procedure and Evidence: Temporary Absence of a Judge, ICC-ASP/13/28, Appendix II, para. 10 f., citing relevant – and seemingly diverging – ICC jurisprudence.

then concludes with a slightly ambivalent paragraph: it notes at the outset that consultations and discussions in the different fora showed ‘strong support in favor of recommending the Assembly to adopt the proposed amendments to rule 76 (3), rule 101 (3) and rule 144 (2) (b) of the Rules of Procedure and Evidence’ (nota bene: rule 140^{bis} not mentioned!). However, the report then states the following:

“[...] some delegations expressed concerns about the proposed amendments and/or were waiting for instructions on how to proceed. One delegation expressed the fact that it was not in a position to support a recommendation to the Assembly as outlined above.”⁸⁷

This conclusion would seem to go beyond the earlier statement of several delegations having remaining “concerns and/or need[ing] further clarification”⁸⁸ – a finding made during the discussion of the merits of the provisions in question and thus hinting at *legal* concerns of delegations pertaining to the rules themselves. In contrast, the language chosen (be that the lack of instructions or the fact that delegations were not “in a position to support a recommendation”) in the concluding quote above seems to include concerns of an institutional and/or political nature. None of these concerns should generally be considered as illegitimate; rather, they represent an indicator for the complexity of the matter when the legislator undertakes to amend the toolkit of a permanent institution like the ICC. Discussions in national parliaments and specialized working groups on amendments to criminal legal provisions display the same wide array of legal, institutional, political and other concerns.

At the end of the Assembly meeting, no rule amendments were adopted. Interestingly, neither the relevant “Omnibus” Resolution of the Assembly⁸⁹ nor the Assembly’s definition of mandates for the intersessional period in 2015⁹⁰ made specific reference to the need for further proposals for rule amendments or the Roadmap. Instead, the Assembly invited the Court “to intensify its efforts to enhance the efficiency and effectiveness of proceedings including by adopting further changes of practice”.⁹¹ The Assembly encouraged the Court to continue exploring a more “informal” avenue of streamlining of processes and procedures through practice changes (including amendments to the Regulations of the Court which would not require State Party approval⁹²). For-

tunately, this had already been on the Court’s agenda since late 2012, and the Court could thus present in 2014 a report outlining the progress in discussions of issues dealing with the relationship between pre-trial and trial proceedings (including related common issues).⁹³ While explicitly “encourag[ing] the judges to continue their work on this issue into 2015”⁹⁴, the Assembly omitted any such encouraging language for the Court reports on the proposed rule amendments, or the report of the Working Group on Amendments.⁹⁵

One could be led to conclude that too strong Assembly language pushing for rule amendment proposals through the Roadmap creates, in turn, pressure on States Parties to agree on often highly complex legal matters, in discussion fora which may not be completely isolated from other, external influences. The Assembly’s encouragement to continue seeking for practice adjustments short of the “article 51 threshold” means that the Court was indeed called upon to optimize its processes and procedure, following the same logic as all other international courts and tribunals, i.e. internally.

2. Relevant developments in 2015

In 2015, the Court continued to focus on changes to practice in relevant areas as per the list of 2012,⁹⁶ with a specific focus on the pre-trial and trial relationship, victims participation (particularly the application system), as well as the harmonizing of judgment and decision drafting across the chambers of the Court.⁹⁷ Additionally, it informed States Parties that “[n]ormative changes [i.e. changes to the Regulations of the Court, or changes to the Rules] would only be proposed if an issue could not be resolved via changes of practice.”⁹⁸ In September 2015, the Court issued a “Pre-trial practice manual”⁹⁹ which sought to codify agreed best practices for a (large) number of procedural issues at the pre-trial stage. The manual was generally welcomed by practitioners, academics and States Parties alike, as it indeed had – and continues to have – a major clarifying effect in terms of the relevant applicable procedure, thus solidifying procedural practice and

ties retain merely a “veto” right by a(n absolute) majority of States Parties, see article 52 (3).

⁸⁷ Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/13/31, para. 26.

⁸⁸ Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/11/31, para. 17.

⁸⁹ See Resolution ICC-ASP/13/Res. 5, Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, 17.12.2014, para. 51 ff.

⁹⁰ Resolution ICC-ASP/13/Res. 5, Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, 17.12.2014, Annex I, Mandates of the Assembly of States Parties for the intersessional period, para. 6, 7, 15.

⁹¹ Resolution ICC-ASP/13/Res. 5, Annex I, para. 7 (a); see also para. 54 in the resolution text.

⁹² Article 52 of the Rome Statute lays amendments to the Regulations of the Court into the judges’ hands; States Par-

⁹³ Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance Cluster I: Expediting the Criminal Process Progress Report on Cluster B: “Pre-Trial and Trial Relationship and Common Issues”, ICC-ASP/13/28, Annex II.

⁹⁴ Resolution ICC-ASP/13/Res. 5, para. 54.

⁹⁵ Resolution ICC-ASP/13/Res. 5, para. 92, simply “[w]elcom[ing] the report of the Bureau on the Working Group on Amendments” (ICC-ASP/13/31).

⁹⁶ ICC-ASP/11/31/Add.1.

⁹⁷ See ICC-ASP/14/30, Annex II, Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance: Cluster I: Expediting the Criminal Process: Progress Report on Clusters A, B, C and E.

⁹⁸ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/14/30, 16.11.2015, para. 14.

⁹⁹ ICC-ASP/14/30, Appendix II, Pre-trial practice manual, September 2015.

creating certainty on the application of the law. In addition, the Court submitted a comprehensive report on cluster “4” (“Victim participation and reparations”) of the list of 2012, addressing the issue of applications for victim participation.¹⁰⁰ The WGLL also informed States Parties that in 2015 it went beyond the list of issues contained in the current Roadmap, guided by the “imperative of pursuing enhancements which could have a real impact on proceedings as a whole” and focusing on practice-based solutions not requiring amendments to the legal framework.¹⁰¹ This is to be applauded since only a dynamic approach to the challenges in legal proceedings before the Court will vest the institution with the necessary tools to master these challenges and improve its efficiency as it moves along.

In turn, the Court informed States Parties that in 2015 no new rule amendment proposals were being prepared for the Assembly at year’s end.¹⁰² Rather, during informal discussions between the Court and States Parties, concerns were expressed with the experience of the Roadmap process in 2014, and more concretely the failure to produce tangible results. It was recalled that the Roadmap was the product of States Parties’ pressure for the Court to improve the efficiency of its criminal process. Mindful of this, the Bureau noted in its 2015 report to the Assembly that “when the Court submits its proposals for amendments to the Rules States Parties should fully consider the Court’s proposals and should strive to expeditiously reach a final view on the proposals.”¹⁰³ This language provided appropriate guidance, considering the protracted discussions in 2014, first in the Study Group in The Hague and then in the Working Group on Amendments in New York, with an exchange of similar arguments in both fora and no concrete outcome in any of the two.¹⁰⁴

Following this line, the 2015 Bureau report also outlined discussions on a possible review of the Roadmap methodology with a view to potentially reducing the forum for discussions on rule amendments to the Study Group in order to counter a potential overlap between the latter and the Working Group on Amendments.¹⁰⁵ However, in the end, no clear consensus emerged on the way forward and no proposals

were made for streamlining the Roadmap in 2015.¹⁰⁶ The Bureau recommended, in its 2015 report, that the Study Group “should continue to keep under review the effectiveness of the Roadmap in 2016”, mindful of ongoing reform work regarding the working methods of the Assembly, including the relationship between The Hague and New York Working Groups.¹⁰⁷ However, neither the Omnibus Resolution¹⁰⁸ nor the Assembly mandates for the intersessional period¹⁰⁹ picked up this point explicitly.

As for the proposed rule amendments from 2014, discussions continued within the Working Group on Amendments in 2015, focusing on the “language cluster”, i.e. the proposed amendments to rules 76 (3), 101 (3) and 144 (2) (b) as outlined above.¹¹⁰ From the documentation publicly available it would appear that the major issues brought forward for and against the proposals remained the same, as did the positions of States Parties: “very strong support in favor of the language cluster amendments” by many, yet a few delegations “still voiced concerns”¹¹¹ and thus no recommendation was issued to the Assembly since no consensus could be reached. Incidentally, the terms of reference of the Working Group on Amendments, while stating that the Group “makes every effort to reach decisions by consensus”, do not require that a recommendation to the Assembly be based on consensus.¹¹²

In sum, the Roadmap, while redundant in practice for the year 2015 as no rule amendment proposals were even tabled at the Assembly, was maintained in principle and supported as a vehicle for rule changes. The relevant Assembly resolution called upon States Parties, as in 2014, to continue considering amendment proposals by the WGLL¹¹³ and reiterated this in the definition of the intersessional mandates for 2016, inviting the Working Group on Amendments “to continue its

¹⁰⁰ ICC-ASP/14/30, Annex I, Report on Cluster D (1): Applications for victim participation.

¹⁰¹ ICC-ASP/14/30, Annex II, para. 74.

¹⁰² The Court did, however, inform the Assembly of the fact that a proposal was sent to the ACLT in July 2015 concerning the amendment of rule 165 of the Rules, providing for a reduced number of judges to address article 70 offences at each of the pre-trial, trial and appeal phases; ICC-ASP/14/30, Annex II, para. 72.

¹⁰³ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/14/30, 16.11.2015, para. 20.

¹⁰⁴ Compare ICC-ASP/13/28, Annex I (Study Group on Governance), para. 4 ff., with ICC-ASP/13/31 (Working Group on Amendments), para. 16 ff.

¹⁰⁵ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/14/30, para. 15 f.

¹⁰⁶ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/14/30, para. 19. It needs to be noted, though, that in the meanwhile the Court undertook a number of changes to the composition, methodology and approach of the WGLL, including its interaction with the ACLT in order to render the Court-internal lessons learnt process more efficient; see ICC-ASP/14/30, Annex II, Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance: Cluster I: Expediting the Criminal Process: Progress Report on Clusters A, B, C and E, para. 3 ff.

¹⁰⁷ Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/14/30, para. 21.

¹⁰⁸ ICC-ASP/14/Res.4, Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, 26.11.2015, para. 52 ff.; 107 ff.

¹⁰⁹ ICC-ASP/14/Res.4, Annex I, Mandates of the Assembly of States Parties for the intersessional period, para. 7, 16.

¹¹⁰ Rule 140^{bis} would not appear to have been subject to any discussions in 2015; see Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/14/34, 16.11.2015, para. 21.

¹¹¹ Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/14/34, para. 26, 30.

¹¹² See ICC-ASP/11/Res.8, 21.11.2012, Annex II, Terms of reference of the Working Group on Amendments, para. 5, 10.

¹¹³ ICC-ASP/14/Res.4, para. 57.

consideration of all amendment proposals” before it.¹¹⁴ Finally, the Assembly welcomed the Court’s work on practice changes pertaining to victim participation as well as clusters A, B, C and E of the 2012 list,¹¹⁵ including the Pre-Trial Practice Manual.¹¹⁶

Developments in 2015 seemingly confirmed the trend from 2014 that the Roadmap process did not provide an opportune means to achieve tangible efficiency gains in the ICC’s criminal process. This, however, provided the Court with the necessary impetus to bring forward efficiency gains through practice changes in many different respects, most importantly the codification of legal practice in its manual which, in its updated form of February 2016, is now called the “Chambers Practice Manual” and covers a number of topics relating to various stages of proceedings.¹¹⁷

3. Relevant developments in 2016

Intersessional discussions in the Working Group on Amendments in 2016 again targeted the “language cluster” rules, i.e. the proposed amendments to rules 76 (3), 101 (3) and 144 (2) (b) of the ICC Rules. As a result, at the Assembly in 2016, amendments to rule 101 and rule 144 (2)(b) of the Rules were adopted by consensus,¹¹⁸ based on relevant recommendations of the Working Group.¹¹⁹ As in previous years, the resolution text again encourages further relevant dialogue between the ICC and States Parties. Similarly, the Study Group’s mandate was yet again extended by one year and States Parties were

encouraged to consider rule amendment proposals through the Roadmap process.¹²⁰

In addition, weeks after the Assembly meeting, on 6 December 2016 the judges of the ICC adopted amendments to seven of the Regulations of the Court during a plenary session, based on relevant preparatory work of the ACLT; all these – technical – amendments are destined to improve efficiency on a range of procedural matters without requiring any rule changes.¹²¹ This progress is quite remarkable and shows that the Court is serious in its efforts in this regard.

V. An alternative to the Roadmap: States and ad hoc rule changes

Article 51 (2) of the Rome Statute does not only foresee Court organs to be the proponents of rule changes; also “[a]ny State Party” has the right to propose a rule amendment (or a new rule to be added) to the Assembly,¹²² an example of this being the 2011 amendment of rule 4 and insertion of rule 4^{bis} into the Court’s Rules of Procedure and Evidence. And there is nothing wrong about that, considering the States Parties’ role as the legislator of the Court and the provider of management oversight over the organs of the Court regarding its administration.¹²³ However, it needs to be noted that there is no legal provision that would oblige, or even only recommend that in proposing any such change of an ICC Rule, States Parties should confer with the Court as the principal applier of the procedural tools first.

In this vein, States Parties considered and adopted the following rule amendments made pursuant to resolution ICC-ASP/12/Res.7 at the 12th Assembly meeting in November 2013:

- Rule 134^{bis} –allowing accused to be present through use of video technology;
- Rule 134^{ter} – excusal of the accused from presence at trial, where exceptional circumstances exist to justify such an absence;
- Rule 134^{quater} – excusal of the accused from presence at trial due to extraordinary public duties at the highest national level.

Using the procedural vehicle of article 51 (2) (a) of the Rome Statute, States Parties adopted these rules without the involvement of the Study Group or any Court-wide consultations,¹²⁴ thus amending the Court’s procedural instruments

¹¹⁴ ICC-ASP/14/20, Annex I, para. 16 (a).

¹¹⁵ This included the harmonization of practice relating to confirmation of charges proceedings; streamlining practices related to the relationship between trial and pre-trial and common issues; streamlining practices related to trial proceedings; and practice changes related to appeals; see Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance: Cluster I: Expediting the Criminal Process: Progress Report on Clusters A, B, C and E, ICC-ASP/14/30, Annex II.

¹¹⁶ ICC-ASP/14/Res.4, para. 55 f.

¹¹⁷ E.g. the procedure for admission of victims to participate in the proceedings; exceptions to disclosure in the form of redaction of information; and the handling of confidential information during investigations and contact between a party or participant and witnesses of the opposing party or of a participant. Available at:

https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Chambers_practice_manual--FEBRUARY_2016.pdf (1.12.2016).

¹¹⁸ ICC-ASP/15/Res.4, 24.11.2016, Resolution on amendments to rule 101 and rule 144 (2)(b) of the Rules of Procedure and Evidence.

¹¹⁹ Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/15/24, 8.11.2016, paras. 28, 40. Consideration of the proposed amendment to rule 76(3) will continue in 2017, see Resolution ICC ASP/15/Res.5, 24.11.2016, Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties, Annex I (Mandates of the Assembly of States Parties for the intersessional period), para. 19 (a).

¹²⁰ ICC ASP/15/Res.5, paras. 67, 69.

¹²¹ Pursuant to article 52(3) of the Statute, these amendments took effect upon their adoption and are circulated to States Parties for comments. See the text of the latest version of the Regulations of the Court: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtEng.pdf> (15.12.2016).

¹²² See article 51 (2) (a) of the Rome Statute.

¹²³ See article 112 (2), in particular subsections (b), (e), and (g) of the Rome Statute. Generally on the Assembly’s role vis-à-vis the Court see *Rama Rao/Ambach* (fn. 31), art. 112, para. 9 f.

¹²⁴ ICC-ASP/12/Res.7.

without any greater consultation of those that are supposed to apply them. The context to this was, however, rather special and should not remain unmentioned: the relevant amendments deviate from the general statutory requirement that the accused shall be present at trial, as provided in article 61 (3) of the Rome Statute. The proposal of the amendments, introduced by a State Party, had been triggered by relevant litigation in court in the situation in the Republic of Kenya before the ICC.¹²⁵ Prior to the rule amendment, a decision of the Appeals Chamber in the case against William Ruto and Joshua Arap Sang before Trial Chamber V (A) had underscored the principle that the accused’s presence was required during trials, regardless of any official status, but then provided for certain exceptions to the wording of article 63 (1) of the Rome Statute.¹²⁶ Rules 134^{bis-quater} modified this ruling and created legislation, *inter alia* for what could be viewed as a rather singular, specific case scenario.¹²⁷

The adoption of rules 134^{bis-quater} is remarkable in two major respects: first, it did not follow the Roadmap and thus forewent any in-depth discussion with the Court;¹²⁸ this adoption procedure, perfectly legitimate as per article 51 of the Rome Statute, seems to highlight a potential ‘pitfall’ of the Roadmap: with its delicately crafted consultative procedure to amend the Rules, it may not be fast and flexible enough to adapt to emergencies of the time.¹²⁹ The second aspect picks up on said emergencies of the time: while jurisprudence reacts to specific circumstances of the case at hand, legislation does not; rather, the legislator is bound to craft rules of an abstract-general application. The law must be applicable to any situation, even if a particular situation has made a lacuna

in the law apparent. Indeed, the creation of abstract-general rules for the benefit of a specific situation would risk obfuscating the clear distinction between the lawmaker and the applier of the law, not to mention the risk of creating fragmented and even incoherent law.¹³⁰ This is not to mean that a legislative act may not be triggered by a concrete problem occurring in the courtroom – many past rule amendments at the ad hoc Tribunals as well as national practice bear testimony to this.¹³¹

While the Bureau of the Assembly still held in 2013 – the same year that rules 134^{bis-quater} were adopted – that the Roadmap should be followed “so as to avoid a disparate and unstructured approach to any proposals on amending the criminal procedures”,¹³² in 2014 it did not repeat this point. It undertook, however, to retain the Study Group as a necessary discussion platform, providing for at least some Court involvement also when the Roadmap is not followed. Concretely, the Bureau acknowledged that “amendments to the Rules of Procedure and Evidence may be proposed also by any State Party”, thus recalling Rome Statute language (article 51 (2) (b)). It then went on to find that “the Study Group should also be seen as a forum to discuss amendment proposals emanating from States Parties so as to allow for a structured and fruitful dialogue between States Parties and the Court. This would, on the one hand, reinforce the role of States Parties in the amendment process, while at the same time allow the Court, including the Working Group on Lessons Learnt and the Advisory Committee on Legal Texts, the opportunity and necessary time to form its view on any such amendment proposals. It may be the case that the Roadmap would need to be amended to address such a scenario.”¹³³

Any advances into this direction are, from the ICC’s perspective, helpful. Adding layers of consultations with Court representatives as legal experts in this particular matter of law not only has a benefit in terms of solidity and certainty of the new law created; it also provides a forum to reflect on initiatives inspired by developments in concrete (and on-going) cases, and levels them alongside other law amendment projects in a common framework of consultation.

VI. Rule changes through Article 51 (3): A response to the Roadmap impasse?

In July 2015 the WGLL submitted a draft amendment of rule 165 of the Rules to the ACLT following the Court-internal

¹²⁵ At the time, both the Kenyan President, Uhuru Kenyatta, and his Vice-President, Samuel Ruto, were accused persons in proceedings before the ICC, see the Situation in Kenya, The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Case No. ICC-01/09-02/11, and The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Case No. ICC-01/09-01/11.

¹²⁶ The Appeals Chamber, The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of the Trial Chamber V (a) of 18.6.2013 entitled “Decision on Mr. Ruto’s Request for Exclusion from Continuous Presence at Trial”, ICC-01/09-01/11-1066, 25.10.2013. The Appeals Chamber reversed the Trial Chamber V (A) decision, which allowed Mr. Ruto to be excused from trial strictly for the purposes of discharging official duties, with certain conditions, and further held that the discretion that the Trial Chamber enjoys under article 63 (1) of the Rome Statute is “limited and must be exercised with caution”, see para. 2, 51, 104 and 110.

¹²⁷ ICC-ASP/12/Res.7.

¹²⁸ Nota bene that this is meant to imply not only the judges but all parties and participants to the proceedings.

¹²⁹ Yet, the Assembly has persistently encouraged the use of the Roadmap in the past years. See ICC-ASP/11/31, para. 16 f.; ICC-ASP/12/37; ICC-ASP/13/28, para. 28; ICC-ASP/14/30 para. 19 f. It remains to be seen whether there will be an explicit continued endorsement of the Roadmap by the Assembly in December of 2016.

¹³⁰ Ambach, in: Stahn (ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court, 2015, Chapter 50, p. 1291.

¹³¹ Article 51(4) of the Rome Statute explicitly regulates the potential situation that a rule change creates an immediate effect on on-going proceedings (which may have been the trigger for said Rule change): ‘Amendments to the Rules of Procedure and Evidence as well as provisional Rules shall not be applied retroactively to the detriment of the person who is being investigated or prosecuted or who has been convicted.’ As outlined supra, the ad hoc Tribunals have similar provisions in their legal framework.

¹³² ICC-ASP/11/31, para. 15.

¹³³ ICC-ASP/13/28, para. 28.

Roadmap procedure.¹³⁴ Rule 165 belongs to Chapter 9 of the Rules, specifying the procedure for offences against the administration of justice under article 70 of the Rome Statute. The amended rule provides for a reduced number of judges to address article 70 offences at each of the pre-trial, trial and appeal phases. ICC Trial Chamber VII is currently seized with article 70 offences in the Bemba et al. case; the trial judgment pursuant to article 74 of the Rome Statute was issued on 19 October 2016.¹³⁵ A sentencing decision is imminent. There is a likelihood that appeals proceedings will follow.

Following internal consultations, on 10 February 2016 the judges of the ICC, in plenary session, provisionally amended rule 165 of the Rules, engaging the procedural vehicle of article 51 (3) of the Rome Statute. The latter reads as follows:

“After the adoption of the Rules of Procedure and Evidence, in urgent cases where the Rules do not provide for a specific situation before the Court, the judges may, by a two-thirds majority, draw up provisional Rules to be applied until adopted, amended or rejected at the next ordinary or special session of the Assembly of States Parties.”

Simply put, two cumulative requirements need to be complied with: (1) there needs to be an urgent need that a certain matter be regulated authoritatively before the next regular Assembly meeting (which would otherwise be the next opportunity to have a rule amendment passed); and (2) the applicable rules do not yet regulate the specific situation at hand.

A letter from the ICC President to the President of the Assembly dated 10 February 2016¹³⁶ and a supplementary report¹³⁷ outlined the rationale and legal basis of the provisional amendment from the Court’s perspective: the provisionally amended rule 165 simplifies and expedites article 70 proceedings by allowing for the respective functions of the Pre-Trial and the Trial Chamber to be exercised by a chamber of one judge instead of a chamber of three judges. Furthermore, appeal proceedings can be conducted by a panel of three judges instead of the full bench of five judges. As to the urgency requirement, the Court noted that it disposes over a limited¹³⁸ pool of judges, which creates potential difficulties

in ensuring the availability of sufficient judges to conduct the current and pending trials before the Court.¹³⁹ Looking at the current and expected caseload, it was held that the urgency will become apparent over time, even if not of an immediate nature.¹⁴⁰ In addition, at the time of the amendment of the provisional rule in February 2016, virtually every available judge sat in two or more Chambers while the number of trials continued to grow.¹⁴¹

The reduction of judges on an article 70 bench was supported by the ICC judges’ assessment that a commitment of the same amount of judicial resources to article 5 core crimes proceedings on the one hand and article 70 proceedings on the other is not commensurate to the ancillary nature of the latter – a fact expressed in the Rome Statute and not contradicted by article 70 of the Statute.¹⁴² Finally, the Court also indicated the need to introduce a new regulation 66^{bis} into the Regulations of the Court (“Constitution of Chambers and the panel of three judges”) in order to give practical effect to the amended rule 165.¹⁴³

During consultations, a majority of States Parties expressed support for the provisional amendments of rule 165; confidence was expressed in the work of the judges of the Court and the ACLT regarding both the conformity of the rule with the Statute and the legality of the process.¹⁴⁴ However, some delegations challenged the “urgency” of the situation and a corresponding need for amendment. It was also argued that there was no lacuna in the law as Chapter 9 of the Rules exhaustively regulated the specific situation before the Court. Finally, concerns were raised as to potential legal problems arising if the provisional rule was to be applied prior to the Assembly considering the matter and potentially rejecting or amending the rule.¹⁴⁵ Finally, absent any consensus, the Study Group on Governance referred the provisional amendments to the Working Group on Amendments with no

peals Division shall serve exclusively in that Division; this leaves a mere 13 judges to populate the Pre-Trial and Trial Divisions. With four simultaneous cases at trial (and the according need of twelve judges in order to be able to administer hearings in parallel), the option to reduce the amount of judges sitting on cases other than dealing with article 5 offences would appear not only reasonable but indeed urgently necessary.

¹³⁴ Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance: Cluster I: Expediting the Criminal Process: Progress Report on Clusters A, B, C and E, ICC-ASP/14/30, Annex II, para. 71 f.

¹³⁵ The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Trial Chamber VII, Judgment, ICC-01/05-01/13, 19.10.2016.

¹³⁶ Letter from the President of the International Criminal Court to the President of the Assembly, dated 29.2.2016, ICC-ASP/15/7, Annex I.

¹³⁷ Report on the adoption by the judges of provisional amendments to rule 165 of the Rules of Procedure and Evidence, dated 29.2.2016, ICC-ASP/15/7, Annex II.

¹³⁸ Pursuant to article 36 (1) of the Rome Statute, the default number of judges at the Court is 18. According to article 39 (4) of the Rome Statute, all five judges assigned to the Ap-

¹³⁹ Report of the Study Group on Governance Cluster I in relation to the provisional amendments to rule 165 of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/15/7, 21.9.2016, para. 11; ICC-ASP/15/7, Annex II, para. 19 ff.

¹⁴⁰ Report of the Study Group on Governance Cluster I in relation to the provisional amendments to rule 165 of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/15/7, 21.9.2016, para. 10.

¹⁴¹ ICC-ASP/15/7, Annex II, para. 20 f.

¹⁴² ICC-ASP/15/7, para. 11 ff.

¹⁴³ ICC-ASP/15/7, Annex II, para. 15 ff.

¹⁴⁴ ICC-ASP/15/7, para. 7.

¹⁴⁵ ICC-ASP/15/7, 21.9.2016, para. 8; see also Letter from the Attorney General of Kenya to the President of the Assembly, dated 17.3.2016, ICC-ASP/15/7, Annex III.

specific recommendation, for the latter to continue discussions and make any recommendation to the Assembly as appropriate.¹⁴⁶ Discussions in the Working Group on Amendments did likewise not lead to a clear recommendation to the Assembly due to reiterated concerns by a few States Parties, despite support by a majority of States Parties.¹⁴⁷

Article 51 (3) of the Statute differs from the other vehicles to achieve rule amendments in one essential respect: while for article 51 (2) the principle “no majority, no amendment” applies, it is exactly the opposite for article 51 (3): the provisional rule is already in force; if the Assembly does not reach the required quorum to adopt, amend or reject the provisional amendment, a plain reading of the Statute suggests that it simply remains in force and can be applied by the Court. Considering that the main reason for the lack of rule amendments through the Roadmap between 2014 and 2016 may be the Assembly’s strong preference for consensus, article 51 (3) would appear to provide another way forward – provided a rule amendment appears sufficiently urgent and serves to fill a lacuna in the law. Article 51(3) is, however, not an alternative to the Roadmap, but rather describes an exceptional situation where the urgency of the matter militates against the Roadmap process.

Also after the 15th session of the Assembly in November 2016, the judgment is still out whether the Court applied article 51 (3) of the Rome Statute appropriately in the eyes of States Parties. The Assembly discussed the matter along similar lines as in previous fora in The Hague and New York, but the relevant resolution text on rule amendments remains silent on Rule 165 of the Rules.

It is undisputed, however, that the content of the provisional amendment of Rule 165 squarely falls within the remit of the mandate to improve the efficiency and effectiveness of the judicial process. Considering the fact that also future rule amendments may invite for controversial debate, the vehicle of article 51 (3) may prove appropriate in urgent cases if there is a high likelihood that an envisaged rule change will not make it through the Roadmap to the Assembly in a year’s cycle, let alone an even shorter timeline. However, the second prong of article 51(3), the *lacuna* in the law, remains a factor just as important and indeed legally required to be assessed and justified.

VII. Conclusion

The Lessons Learnt initiative at the ICC is an ongoing process and has proven to be increasingly effective. Since its inception in 2011 it has not only gained momentum but indeed expanded its original list of topics that were found relevant to be addressed. Also in terms of how the ICC went about addressing its challenges, it has proven both stamina and innovativeness, with the Chambers Practice Manual as

the flagship success so far in terms of improving procedural practice, alongside some early yet eminently important rule and, more recently, Regulation amendments.

However, the process has also shown some potential challenges. The necessity of State involvement in, and approval of, amendments of the procedural framework, as foreseen by article 51 of the Rome Statute, was conceived as a safeguard protecting the system against short-lived, case-specific and/or political advances; yet, the general desire for consensus has slowed down the Roadmap process designed by States Parties to encourage the Court to generate suitable rule amendment proposals. At the same time, other ways to amend the Rules, as foreseen in article 51 of the Rome Statute, have been used and specifically one, over article 51 (3), is still to be evaluated and further discussed by States Parties for the case at hand (concerning rule 165).

Still, to bury the Roadmap would be the most dangerous of paths that this juncture offers, as the progress in 2016 has shown; after all it is the most inclusive, consultative and legally solid process to bring forward well-reflected rules, crafted by those that have to test and apply it in court, and validated by the ICC’s stakeholders as foreseen by article 51 of the Rome Statute. Other options available for rule amendments should all be covered by relevant elements of the Roadmap consultation process one way or another; this goes for the Prosecutor’s or a State Party’s proposal pursuant to article 51 (2) (a) and (c), as well as provisional Rules drawn up by the judges under article 51 (3) of the Rome Statute where urgency and lacuna in the law provide.¹⁴⁸ Rule changes without consultation of all relevant stakeholders need to be avoided. The exercise is one of balance and consultation. In this vein, some fine-tuning may be in order with a view to avoiding the duplication of legal discussions in the Study Group and then again in the Working Group on Amendments a bit later in the year. To make the system work, States Parties need to stand their ground in supporting the international criminal justice system they have created and keep the powerhouse manned that provides the ICC with the necessary mandate and flexibility to adjust its procedural framework where necessary. The Roadmap process as the most inclusive and suitable vehicle for Rule amendments must be a forum of legal experts that discuss, guided by the law, and do so expeditiously.

¹⁴⁶ ICC-ASP/15/7, para. 18; Report of the Bureau on the Study Group on Governance, ICC-ASP/15/21, 14.11.2016, para. 11.

¹⁴⁷ Report of the Working Group on Amendments, ICC-ASP/15/24, 8.11.2016, paras. 29-37.

¹⁴⁸ In this vein, some States Parties suggested during 2016 consultations regarding the provisional rule 165, that the Court’s amendment proposals under article 51 (3) be submitted, as far as possible, to States Parties for consultation before provisional adoption; see ICC-ASP/15/7, para. 9.

Entscheidungsanmerkung

Zu den Wirkungen einer im Beschlusswege erfolgten, irrtümlichen Entscheidung des Revisionsgerichts über einen bloßen Urteilsentwurf des Tatrichters.

- 1. Der Beschluss des Senats vom 24. März 2015, durch den das Urteil des Landgerichts Bochum vom 3. November 2014 auf die Revision des Angeklagten mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen wurde, wird aufgehoben.**
- 2. Das Verfahren wird fortgesetzt.**

StPO § 349 Abs. 2, Abs. 4

BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15 – LG Bochum

I. Einleitung

Der Entscheidungstenor lässt aufhorchen. Der eigene Beschluss wird aufgehoben, das Verfahren wird fortgesetzt? In § 349 StPO, der die Entscheidungsoptionen im Rahmen der Revision aufzeigt, sucht man diese Variante jedenfalls vergeblich. So sonderbar dieser Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 10.9.2015 demnach auf den ersten Blick anmutet, so betrifft er doch im Kern eine Thematik, die zu Recht zu den problematischsten Fragen des Strafverfahrens gezählt wird:¹ die Möglichkeit des nachträglichen Zugriffs auf gerichtliche Entscheidungen.

II. Zum Sachverhalt

Der Angeklagte war vom Landgericht Bochum wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt worden, zudem wurde der Verfall von Wertersatz in Höhe von 15.000 Euro angeordnet. Die hiergegen eingelegte Revision des Angeklagten, mit welcher er die Verletzung sachlichen Rechts rügte, war zunächst erfolgreich: Mit Beschluss vom 24.3.2015 hob der 2. Senat des Bundesgerichtshofs entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts das Urteil insgesamt auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.²

Nachträglich wurde jedoch bekannt, dass dem Verteidiger anstelle der fünfzehnseitigen, vom Berichterstatter verfassten und von den berufsrichterlichen Mitgliedern der Strafkammer unterzeichneten Urteilsurkunde lediglich ein neunseitiger, als solcher jedoch nicht erkennbarer Urteilsentwurf zugestellt worden war. Auch zum Senatsheft sowie zu den Handakten des Generalbundesanwalts gelangte lediglich die neunseitige Fassung als „beglaubigte Ablichtung“, versehen mit den Unterschriften der mitwirkenden Berufsrichter in Maschinschrift. Wie sich herausstellte, war in dem von den Gerichten

in Nordrhein-Westfalen benutzten Textverarbeitungssystem „Judica“ lediglich der Urteilsentwurf, nicht jedoch die unterschriebene Endfassung des Urteils abgespeichert worden, weshalb auch nur dieser zur Zustellung gelangte und zur Grundlage der Revisionsakten wurde.

Vor dem Hintergrund, dass die erneute Hauptverhandlung vor dem Landgericht Bochum noch nicht durchgeführt worden war, leitete die Staatsanwaltschaft dem Senat die Akten durch Vermittlung des Generalbundesanwalts erneut zu, verbunden mit der Bitte um Aufhebung des Beschlusses vom 24.3.2015.

III. Die Begründung des Bundesgerichtshofs

Wie schon aus dem eingangs wiedergegebenen Tenor ersichtlich, entsprach der Bundesgerichtshof dieser Bitte. Nachdem der Senat zunächst (Rn. 8) betont, dass das Bedürfnis der Rechtspflege und der Allgemeinheit nach Rechtssicherheit auch im Revisionsverfahren einen Eingriff in die Rechtskraft einer gerichtlichen Sachentscheidung verbiete, stellt er fest, dass der Fall „so“ hier jedoch nicht liege. In Fällen, in denen infolge von Unregelmäßigkeiten bzw. Versehen oder wegen der Gegebenheiten des gerichtlichen Geschäftsgangs eine Entscheidung auf unvollständiger oder unzutreffender tatsächlicher Grundlage beruhe, werde das Bedürfnis nach Korrektur einer bereits rechtskräftigen Entscheidung „von jeher“ anerkannt, wofür drei Belege benannt werden (Rn. 9): aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Fall einer irrtümlichen Annahme der Mitwirkung eines funktionell unzuständigen Urkundsbeamten bei der Anbringung der Revisionsanträge, daneben die Entscheidung über das Rechtsmittel trotz zwischenzeitlicher Rücknahme sowie der nachträglich bekanntgewordene Tod des Beschwerdeführers. In solchen Fällen wiege der Eingriff in die Rechtskraft „weniger schwer“, vielmehr sei es ein Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, den Widerspruch zwischen Entscheidung und Tatsachenlage zu beseitigen.

Im Anschluss stellt der Senat – nicht weniger apodiktisch – fest, dass genau ein solcher Fall der Entscheidung auf unzutreffender tatsächlicher Grundlage auch hier vorliege (Rn. 10), weshalb das Verfahren durch Zustellung der richtigen Fassung fortzuführen sei (Rn. 11).

IV. Zur Rechtsauffassung des Vierten Senats

1. Der „Aufhebungs- und Fortsetzungsbeschluss“ als nur vermeintliches Novum

Vor einer näheren Auseinandersetzung mit der Begründung soll zunächst kurz die Rechtsfolge der Entscheidung in den Blick genommen werden. Auf die ungewöhnliche Beschlussformel wurde bereits hingewiesen: „Der Beschluss [...] wird aufgehoben. Das Verfahren wird fortgesetzt.“ Eine solche Entscheidung im Revisionsverfahren erging – wortwörtlich – jedoch schon einmal, und zwar mit dem Beschluss BGHSt 52, 119 im Jahre 2007,³ auf welchen vorliegend in Rn. 8 a.E. auch Bezug genommen wird. Dies ist im Ergebnis auch recht

¹ Grünwald, Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, 1974 = Beiheft zur ZStW 86 (1974), 94 (96).

² BGH, Beschl. v. 24.3.2015 – 4 StR 24/15, juris.

³ BGHSt 52, 119 = BGHR StPO § 206a Verfahrenshindernis 1 = NJW 2008, 1008 = NStZ 2008, 296 u.a.

passend, hat der dortige Beschluss mit dem vorliegenden doch noch mehr gemeinsam als den Tenor: Hier wie dort handelt es sich um „strafprozessuale Kuriositäten“⁴. Der *Zweite Strafsenat* am Bundesgerichtshof hatte es in BGHSt 52, 119 mit dem fingierten Tod des Angeklagten während des laufenden Revisionsverfahrens zu tun. Vermeintlich lag das Paradebeispiel eines unbehebbares Verfahrenshindernisses vor, weshalb der *Senat* das Verfahren nach § 206a StPO endgültig durch Beschluss einstellte. Anschließend kam jedoch zutage, dass die dem Gericht durch einen Dritten, vermutlich den Vater des Angeklagten, vorgelegte Sterbeurkunde durch eine gefälschte Totenbescheinigung erlangt worden war – der Angeklagte war nicht verstorben, sondern flüchtig. Der zuvor ergangene Einstellungsbeschluss wurde daraufhin aufgehoben und das Verfahren fortgesetzt – in diesem Fall dadurch, dass die Revision nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen und die Verurteilung damit rechtskräftig wurde. Die Vorgehensweise des 4. *Senats* im vorliegenden Fall ist daher zwar ungewöhnlich, aber (leider) nicht völlig neu.

2. Zur Begründung des Bundesgerichtshofs

Dass die Zulässigkeit der Korrektur einer bereits rechtskräftigen Entscheidung nicht allein mit dem Bedürfnis danach begründet werden kann, liegt auf der Hand. Merkwürdig darüber hinausgehenden Begründungsaufwand betreibt die Entscheidung jedoch letztlich nicht. Zunächst ist anzumerken, dass der Topos „Rechtssicherheit“ sicherlich nicht in beide Waagschalen – für und wider die Aufhebung – verbracht werden kann.⁵ Wenn es um den nachträglichen Zugriff auf eine rechtskräftige Entscheidung geht, dann steht dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, welche einen solchen gerade verbieten würde, schon eher das Bedürfnis nach materieller Gerechtigkeit gegenüber.

Dieses Spannungsfeld⁶ ist wahrhaftig nicht neu, und hat auch im Gesetz seinen Niederschlag gefunden. Der Korrektur der Entscheidung nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens dient insbesondere die in den §§ 359 ff. StPO geregelte Wiederaufnahme. Gerade diese Vorschriften belegen jedoch, dass die Annahme, der entstandene Konflikt sei immer dann zugunsten der materiellen Gerechtigkeit aufzulösen, wenn eine Entscheidung infolge Unregelmäßigkeiten, Versehen oder wegen der Gegebenheiten des gerichtlichen Geschäftsgangs auf unvollständiger oder unzutreffender tatsächlicher Grundlage getroffen wurde,⁷ nicht richtig ist. Unabhängig davon, wer die fehlerhafte Tatsachengrundlage zu verantworten hat, ist die Korrektur der rechtskräftigen Entscheidung zugunsten des Verurteilten in § 359 Nr. 5 StPO an weitere Voraussetzungen geknüpft. Zuungunsten des An-

geklagten⁸ fallen nachträglich bekanntgewordene Umstände überhaupt nicht ins Gewicht, da die Wiederaufnahme propter nova⁹ hier nur im Sonderfall des nachträglichen Geständnisses des Freigesprochenen und gerade nicht aufgrund neuer Erkenntnisse möglich ist. Der schlichte Verweis auf andere Fälle, in denen die Rechtsprechung – sich hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage ebenso bedeckt haltend wie die vorliegende Entscheidung – im Revisionsverfahren ergangene Beschlüsse aufgehoben hat, beantwortet nicht die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Aufhebung.

Eine Antwort hierauf ist jedoch zwingend erforderlich. Denn einer Entscheidung, die das Ergebnis eines formalisierten, wenn auch fehlerbehafteten Verfahrens ist, schlicht die Anerkennung zu versagen, bricht mit der Systematik der Strafprozessordnung. Dies äußert sich schon darin, dass selbst schwere Verfahrensmängel – wie etwa die völlige Unzuständigkeit des Gerichts – nach der Verfahrensordnung lediglich befristet angreifbar sind (§§ 338 Nr. 4, 341 Abs. 1 StPO). Das Monopol für die Richtigkeitskontrolle liegt im Verfahren selbst, man darf sich nicht einer rein materiellen Betrachtungsweise verschreiben, in der allein das mehr oder minder starke Bedürfnis nach Korrektur den Ausschlag gibt. Auf dem prozessordnungsgemäßen Zustandekommen einer Entscheidung liegt grundsätzlich ebenso viel Gewicht wie auf dem Erfordernis einer effektiven Strafverfolgung.¹⁰ Die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Vorschriften soll nicht zuletzt auch der Allgemeinheit signalisieren, dass Zufall oder Belieben im Strafverfahren keinen Platz finden.¹¹ Das bedeutet, dass Entscheidungen nicht außerhalb eines formalisierten

⁸ Der Wortlaut des jeweils ersten Halbsatzes der §§ 359, 362 StPO differiert, da im Fall der Wiederaufnahme zuungunsten der Antrag auch einen Freigesprochenen betreffen kann (beziehungsweise dies für die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 4 StPO sogar vorausgesetzt wird). In diesem Fall ist die Bezeichnung „Verurteilter“ an sich verfehlt, diese wird allerdings nunmehr auch in der durch Gesetz v. 17.7.2015 (BGBl. I, S. 1332 [1138]) eingefügten amtlichen Überschrift gebraucht.

⁹ Zu dem im Kontext der Wiederaufnahme gebräuchlichen Begriffspaar propter nova und propter falsa etwa *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 57 Rn. 6 ff. Vor allem in der älteren Literatur findet sich auch der synonym gebrauchte Terminus restitutio ex capite novorum/ex capite falsi, aktuell auch noch bei *Gössel*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2013, § 359 Rn. 51.

¹⁰ Auch wenn die „Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege“ seit BVerfGE 33, 367 als Element des Rechtsstaates anerkannt ist und seither als Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Zulässigkeit strafprozessualer Maßnahmen herangezogen wird, so ist diese „funktionstüchtige“ Strafrechtspflege trotz aller Effizienzbestrebungen nur unter voller Wahrung der Justizförmigkeit zu erzielen, so auch *Roxin/Schünemann* (Fn. 9), § 1 Rn. 7.

¹¹ Ähnlich *Suchomel*, in: Mettgenberg (Hrsg.), Festschrift für Erwin Bumke, 1939, S. 135 (136).

⁴ Ebenso lautet der Titel des Beitrags von *Appl*, in: Dencker/Gahlke/Voßkuhle (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tolkdorf, 2014, S. 179, der sich unter anderem mit der Entscheidung BGHSt 52, 119 befasst.

⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris Rn. 8 einerseits und Rn. 9 andererseits.

⁶ So etwa BVerfGE 65, 377 (380).

⁷ BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris Rn. 9.

Verfahrens und ohne gesetzlich geregelte Formen ergehen oder aufgehoben werden dürfen. Eine krasse Fehlentscheidung mag das Rechtsbewusstsein erschüttern, dies ist jedoch kaum weniger der Fall, wenn Entscheidungen ohne jegliche verfahrensrechtliche Grundlage aufgehoben werden.¹² Hinsichtlich ihrer Begründung vermag die Entscheidung somit nicht zu überzeugen. Vielleicht aber jedenfalls im Ergebnis?

V. Zur Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts

Interessanterweise vertrat der Generalbundesanwalt im vorliegenden Fall eine andere Auffassung als der *Senat*: Er stellte sich auf den Standpunkt, dass es mit der das landgerichtliche Urteil aufhebenden und zurückverweisenden Entscheidung vom 24.3.2015 sein Bewenden haben müsse.¹³ Folge dessen wäre gewesen, dass eine andere Strafkammer des Landgerichts Bochum die Sache neu hätte verhandeln und entscheiden müssen. An der hierfür im Beschluss knapp wiedergegebenen Begründung soll sich die nachfolgende Suche nach einer rechtlichen Grundlage für die Aufhebung orientieren.

1. Keine Unwirksamkeit oder Nichtigkeit

Der Generalbundesanwalt führt aus, der im März ergangene Beschluss nach § 349 Abs. 4 StPO sei zwar auf einer falschen Tatsachengrundlage ergangen, deswegen jedoch „weder unwirksam noch nichtig“.¹⁴ Was verbirgt sich hinter dieser Feststellung? Nach noch vorherrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur soll es Entscheidungen geben, die ein solches Maß an Fehlerhaftigkeit erreichen, dass daraus deren Nichtigkeit resultiert.¹⁵ Die Terminologie ist hierbei nicht einheitlich, gesprochen wird ebenso von der „Unbeachtlichkeit“ oder der „Unwirksamkeit“,¹⁶ dahinter steht jedoch stets die Überlegung, es müsse trotz tatsächlicher Existenz einer Entscheidung von deren rechtlicher Nichtexistenz ausgegangen werden. Insofern fühlt man sich an das (sonstige) öffentliche Recht erinnert, das etwa in § 44 VwVfG des Bundes, § 125 AO oder § 40 SGB X die Nichtigkeit von Verwaltungsakten umschreibt: Sie liegt vor, soweit die Entscheidung „an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden

Umstände offensichtlich ist“.¹⁷ Neben einem besonders gewichtigen Verstoß wird demnach auch die Evidenz des Fehlers gefordert. Diese Kriterien werden von den Anhängern der Lehre auf das Urteil im Strafprozess übertragen.¹⁸ Jedenfalls an einer solchen Offensichtlichkeit dürfte es vorliegend gefehlt haben, schildert der Sachverhalt (Rn. 4) doch, dass die neunseitige Ausfertigung gerade nicht als Entwurf erkennbar war. Damit war auch der Beschluss des *Senats* vom 24.3.2015 gerade nicht evident fehlerhaft.

Darüber hinaus begegnen der Lehre von der Urteilsnichtigkeit massive Bedenken. Mit der Nichtigkeit relativiert sich die formelle Rechtskraft der Entscheidung auch nach Auffassung der Rechtsprechung so weit, dass sie nicht im Wege eines förmlichen Verfahrens geltend gemacht werden muss, sondern jedem zu jeder Zeit gestattet, die richterliche Entscheidung schlicht zu ignorieren.¹⁹ Das Hauptargument gegen die Lehre von der Nichtigkeit liegt daher im Fehlen eines Verfahrens zur Feststellung derselben, der Unbeachtlichkeit ipso iure. In praktischer Anwendung bewirkt dies die unhaltbare Anweisung an die Vollstreckungsbehörde, die Vollstreckung zu unterlassen, wenn nach ihrer Einschätzung die Entscheidung nichtig ist und damit die eigene, nicht weniger irrtumsanfällige Beurteilung an die Stelle der gerichtlichen zu setzen.²⁰ Existenz und Einhaltung prozessualer Regeln sind, wie bereits zuvor betont, für die Akzeptanz einer Entscheidung jedoch von ganz massiver Bedeutung. Die Rechtsprechung distanziert sich daher zu Recht teilweise von der Theorie der Urteilsnichtigkeit: Der 3. *Strafsenat* des Bundesgerichtshofs spricht zurückhaltend von der „wohl noch“ herrschenden Meinung,²¹ der 4. *Strafsenat* lässt ausdrücklich offen, ob der Auffassung, es gebe nichtige Urteile, noch gefolgt werden könne und präsentiert zugleich eine Fülle von Gegenargumenten: „das rechtsstaatliche Gebot der Rechtssicherheit, das den Eintritt der Rechtskraft nach Ausschöpfung der formalisierten Rechtsbehelfe der Strafprozessordnung (einschließlich § 458 StPO) fordert; die Funktion des Wiederaufnahmeverfahrens zur Beseitigung von (denkbaren)

¹² Schmitt, JZ 1961, 15 (17).

¹³ BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris Rn. 6.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris Rn. 6.

¹⁵ Die Möglichkeit nichtiger Entscheidungen aktuell noch anerkennend bspw. Gericke, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 336 Rn. 7; Graalman-Scheerer, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, § 46 Rn. 25; Stuckenberg, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2012, § 260 Rn. 28; Beulke, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, Einl. Rn. 336; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 1873; Roxin/Schünemann (Fn. 9), § 52 Rn. 25 ff.

¹⁶ Grünwald, ZStW 76 (1964), 250 in Fn. 2 m.N.

¹⁷ Vgl. § 44 Abs. 1 VwVfG des Bundes und die wortgleichen Definitionen in den zuvor genannten Vorschriften.

¹⁸ Die Praxis hat jedoch kaum einen Fall hervorgebracht, in dem die Nichtigkeit tatsächlich bejaht wurde. In langer Tradition stellt die Rspr. jeweils abstrakt die Voraussetzungen der Nichtigkeit dar, verneint sie jedoch für den konkreten Fall, so etwa BGHSt 29, 351 (353); 33, 126 (127); 47, 270 (insoweit nicht abgedruckt) = JR 2003, 125 (126); BGH NStZ 1984, 279; NStZ 2009, 579 (580); OLG Koblenz NStZ 1981, 195; OLG Düsseldorf NJW 1988, 2811. Tatsächlich bejaht wurde die Nichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung in jüngerer Zeit allerdings vom OLG Köln (NStZ-RR 2002, 341, Urteil in einer Bußgeldsache ohne öffentliche Hauptverhandlung) sowie vom OLG München (NJW 2013, 2371) mit abl. Anm. Meyer-Göfner, StV 2013, 613 (Nichtigkeit wegen informeller Verständigung).

¹⁹ So RGSt 40, 271 (273); BGHSt 29, 351 (352); die Nichtigkeit wurde in den konkreten Fällen jeweils abgelehnt.

²⁰ Hierzu auch Grünwald (Fn. 1), S. 125.

²¹ BGH NStZ 2009, 579 (580).

Fehlentscheidungen; die mögliche Beeinträchtigung der Schutzfunktion des Grundsatzes *ne bis in idem*; der Schutz der Verfassungsbeschwerde und das Fehlen praktikabler Abgrenzungskriterien“.²²

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass der Beschluss vom 24.3.2015 volle Wirksamkeit erlangt hat. Dies kann entweder darauf gestützt werden, dass der Fehler hier gerade nicht, wie für die Nichtigkeit vorausgesetzt, „offensichtlich“ war oder vorzugsweise darauf, dass die Idee der Urteilsnichtigkeit *per se* abzulehnen ist.

2. Konsequenz: Erfordernis der Aufhebung des auf falscher Tatsachengrundlage ergangenen Beschlusses

Mangels Nichtigkeit sei, so der Generalbundesanwalt weiter, die (konstitutive) Aufhebung des ergangenen Beschlusses nötig, wofür es indes an einer rechtlichen Grundlage fehle.²³ Nun kommen wir zur eigentlichen Kernproblematik – der Bestandskraft von gerichtlichen Beschlüssen. Anders als dem Urteil wird diesen zum Teil eine geringere Verbindlichkeit unterstellt, die in Beschlussform ergangene Entscheidung soll also einfacher wieder aufzuheben sein.

Die leichtere Angreifbarkeit der im Beschlusswege ergangenen Entscheidung sieht sich jedoch dann erheblichen Bedenken ausgesetzt, wenn lediglich aus Gründen der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet wird, der Beschluss also an die Stelle des Urteils tritt. Denn wenn ein Gericht der Auffassung ist, die Entscheidung in dieser Weise treffen zu können und über die Tatsachen- und/oder Rechtsfragen nicht im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung entscheiden zu müssen, so darf das dem von der Entscheidung Betroffenen nicht zum Nachteil gereichen.²⁴ Er kann eine Entscheidung in der Hauptverhandlung üblicherweise nicht erzwingen, da gegen die Wahl der Entscheidungsform kein Beschwerderecht besteht. Handelt es sich um einen solchen urteilsersetzenden Beschluss, sollte demnach die Möglichkeit des nachträglichen Zugriffs auf die Entscheidung auch nur unter den für das Urteil geltenden Voraussetzungen bestehen. Die Gründe, warum die Aufhebung eines Urteils eines förmlichen Verfahrens bedarf, wurden zuvor dargestellt. Also bedarf es dann auch für die Aufhebung eines das Urteil ersetzenden Beschlusses einer gesetzlichen Grundlage.

Genau um einen solchen urteilsersetzenden Beschluss handelt es sich im Fall des § 349 Abs. 4 StPO. Die vom Gesetzgeber für das Revisionsverfahren vorgesehene Entscheidungsform ist – auch wenn dies angesichts der Rechtswirk-

lichkeit überraschen mag²⁵ – auch hier grundsätzlich das Urteil, § 349 Abs. 5 StPO. Nur in bestimmten Fällen soll über die Revision auch ohne Revisionshauptverhandlung durch Beschluss entschieden werden können. Dieser Verzicht auf die mündliche Verhandlung ändert nichts am Charakter der Entscheidung.²⁶ Es muss daher nach einer rechtlichen Grundlage für die Aufhebung des Beschlusses gesucht werden.

3. Keine Anhörungsrüge nach §§ 33a, 356a StPO

Da die Staatsanwaltschaft die Aufhebung begehrt, sind nach Auffassung des Generalbundesanwalts die §§ 33a und 356a StPO nicht anwendbar.²⁷ Dieses Ergebnis ist eindeutig, daher können die Ausführungen zur sogenannten Anhörungs- oder Gehörsrüge im Strafprozess entsprechend kurz gehalten werden: Die §§ 33a, 311a StPO, die nach der Plenumsentscheidung BVerfGE 107, 395 noch durch § 356a StPO für Entscheidungen des Revisionsgerichts ergänzt wurden,²⁸ betreffen die Nachholung des zuvor nicht gewährten, verfassungsrechtlich aber notwendigen rechtlichen Gehörs zu entscheidungserheblichen Tatsachen. Der hierdurch ermöglichte nachträgliche Zugriff auf die Entscheidung trotz gegebenenfalls in der Zwischenzeit eingetretener Rechtskraft versetzt das Verfahren in den *status quo ante* zurück. Der Ansatzpunkt ist allerdings eine prozessuale Sonderkonstellation,²⁹ als allgemeines Korrekturinstrument ist die Anhörungsrüge ebenso wenig konzipiert, wie sie im vorliegenden Fall tatbestandlich einschlägig ist. Die fehlende Antragsberechtigung der Staatsanwaltschaft folgt aus dem fehlenden Einbezug in

²⁵ Laut Tätigkeitsbericht des Bundesgerichtshofs, online abrufbar unter: http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service/Statistik/Taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte_node.html (17.11.2016) für das Jahr 2015 wurden von den im Berichtsjahr insgesamt erledigten 2.919 Revisionen 183 Fälle (= 6,3 %) durch Urteil entschieden.

²⁶ Von einer solchen Parallelität geht ersichtlich auch BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris in Rn. 8, aus, dort heißt es gerade „wie durch ein Verwerfungsurteil (§ 349 Abs. 5 StPO) rechtskräftig abgeschlossen“. Gleiches gilt übrigens auch für das – im Fall BGHSt 52, 119 betroffene – Verhältnis von § 260 Abs. 3 StPO zu § 206a StPO.

²⁷ BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris Rn. 6.

²⁸ Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör v. 9.12.2004, BGBl. I, S. 3220 (3221). Sie geht § 33a StPO vor (BT-Drs. 15/3706, S. 18), setzt jedoch im Gegensatz zur Anhörungsrüge nach § 33a StPO einen frist- und formgebundenen Antrag und die Glaubhaftmachung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung voraus (§ 356a S. 2 und 3 StPO).

²⁹ Speziell für das Revisionsverfahren käme in Betracht: Entscheidung vor Ablauf der Frist zur Gegenerklärung nach § 349 Abs. 3 S. 2 StPO; Nichtbeachtung dieser Gegenerklärung; Nichtvorlage der fristgerecht eingereichten Revisionsbegründung. Vgl. – auch darüber hinaus – Maul, in: Hannich (Fn. 15), § 33a Rn. 4 m.w.N.

²² BGHSt 45, 58 (61) im Kontext eines (willkürlichen) Verweisungsbeschlusses nach § 270 Abs. 1 S. 1 StPO; jedenfalls dort sei es angesichts „schwer erträgliche[r] Folgen für die Rechtssicherheit und die geordnete Rechtspflege“ verfehlt, die Nichtigkeit des Beschlusses anzunehmen (S. 61 f.). Vgl. hierzu auch die Anm. von Bernsmann, JZ 2000, 215.

²³ BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris Rn. 6.

²⁴ In diese Richtung auch Geppert, GA 1972, 165 (173 f.).

den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG, dessen Inkorporation in das einfache Recht die Vorschriften bezwecken.³⁰

4. Kein Wiederaufnahmegrund nach §§ 359 ff. StPO

Ein Wiederaufnahmegrund sei nicht ersichtlich, so die knapp wiedergegebene Einschätzung des Generalbundesanwalts,³¹ die auf den zweiten Blick jedoch überrascht. Denn betrachtet man den Titel des 4. Buches der Strafprozessordnung, so lautet dieser: „Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens“. Hätte daher nicht eigentlich schon die Feststellung genügt, dass die als Beschluss ergangene Entscheidung schon nicht Gegenstand eines Wiederaufnahmeverfahrens sein kann?

Klärend ist zunächst vorwegzuschicken, dass die Instanz für das Wiederaufnahmeverfahren keine Rolle spielt. Dass auch Entscheidungen des Rechtsmittelgerichts angegriffen werden können, ergibt sich implizit etwa aus § 140a Abs. 1 S. 2 GVG, denn dort heißt es: „Über einen Antrag gegen ein im Revisionsverfahren erlassenes Urteil entscheidet ein anderes Gericht der Ordnung des Gerichts, gegen dessen Urteil die Revision eingelegt war.“ Es verstärkt sich allerdings der Eindruck, dass das Wiederaufnahmeverfahren tatsächlich der Entscheidungsform „Urteil“ vorbehalten ist.

Im Ergebnis ist dies zu verneinen. Der Wortlaut des Gesetzes, in dem nur vom Urteil die Rede ist, kann konsequenterweise einer entsprechenden Anwendung auf Beschlüsse³² jedenfalls dann nicht entgegenstehen, wenn diese Beschlüsse Urteile ersetzen. Eine Sperrung des Wiederaufnahmeverfahrens würde im Ergebnis bedeuten, dem gerichtlichen Beschluss eine noch größere Bestandskraft zuzusprechen als dem Urteil. Diese Position wurde zwar vereinzelt vertreten, etwa in einer älteren Entscheidung des Landgerichts Hamburg, welches davon ausging, dass Beschlüsse ohnehin nie eine derart folgenschwere Wirkung hätten, dass durch sie der Rechtsfrieden oder das Gerechtigkeitsempfinden merklich gestört werden könnten und die nachträgliche Korrektur angezeigt wäre.³³ Dem ist entgegenzutreten: Mit der stetigen

Zunahme der attraktiven, weil ressourcenschonenderen Möglichkeit der Entscheidung im Beschlusswege ergehen mittlerweile vermehrt auch außerhalb der Hauptverhandlung für die Verfahrensbeteiligten einschneidende Entscheidungen. Dies gilt sowohl für urteilsersetzende als auch für urteilsergänzende Beschlüsse. Prägnantes Beispiel für letztere ist der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56f StGB.³⁴ Die im Beschlussverfahren ergehende Widerrufsentscheidung wirkt sich für den Verurteilten angesichts der nun folgenden Freiheitsstrafe oftmals existenzbedrohend aus und ist damit subjektiv für ihn meist folgenschwerer als der noch zur Bewährungsaussetzung führende Urteilsausspruch.³⁵ Es wäre dem Betroffenen nur schwer vermittelbar, dass er gegen das Grundurteil im Wiederaufnahmeverfahren nach den §§ 359 ff. StPO vorgehen kann, die nachfolgend ergangene Entscheidung allein aufgrund der Form, in der sie ergangen ist, für einen Angriff dort gesperrt ist. Die Auffassung, dass hinsichtlich in Beschlussform ergangener Entscheidungen kein Bedürfnis nach einem nachträglichen Zugriff entstehen könnte, lässt sich daher nicht halten.

Wie sähe nun die Anwendung des Wiederaufnahmeverfahrens auf den vorliegenden Fall aus? Formell betrachtet dürfte die Abänderung eines Beschlusses nach § 349 Abs. 4 StPO, der die zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision einstimmig für begründet erklärt, einen für diesen ungünstigen Zugriff auf die Entscheidung darstellen, sodass § 362 StPO einschlägig wäre. Eingangs wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Bekanntwerden neuer, tatsächlicher Umstände die Wiederaufnahme lediglich zugunsten des Betroffenen nach § 359 Nr. 5 StPO, nicht jedoch nach § 362 StPO zuungunsten ermöglicht.³⁶ Eine Wiederaufnahme nach

³⁰ Maul (Fn. 29), § 33a Rn. 1. Auch hier zeigt sich, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers für den Zugriff auf gerichtliche Entscheidungen formalisierte Bahnen geben soll: Mit der Erweiterung des § 33a StPO und der Einführung des speziellen Anhörungsrügeverfahrens gegenüber Revisionsentscheidungen wurde ein Großteil der zuvor über das nicht kodifizierte Institut der Gegenvorstellung behandelten Fälle einem gesetzlich geregelten Verfahren zugeführt, hierzu Frisch, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, Bd. 6, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 296 ff. Rn. 33a.

³¹ BGH, Beschl. v. 10.9.2015 – 4 StR 24/15, juris Rn. 6.

³² So übrigens auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 140a Abs. 1 S. 2 GVG: Unerheblich sei, ob die Revision durch Urteil oder Beschluss entschieden wurde, vgl. BGH bei Pfeiffer/Miebach, NSTz 1985, 492 (496).

³³ LG Hamburg MDR 1975, 246. Für die unbeschränkte Rechtskraft auch LG Freiburg JR 1979, 161 (162); AG Lahn-Gießen MDR 1980, 595, und erneut LG Hamburg NSTz 1991, 149 (150).

³⁴ Beispiel von Trepper, Zur Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse, 1996, S. 147 f.

³⁵ Hierzu etwa Groth, MDR 1980, 595 (596); Kunz, StV 2000, 569 (570); Lemke, ZRP 1978, 281 (282); Müller, JR 1997, 124. Zu den stigmatisierenden Wirkungen des (unberechtigt) angeordneten Vollzugs der Haftstrafe Hohmann, NSTz 1991, 507. Anders OLG Stuttgart wistra 2001, 239: der Widerruf treffe immerhin einen zu Recht Verurteilten.

³⁶ Die verschiedenen Begründungsansätze hierfür fasst BT-Drs. 13/3594, S. 7 zusammen: Zum einen wird auf die stärkere Stellung der Staatsanwaltschaft verwiesen, die im Hinblick auf das Belastungsmaterial von vornherein Befähigung und Pflicht zu umfassenden Ermittlungen treffe. Auch verletze ein zu Unrecht erfolgter Freispruch das Rechtsempfinden der Allgemeinheit in der Regel weniger als eine ungerechtfertigte Verurteilung. Letztlich dürfte entscheidend sein, dass es mit der Rechtskraft eines aus Mangel an Beweisen erfolgten Freispruchs – einer von der Verfahrensordnung ganz regulär vorgesehene Entscheidungsmöglichkeit, vgl. etwa § 267 Abs. 5 S. 1 StPO – nicht weit her wäre, wenn wegen jeder nachträglich hervortretenden Erkenntnis die Wiederaufnahme des Verfahrens gestattet wäre. In diesem Zusammenhang spielt selbstverständlich auch Art. 103 Abs. 3 GG eine Rolle, dessen Verbot der „Doppelbestrafung“ nach einhelliger Auffassung auch das Verbot der erneuten Verfolgung eines rechtskräftig Freigesprochenen erfasst (ne bis in idem).

§ 362 Nr. 1 StPO würde jedenfalls³⁷ daran scheitern, dass es sich bei dem Urteilsentwurf, der Gegenstand der ersten Entscheidung des Revisionsgerichts war, nicht um eine unechte oder verfälschte Urkunde gehandelt hat.³⁸ Die übrigen Wiederaufnahmegründe scheiden ersichtlich aus. Daher ist letztlich auch hier dem Generalbundesanwalt zuzustimmen: Es liegt kein Wiederaufnahmegrund vor.

5. Kein „übergesetzlicher Aufhebungsgrund“

Schließlich kommt nach der Auffassung des Generalbundesanwalts auch ein „übergesetzlicher Aufhebungsgrund“ nicht in Betracht. Wenngleich bei Verletzung grundrechtsgleicher Verfahrensrechte, insbesondere des Willkürverbots, vereinzelt ein Eingriff in die Rechtskraft der revisionsgerichtlichen Sachentscheidung erwogen wurde,³⁹ so ist auch diese Konstruktion im vorliegenden Fall tatsächlich jedenfalls nicht einschlägig. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet die Willkür bei Verhängung hoheitlicher Maßnahmen. Der Definition des Bundesverfassungsgerichts nach sind dies Entscheidungen, die bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und bei denen sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen.⁴⁰ Für sachfremde Erwägungen hinsichtlich der Einstellung des Entscheidungsentwurfes in die Datenbank oder der Versendung des Entwurfes an den Verteidiger bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Darüber hinaus ist schon fraglich, ob ein solcher Aufhebungsgrund, der an sich zur Wahrung der Rechte des Angeklagten konzipiert ist, eine für den Angeklagten nachteilige Änderung überhaupt zuließe. Letztlich wurde auch bereits mehrfach auf die Risiken des Eingriffs in die Bestandskraft gerichtlicher Entscheidungen ohne gesetzlich normierte Verfahrensregeln hingewiesen – nicht anders wäre die Anerkennung eines „übergesetzlichen Aufhebungsgrunds“ zu beurteilen. Der Unterschied zur Lehre von der Urteilsnichtigkeit dürfte im Wesentlichen allein darin bestehen, dass die Entscheidung nicht für „jedermann“ unbeachtlich ist, die Aufhebung in diesem Fall nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv wäre. Die damit

einhergehende Rechtsunsicherheit vermindert sich hierdurch jedoch nur peripher.

Statt sich über nicht kodifizierte Aufhebungsbefugnisse eine Art „Notausgang“ offen zu halten, dürfte es generell ertragreicher sein zu prüfen, ob nicht schon das geltende – geschriebene – Recht Handlungsoptionen bereithält. Dies kann naturgemäß an dieser Stelle nicht erfolgen.⁴¹ Gerade in den §§ 359 ff. StPO dürfte jedoch deutlich mehr Potenzial stecken, als gemeinhin vermutet wird.

V. Zusammenfassung

Letztlich ist der Rechtsauffassung des Generalbundesanwalts beizupflichten, nicht jedoch der Entscheidung des 4. Strafsenats – und zwar weder in der Begründung noch im Ergebnis. Die Aufhebung der Entscheidung nach § 349 Abs. 4 StPO bedurfte einer gesetzlichen Grundlage, eine tatsächlich tatbestandlich einschlägige Zugriffsmöglichkeit bestand in der vorliegenden Konstellation jedoch nicht.

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Sara Brinkmann, Düsseldorf

³⁷ Hinsichtlich des Merkmals „in der Hauptverhandlung vorgebracht“ wäre u.U. ein situationsspezifisches Verständnis möglich, denn letztlich wird hierdurch im Wesentlichen nur umschrieben, dass das Gericht seine Entscheidung auf eine bestimmte Grundlage – nämlich eine unechte oder verfälschte Urkunde – gestützt hat. Wo dies geschehen ist, sollte letztlich unerheblich sein.

³⁸ In der Konstellation, die der Entscheidung BGHSt 52, 119 zugrunde lag, wäre dies anders zu beurteilen, sofern man denn dem Sinn und Zweck der §§ 359 Nr. 1, 362 Nr. 1 StPO entsprechend auch die Verwendung einer aus einer mittelbaren Falschbeurkundung herrührenden Urkunde die Wiederaufnahme begründen lässt.

³⁹ Vgl. BGH wistra 2006, 271; BGH, Beschl. v. 7.2.2006 – 5 StR 481/05. Eine Verletzung des Willkürverbots wurde jeweils verneint.

⁴⁰ St. Rspr., vgl. BVerfGE 4, 1 (7); 13, 132 (150); 47, 239 (249); 59, 128 (160 f.).

⁴¹ Dies unternimmt die von der Verf. unter dem Titel „Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StPO – Möglichkeiten und Grenzen der Fehlerkorrektur über das strafrechtliche Wiederaufnahmeverfahren“ verfasste Dissertation (im Erscheinen).

Buchrezension

Otto Triffterer/Kai Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court, C.H. Beck, München, 3. Aufl. 2016, XXXIX, 2.352 S., € 370,-.

Fast zwanzig Jahre nach erfolgreichem Abschluss der Verhandlungen zum Rom-Statut für den Internationalen Strafgerichtshof liegt nunmehr bereits die dritte Auflage des international führenden Kommentars dazu vor. Der Initiator dieses Werkes, *Otto Triffterer*, hat selbst an der Rom-Konferenz sehr aktiv teilgenommen, das Erscheinen der 3. Auflage aber leider nicht mehr erlebt (vgl. dazu die Nachrufe von *Schmoller*, ÖJZ 2015, 767 bzw. GA 2015, 601, und *Lagodny*, JZ 2015, 825). Noch zu Lebzeiten hat er jedoch mit *Kai Ambos* einen der weltweit profiliertesten Wissenschaftler im Bereich des Internationalen Strafrechts als Mitherausgeber gewonnen. Allein die Tatsache, dass dieses Meisterwerk bereits in dritter Auflage vorliegt, spricht für sich. Beeindruckend ist auch die Liste der Autorinnen und Autoren (S. XIX-XXIII). Es handelt sich um Fachleute aus allen Rechtsordnungen und aus allen juristischen Sparten – von der internationalen Praxis und bis hin zur international aktiven Wissenschaft. Dies gewährleistet weiterhin höchstes Niveau und beste Verlässlichkeit.

Wie schon die Voraufgaben dient auch diese der internationalen und vor allem auch der nationalen Praxis als Nachschlagewerk und Referenz. Denn die Entscheidungen der internationalen Strafgerichtshöfe einschließlich der Ad-hoc-Gerichtshöfe sind inzwischen so zahlreich geworden, dass es einer integrativen Instanz bedarf. Diese Funktion erfüllt der Kommentar geradezu selbstverständlich. Auch der ICC selbst möchte nicht auf den Kommentar verzichten (siehe die Einführung von ICC-Präsident *De Gurmendi* S. XVII f.). Sehr wertvoll ist insofern die generelle Vorgehensweise: Grundsätzlich wird zuerst die Praxis des ICC dargestellt, dann diejenige der Ad-hoc-Tribunale und schließlich ergänzend die nationalen Strafrechtssysteme. In den Fußnoten findet man ergänzende Hinweise zur wissenschaftlichen Diskussion.

Aus meiner Sicht kommt dem Werk aber für die Wissenschaft und vor allem für die Strafrechtsvergleichung eine ganz wichtige Katalysator-Aufgabe zu. Das Rom-Statut und die Praxis des Internationalen Strafgerichtshofs stehen im Fadenkreuz der beiden großen Alternativ-Strukturen des Strafverfahrens: der von den Parteien (Anklage und Verteidigung) geprägte Common-Law-Prozess einerseits und das kontinentale Strafverfahren andererseits mit der Dominanz des Gerichts über die beiden Parteien. Hierin lag schon immer die Besonderheit des Rom-Statuts; denn anders als in wissenschaftlichen rechtsvergleichenden Arbeiten kann der Internationale Strafgerichtshof viele Fragen nicht offen lassen und aussprechen „we agree to disagree“. Der Gerichtshof muss vielmehr entscheiden, wie er es hält mit vielen praktischen Fragen, hinter denen die Systemunterschiede deutlich werden. Das gilt für so banal erscheinende Fragen, ob der/die Vorsitzende einen Zeugen aufrufen darf oder ob das nur die Staatsanwaltschaft bzw. die Verteidigung darf (siehe z.B. *Bitti*, Art. 64 Rn. 34 f.). *Broomhall* führt zu Recht aus

(Art. 51 Rn. 42-49), dass es sich um einen einzigartigen und zwingend notwendigen Kompromiss nationaler Rechtstraditionen und internationaler Normen handelt. Deshalb wird die Stärke oder Schwäche des Vorsitzenden nach Art. 64 Abs. 8b von *Bitti* unter Berufung auf *Blakesley* (Rn. 43) zu Recht als eine Bestimmung charakterisiert, die den Unterschied zwischen Continental und Common Law deutlich mache. Dies kommt auch in der Kommentierung von *Bergsmo/Kruger/Bekou* zu Art. 54 (Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations) zum Ausdruck. Diese Norm versucht einen Brückenschlag zwischen Dispositionsfreiheit und -obliegenheit der Parteien einerseits und dem Ausschluss von Dispositionen in einem Officialverfahren andererseits (Rn. 2).

Ob und welche Bestimmungen eines „Allgemeinen Teils“ oder „elements of crimes“ erforderlich sind und vor allem wie sie ggf. verbindlich werden können (oder eben nicht), ist kritisch dargestellt von *Gadirov/Clark* in den Erläuterungen zu Art. 9. Die Kommentierungen von Art. 17 (Zulässigkeit) durch *Schabas/El Zeidy* zum Erfordernis des „same case“ sowie insgesamt zu Art. 20 (Ne bis in idem) durch *Tallgren/Reisinger Coracini* sind wissenschaftlich etwa wichtig wegen des Prinzips ne bis in idem im nationalen, im europäischen und im internationalen Recht. Die Erläuterungen zu Art. 22 (Nullum crimen sine lege) durch *Broomhall* bzw. von Art. 23 (Nulla poena sine lege) durch *Schabas/Ambos* sowie von Art. 24 (Non-retroactivity ratione personae) durch *Pangalangan* sind für jede Arbeit wichtig, die sich mit diesen Prinzipien befasst – gleichgültig, ob es um die völkerrechtliche, die europarechtliche oder die nationalstaatliche Perspektive geht.

Die zentrale Vorschrift von Art. 25 (Individual criminal responsibility) wird in ihrer Bedeutung für die gesamten Fragen der Beteiligung mehrerer Personen konzise analysiert von *Ambos*. Spannend wird für mitteleuropäische Rechtsordnungen etwa sein, wie diese mit der Figur der „indirect co-perpetration“ (Art. 25 Rn. 14 f.) im nationalen Kontext umgehen werden. Besonders hervorgehoben sei auch die engagierte Darstellung von Art. 28 (Responsibility of commanders and other superiors) durch *Triffterer* (ab Rn. 85 zusammen mit *R. Arnold*), die dem Begründer des Kommentars wegen des für das Völkerstrafrecht grundlegenden Paradigmenwechsels (Rn. 5 ff.) ein besonderes Bedürfnis war. Dies gilt auch für den vorgelagerten Art. 27 (*Triffterer/Burchard*), der die offizielle Stellung einer Person für irrelevant erklärt.

Aus rechtsvergleichender Perspektive sind auch die Analysen von *Eser* zu Art. 31 (Grounds for excluding criminal responsibility) von besonderem Interesse. Sie stellen die mehrpolare Dogmatik des kontinentalen Strafrechts dem bipolaren Ansatz des Common Law gegenüber. Dieser unterscheidet vor dem Hintergrund eines Jury-Verfahrens nur zwischen „offence“ und „defence“, nicht aber innerhalb der Defences noch zwischen Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Strafwürdigkeits-/Strafbedürftigkeitsgründen.

Die Erläuterungen zu Art. 55 (Rights of persons during an investigation) durch *Hall/Jacobs* bieten Anlass zur Einbeziehung menschenrechtlicher Erkenntnisse. Als Europäer wird einem bewusst: Die langjährige Entwicklung auf europäischer Ebene durch den EGMR spielt für die Diskussion auf

universaler Ebene offensichtlich nur ganz am Rande eine Rolle (siehe Art. 55 Fn. 34 und 38), obwohl gerade die Themen von Art. 55 vom EGMR geprägt worden sind. Sehr viel deutlicheren und pointierteren Bezug zur EGMR-Praxis erkennt man bei *Schabas/McDermott* in der Kommentierung zu Art. 67 (Rights of the accused).

Diese wenigen Beispiele mögen genügen, um den ungemain inspirierenden Impetus dieses Kommentars für die Rechtsvergleichung zu illustrieren. Schon deswegen ist er zwingend für jede Bibliothek, die das notwendige Rüstzeug für juristische Arbeit im völkerstrafrechtlichen und im rechtsvergleichenden Bereich zur Verfügung stellen will.

Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg

Buchrezension

Simon M. Meisenberg/Ignaz Stegmiller, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing their Contribution to International Criminal Law*, Springer/Asser Press, International Criminal Justice Series Vol. 6, Den Haag 2016, 612 S., € 181,89.

Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (IMT), Internationaler Strafgerichtshof für das frühere Jugoslawien (ICTY), Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda (ICTR) und Internationaler Strafgerichtshof (ICC) – diese vier Institutionen gelten zu Recht als Meilensteine in der Entwicklung des Völkerstrafrechts. Das vorliegende Buch ist angetreten, um einer anderen Einrichtung die ihr gebührende Aufmerksamkeit zu verschaffen: den Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha, ECCC.

I. Die ECCC wurden 2006 errichtet. Sie sollen die Hauptverantwortlichen für schwerste Verbrechen des Regimes der Roten Khmer aburteilen. Die Roten Khmer hatten unter der Führung Pol Pots am 17.4.1975 die Herrschaft in Kambodscha übernommen. Ihrem agrarkommunistischen Schreckensregime, das durch den Einmarsch vietnamesischer Truppen am 6.1.1979 beendet wurde, fielen nach Schätzungen zwischen 1,4 und 2,2 Millionen Menschen zum Opfer.

Die ECCC sind hybrider, also gemischt national-internationaler Natur, eine Zwischenlösung zwischen direkter und indirekter Durchsetzung des Völkerstrafrechts. Sie urteilen über bestimmte schwere Straftaten nach nationalem Recht ebenso wie über die Völkerstraftaten des Genozids, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen. Die Kammern sind mit nationalen (drei von fünf bzw. vier von sieben) und internationalen Richtern besetzt. Des Rückwirkungsverbots wegen urteilen die ECCC auf der Grundlage des völkerstrafrechtlichen Status quo ante der 70er Jahre.

II. Die Herausgeber sind ausgewiesene Insider. *Meisenberg* arbeitete als rechtlicher Berater an den ECCC, *Stegmiller* promovierte bei *Kai Ambos* mit einer Arbeit zum Verfahren des Internationalen Strafgerichtshofs und arbeitete als technischer Berater für das kambodschanische Menschenrechtsaktionskomitee (CHRAK). Die im vorliegenden Buch versammelten Autoren sind meist junge Wissenschaftler und Praktiker des Völkerstrafrechts im Allgemeinen, aber auch Experten in Sachen ECCC im Besonderen. Ein Schlaglicht auf die Bedeutung des Buches wie der ECCC wirft das Vorwort von *Chang-Ho Chung*. *Chung* ist Richter am Internationalen Strafgerichtshof und war internationaler Richter an den ECCC.

Die 20 Beiträge des Sammelbandes sind drei großen Abschnitten zugeordnet. Auf eine Einführung folgen in einem ersten Teil Aufsätze zu „Geschichte, Errichtung, richterlicher Unabhängigkeit und Vermächtnis“ der ECCC. Der zweite Teil beschäftigt sich mit dem Beitrag der ECCC zum materiellen Völkerstrafrecht. Der dritte Teil ist dem Beitrag der ECCC zum internationalen Prozessrecht gewidmet. In einem ausführlichen Anhang finden sich das Gesetz zur Errichtung der ECCC, eine Bibliographie und ein Entscheidungsverzeichnis.

III. Die Lektüre des Buches lohnt sich keineswegs nur für originär völkerstrafrechtlich Interessierte. Ähnlich wie die Rechtsvergleichung durch die Analyse ausländischer Rechtsordnungen das Verständnis der eigenen fördert, schärft die Beschäftigung mit dem Völkerstrafrecht den Blick für Eigenheiten des nationalen Rechts. Das liegt insbesondere an zweierlei. Erstens befinden sich Völkerstraf- und Völkerstrafprozessrecht in einem noch jungen Entwicklungsstadium und zweitens werden beim Aufbau dieser Rechtsordnung Bausteine aus unterschiedlichen nationalen Rechtssystemen verarbeitet. Das Völkerstrafrecht führt den Juristen sozusagen ein Stück zurück zum juristischen Urknall.

Im vorliegenden Band wirft beispielsweise der Beitrag von *Sergey Vasiliev* zum „Trial Process at the ECCC“ (S. 389 ff.) ein Schlaglicht auf die national konkurrierenden Prozessmodelle. Die ECCC sind als Teil der kambodschanischen Strafjustiz grundsätzlich inquisitorisch strukturiert. Einzelne Regeln der „Internal Rules“¹ sehen aber adversatorische Elemente vor. *Vasiliev* exemplifiziert dieses Spannungsverhältnis unter anderem anhand der richterlichen Befragungsstrategien in der Hauptverhandlung. Im inquisitorischen Verfahren ist es der Richter selbst, der sein Verständnis des Falles durch Befragung der Zeugen herausbildet und hinterfragt, während im adversatorischen Verfahren die Parteien ihre jeweilige Sicht der Dinge, ihren Fall, durch Befragung der Zeugen zu untermauern versuchen. Die „Internal Rules“ der ECCC erlauben es dem Richter, die Befragung von Zeugen aus der Hand zu geben, sie primär in die Hände von Staatsanwaltschaft und Verteidigung zu legen und erst in zweiter Linie selbst ergänzende Fragen zu stellen.

Beide Strategien haben Vor- und Nachteile, vor allem aber sind sie nicht voraussetzungslos. Die befragenden Parteien müssen Gelegenheit haben, den Prozessstoff als ihren Fall zu strukturieren. An den ECCC findet aber eine gerichtliche Voruntersuchung statt. Der selbst befragende Richter dagegen muss über intime Aktenkenntnis verfügen. *Vasiliev* beschreibt, wie an den ECCC die Verlagerung der Befragung auf Staatsanwaltschaft und Verteidigung dazu benutzt wurde, den richterlichen Vorbereitungsaufwand zu reduzieren – und wie negativ sich das auf Struktur und Dauer des Verfahrens auswirkte.

Der Verfahrensumfang ist bei völkerstrafrechtlichen Massenverbrechen per se groß. An den ECCC wurde im Verfahren 002 außerdem besonders weit ausgreifend Anklage erhoben. Dissonanzen in der Verfahrensstruktur treten in Großverfahren besonders deutlich zutage. *Vasilievs* Analyse bestätigt: Wichtiger als die Wahl zwischen den Prozessmodellen ist die konsequente und harmonische Implementierung des gewählten Modells. *Damaška* hat in diesem Zusammenhang Verfahrensmodell und Staatsverständnis zueinander in Beziehung gesetzt.² Die internationale Gerichtsbarkeit sprengt den nationalen Bezugsrahmen und führt Justizpersonal ganz unterschiedlicher Prägung zusammen. Welche prozessualen

¹ Im Internet abrufbar unter:

<https://www.eccc.gov.kh/en/document/legal/internal-rules>.

² *Damaška*, ZStW 87 (1975), 713.

Regeln sich in diesem Schmelztiegel der Verfahrenskulturen herausbilden, bleibt mit Spannung zu beobachten.

IV. Die Beiträge des vorliegenden Sammelbandes spannen einen weiten Bogen. Im ersten Abschnitt zu „Geschichte, Errichtung, richterlicher Unabhängigkeit und Vermächtnis“ der ECCC zeichnet zunächst *Helen Jarvis* den steinigen Weg zur Errichtung der ECCC nach (S. 13 ff.). Nach dem Einmarsch vietnamesischer Truppen blieb der Sitz Kambodschas bei den Vereinten Nationen noch bis 1991 in den Händen der Roten Khmer. Erst 1997 war der Einfluss der Roten Khmer so weit zurückgedrängt, dass die kambodschanische Regierung sich mit der Bitte um Unterstützung bei der Aburteilung der Haupttäter an die Vereinten Nationen wandte. Die anschließenden Verhandlungen dauerten sechs Jahre, die Errichtung der ECCC nahm weitere drei Jahre in Anspruch. *Jarvis* beschreibt die damit verbundenen Schwierigkeiten in einem Land mit schwach entwickelter Infrastruktur und einer geringen Anzahl qualifizierter Richter. *Jarvis* betont aber auch, dass die ECCC bis heute zu einem positiven gesellschaftlichen Prozess beitragen. Bis März 2014 hatten schon über 450.000 Kambodschaner die Prozesse vor Ort mitverfolgen können. Am zweiten Verfahren nehmen nahezu 4.000 Personen als Civil Parties (Nebenkläger) teil.

Judy Oeung widmet sich vertieft den Erwartungen an die ECCC, Herausforderungen und Chancen (S. 103 ff.) im Spannungsfeld zwischen aktiver Opferbeteiligung, Wahrheitsfindung, Suche nach Gerechtigkeit und Streben nach Aussöhnung. *Shannon Maree Torrens* geht Vorwürfen der politischen Einflussnahme, der richterlichen Voreingenommenheit und der Korruption nach (S. 45 ff.).

Einer besonderen verfahrensrechtlichen Komplikation nimmt sich *Frank Selbmann* an (S. 77 ff.). Schon 1979 hatte ein Revolutionstribunal gegen Pol Pot und Ieng Sary, den früheren Außenminister, verhandelt. Ieng Sary wurde in Abwesenheit zum Tode verurteilt und später begnadigt. Vor den ECCC wurde Ieng Sary erneut angeklagt. *Selbmann* analysiert das 1979 geführte Verfahren und untersucht, ob das neuerliche Verfahren vor den ECCC gegen den Ne-bis-in-idem-Grundsatz verstößt. Der erste Abschnitt schließt mit einem Beitrag von *Viviane E. Dittrich* zum Vermächtnis der ECCC (S. 123 ff.) – einem Vermächtnis „in progress“.

V. Der zweite Abschnitt des Buches versammelt acht Aufsätze zum materiellen Völkerstrafrecht. *Franziska C. Eckelmans* analysiert die Entscheidung im Verfahren 001 gegen Kaing Guek Eav alias Duch, den Leiter des berüchtigten Gefängnisses S-21 (S. 159 ff.). Sie thematisiert dabei auch die für die Zuständigkeit der ECCC wichtige Frage, wer als Hauptverantwortlicher für die Verbrechen der Roten Khmer einzustufen ist. Anschließend bespricht *Russell Hopkins* die Entscheidung im Verfahren 002/01 gegen Nuon Chea alias „Bruder Nr. 2“ und Khieu Samphan, den ehemaligen Staatschef (S. 181 ff.). Prozessual hat dieses Verfahren Aufsehen erregt, weil die Hauptverfahrenskammer die einheitliche Anklage in zwei konsekutiv zu verhandelnde Teile aufspaltete. Dieser prozessualen Thematik widmet sich *Anne Heindel* im dritten Abschnitt des Buches (S. 435 ff.). *Hopkins* untersucht, inwieweit die Entscheidung im Verfahren 002/01 eine Brücke schlägt zwischen dem Nürnberger Prozess vor

dem IMT und dem heutigen Entwicklungsstand des Völkerstrafrechts, insbesondere in puncto Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Vorgesetztenverantwortlichkeit und Beteiligungslehre. *Lachezar Yanev* knüpft daran an und widmet sich speziell der Zurechnungsfigur des Joint Criminal Enterprise (S. 203 ff.). Die ECCC haben sich bislang gegen die Geltung der erweiterten Form („JCE III“) entschieden. *Yanev* geht der Frage nach, inwieweit diese Rechtsfigur in den 1970er Jahren als Völkergewohnheitsrecht nachgewiesen werden kann.

Mit dem Völkermordtatbestand beschäftigt sich *Mélanie Vianney-Liaud* (S. 255 ff.). Den Verbrechen der Roten Khmer fielen zahlenmäßig überwiegend Angehörige der Bevölkerungsmehrheit der Khmer zum Opfer, aber auch Angehörige von Minderheiten (u.a. Cham). *Vianney-Liaud* untersucht, ob der großangelegte sogenannte Autogenozid mit den Gruppenmerkmalen des Völkermordtatbestands erfasst werden kann und ob eine entsprechende Völkermordabsicht der zumindest teilweisen Zerstörung einer vom Tatbestand erfassenden Gruppe bestand.

Nathan Quick analysiert das Verhältnis zwischen Vertreibung und zwangsweiser Überführung im Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (S. 291 ff.). Unter den Roten Khmer fanden großangelegte Deportationen der Stadtbevölkerung aufs Land statt. Die zwangsweise Überführung ist im Gesetz zur Errichtung der ECCC noch nicht als eigene Tatbestandsvariante der Verbrechen gegen die Menschlichkeit enthalten. Das führte die ECCC zur – völkergewohnheitsrechtlichen – Einstufung als sonstiger unmenschlicher Akt im Sinne des Tatbestands. Der Beitrag von *Valerie Oosterveld* und *Patricia Viseur Sellers* beleuchtet im Anschluss daran das brisante Thema der Zwangsheirat als eines sonstigen unmenschlichen Akts (S. 321 ff.). Die Autorinnen gehen darüber aber noch weit hinaus und untersuchen umfassend den Umgang der ECCC mit sexueller und genderbasierter Gewalt. Sie kommen zu einem gemischten Ergebnis und setzen ihre Hoffnung in die ausstehenden Verfahren 003 und 004.

Die Anwendung des Kriegsverbrechenstatbestands im Verfahren 001 behandelt der Beitrag von *Noëlle Quénivet* (S. 353 ff.). *David Boyle* beschließt den zweiten Abschnitt des Buches mit seinem Beitrag zu Verjährungsfragen bei national kambodschanischen wie bei Völkerstrafatbeständen (S. 375 ff.).

VI. Den dritten Abschnitt zum internationalen Prozessrecht eröffnet der bereits erwähnte Beitrag von *Sergey Vasiliev* (S. 389 ff.). Es folgt der Beitrag von *Anne Heindel* zu den juristischen Fallstricken der Aufspaltung von Fall 002 in Teilverfahren (S. 435 ff.). *Heindel* kontrastiert das Ziel der Beschleunigung mit den Problemen, die sich aus der Aufspaltung ergaben: Den genauen Umfang der Beweisaufnahme im Verfahren 002/01 zu bestimmen, bereitete Schwierigkeiten und die Richter sehen sich für das Folgeverfahren dem Vorwurf der Befangenheit ausgesetzt. Prozessuale Mittel zu entwickeln, die Verfahren wegen völkerstrafrechtlicher Massenverbrechen einen handhabbaren Zuschnitt geben, bleibt eine immer neu gestellte Aufgabe.

Roger L. Phillips widmet sich dem Umgang der ECCC mit gebrechlichen Angeklagten. Er zählt allein 13 Zwi-

schenentscheidungen zur Frage der Verhandlungsfähigkeit in Fall 002 (S. 461 ff.). Im Anschluss daran thematisiert *Tobias Thienel* die Verwertbarkeit von durch Folter erlangten Aussagen (S. 491 ff.). Art. 15 UN-Antifolterkonvention bestimmt, dass durch Folter erlangte Aussagen nicht als Beweis verwendet werden dürfen, es sei denn zum Beweis der Aussage unter Folter im Verfahren gegen den der Folter Angeklagten. *Thienel* geht der Frage nach, ob eine Fernwirkung für andere Beweismittel besteht, auf die die Aussage unter Folter hinweist. Die Verteidigung im Verfahren 002/01 hat argumentiert, dass Entlastungsbeweise nicht von Art. 15 UN-Antifolterkonvention erfasst seien. Angesichts exzessiver Folterpraktiken der Roten Khmer wurde andererseits die Befürchtung laut, ein kompletter Ausschluss der von Folter infizierten Beweismittel könne ganze Verfahrensteile wegbrechen lassen (Nachweise S. 506, 511). Nach Redaktionsschluss des zu besprechenden Sammelbandes sind zu diesem Themenkomplex weitere, differenzierende Entscheidungen der ECCC ergangen (vgl. dazu Decision on Evidence Obtained through Torture vom 5.2.2016, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, zum Vorhalt und zur Konfrontation von Zeugen mit Informationen aus Aussagen unter Folter m.w.N.).

Die beiden letzten Beiträge des Bandes behandeln die Opferbeteiligung im Verfahren vor den ECCC. *Binxin Zhang* stellt einen Vergleich an zwischen den Opferbeteiligungsregelungen vor den ECCC und den Opferbeteiligungsregelungen vor dem Internationalen Strafgerichtshof (S. 515 ff.). *Ignaz Stegmiller* analysiert das progressive Modell der vollwertigen Civil Party Participation vor den ECCC (S. 535 ff.). Er konstatiert, dass erst eine Beschränkung der Civil Party Rights vor den ECCC zu einer Annäherung an das Beteiligungsmodell vor dem Internationalen Strafgerichtshof führte. Im Verfahren 002 wurden 3.866 Opfer als Civil Parties zugelassen. In der Folge kam es zu einer Änderung der Verfahrensregeln. Danach können Opfer in der Hauptverhandlung ihre Beteiligungsrechte nur noch als konsolidierte Gruppe und vertreten durch zwei Lead Co-Lawyers ausüben. *Stegmiller* resümiert, dass Opferbeteiligung im Strafverfahren mit den Rechten des Beschuldigten konfligiert. Zugleich erweist sich die Einbindung der Opfer aber als unabdingbar, soll nach Völkerrechtsverbrechen ein gesellschaftlicher Aussöhnungsprozess angestoßen werden. *Zhang* und *Stegmiller* schließen mit der Erwägung, dass es noch anderer, ergänzender, zu entwickelnder Mechanismen außerhalb des Strafverfahrens bedarf, um den legitimen Interessen der Opfer gerecht zu werden.

VII. Der von *Meisenberg* und *Stegmiller* herausgegebene Sammelband ist ein Füllhorn voller Denkanstöße für den interessierten Strafrechtler ebenso wie für den versierten Experten des Völkerstrafrechts. Dem Buch sind viele Leser zu wünschen.

*Stud. jur. Alexander Benz, Ref. jur. Tobias Römer,
PD Dr. Ken Eckstein, Marburg*

Buchrezension

Georgios Giannoulis, Studien zur Strafzumessung – Ein Beitrag zur Dogmatik, Rechtstheorie und Rechtsinformatik mit Vertiefung in den Eigentums- und Vermögensdelikten, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014, XXI, 454 S., € 119,-.

In seiner von *Neumann* betreuten Dissertation unternimmt *Giannoulis* den Versuch, auf der Basis der Lehre von der tatproportionalen Strafzumessung ein Strafzumessungsmodell zu erstellen und dieses mit der Hilfe von Strafzumessungstabellen und EDV-Programmen für den Gebrauch in der strafgerichtlichen Praxis aufzubereiten. Dabei besteht nicht der Anspruch, in jeder Hinsicht das geltende Recht abzubilden, denn einige der Grundannahmen (u.a. die Bewertung der Härte von Geld- und Freiheitsstrafen im Verhältnis von 1:3) lassen sich mit der *lex lata* nicht vereinbaren. Vielmehr geht es erst einmal darum, ein theoretisches Modell zu entwickeln, das auch in seinen Einzelschritten rational und überprüfbar ausgestaltet ist. Dabei bemüht sich *Giannoulis* sogar, bestimmte Positionen der aktuellen Rechtsprechung zu integrieren (u.a. die Entscheidungen des BGH zur Annahme eines „Vermögensverlustes großen Ausmaßes“ und zur Begrenzung des Anwendungsfeldes aussetzbarer Freiheitsstrafen im Falle des Erreichens bestimmter Schadenssummen). Die Überlegungen beschränken sich ferner auf die Strafzumessung bei Kernstraftaten gegen Eigentum und Vermögen (Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue, Sachbeschädigung, aber auch Hehlerei) einschließlich erschwerter Fälle. Hintergrund ist die gute Messbarkeit der hier in Rede stehenden Einbußen am Rechtsgut des Eigentums bzw. Vermögens, während schon bei Körperverletzungen eine Quantifizierung eingetretener Schäden die Vornahme zusätzlicher richterlicher Wertungen verlangt. Ausgespart bleibt zudem der gesamte Bereich derjenigen Straftaten, die sich entweder in Gefährdungen erschöpfen oder Allgemeingüter wie die Sicherheit des Straßenverkehrs oder des Rechtsverkehrs betreffen. Gleichwohl würde damit ein erheblicher Teil der vor den Amtsgerichten verhandelten Strafsachen erfasst. Am Ende gelingt es *Giannoulis*, eine zumindest partiell operationalisierbare Methode der Straffindung zu entwickeln, die wesentliche Positionen der Praxis integriert (z.B. zur Berücksichtigung von Vorstrafen) und damit konsensfähige Strafergebnisse zu generieren. Im Detail bestehen freilich, wie noch zu zeigen sein wird, einige Angriffsflächen für kritische Bemerkungen. Dennoch handelt es sich – das kann vorweggenommen werden, um eine sehr gehaltvolle Untersuchung, die wertvolle Erkenntnisse für die Strafzumessungswissenschaft liefert, welche der *Verf.* zu Recht als defizitär bezeichnet (S. 3 f.).

In dem ersten seiner fünf Hauptkapitel befasst sich *Giannoulis* mit den rechtstheoretischen und dogmatischen Grundlagen der Strafzumessung. Da die Grundlagenformel des § 46 Abs. 1 StGB (auch unter Zuhilfenahme von Abs. 2) außerstande erscheint, eine konkrete Strafzumessungsentscheidung zu beschreiben (S. 13), bevorzugt *Giannoulis* die im anglo-amerikanischen und skandinavischen Rechtsraum entwickelte, vor allem von *Hörnle* in ihrer vorzüglichen Dis-

sertation¹ in Deutschland bekannt gemachte Lehre von der Tatproportionalität, ohne diese noch im Einzelnen begründen zu wollen (S. 16). Die damit verknüpfte Absage an präventive Erwägungen im Rahmen der Einzelfallentscheidung entspräche der Praxis, wo diese eine marginale Rolle spielten, während die Orientierung an der Tatschwere zu gerechten, fairen und rechtssicheren Bestrafungen führe (S. 14 f.). Vorausgesetzt wird dabei, auch auf Rechtsfolgenseite eine Bewertung der Strafschwere vornehmen zu können, was insbesondere die Austauschbarkeit von Freiheitsstrafen und Geldstrafen im zurzeit gesetzlich vorgesehenen 1:1-Maßstab in Frage stellt (S. 20 f.). Als diskussionsbedürftig erweist sich zudem die Behandlung von täterbezogenen Strafzumessungsgründen wie Nachtatverhalten, Vorstrafen, Beweggründe und Strafempfindlichkeit, die von der „reinen Lehre“ der Tatproportionalität als unbeachtlich bezeichnet werden, in der Praxis aber wichtige Rollen spielen (S. 21 f.). Präventionserwägungen könnten sodann bei der Wahl der Straffart berücksichtigt werden, was *Giannoulis* als eine Art „Wiederbelebung der Stellenwerttheorie“ bezeichnet (S. 25). Das leitet zu ausführlicheren Überlegungen zur rechtstheoretischen Begründung des Strafzumessungsaktes über, vor allem zu der Frage, ob es die einzig richtige Strafentscheidung (i.S.d. alten Punktstraftheorie) geben kann oder ein Spielraum oder Rahmen existiert, der eine Mehrzahl möglicher Ergebnisse bezeichnet. Gegen eine gewisse Beliebigkeit der Strafergebnisse, die ein Schuldrahmen notwendigerweise mit sich bringt, führt *Giannoulis* nicht nur Argumente der Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung ins Feld, sondern fragt mit Recht auch, welchen Richtigkeitsanspruch ein Urteil erheben könne, das für sich nicht in Anspruch nehme, die einzig zutreffende Tatbewertung vorzunehmen (S. 38 ff.). Die Wahrheitskonzeption der Spielraumtheorie leuchte daher nur für die Perspektive des Revisionsrichters ein, dem eine über die Vertretbarkeitskontrolle hinausgehende Richtigkeitsprüfung schon aus Kapazitätsgründen verwehrt sei (S. 45). Gleichwohl verfißt *Giannoulis* die Punktstraftheorie nicht in ihrem ursprünglichen Sinn, sondern nur als „regulative Idee“ (S. 47): Der Rechtsanwender solle den Anspruch erheben, die einzig richtige (weil tatproportionale) Strafe zu finden und diese Entscheidung nachvollziehbar zu begründen; die Kontrolle dieser Entscheidung wird sich danach, wenn ich es recht verstehe, auf die Rationalität ihrer Begründung zu begrenzen haben.

Im zweiten Kapitel untersucht *Giannoulis*, welche Umstände Einfluss auf die Tatschwere nehmen. Dabei gerät zunächst der Begriff der Strafzumessungsschuld in den Blick, die er im Sinne verschuldeten Unrechts versteht, das sich von der Tatschuld (i.S.d. Anders-Handeln-Könnens) ableite und deswegen keine Schuldsteigerungen über die Vollform hinaus, sondern allein die Berücksichtigung von Schuldmitderungen erlaube (S. 82 f.). Das grenzt täterspezifische Strafzumessungserwägungen nicht schlechthin aus, sondern begrenzt diese lediglich (S. 86).

Ausgangspunkt ist natürlich das Erfolgsunrecht (S. 94 ff.), aber auch das Handlungsunrecht spielt in *Giannoulis*‘

¹ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999.

Modell eine Rolle. Es wird zum einen durch die Tatbegehung bestimmt (etwa ob ein Laden- oder ein Taschendiebstahl erfolgt, S. 108), zum anderen auch durch subjektive Aspekte wie die Beweggründe und die Vorsatzform des Täters. Beim Diebstahl ist dabei Absicht die Regel, während *dolus eventualis* eine absolute Ausnahme darstellt (und folglich strafmildernd wirken müsste, S. 114 f.). Schuld-mildernd wirken die klassischen Konstellationen der §§ 17, 21 und 35 StGB, sofern es nicht zu einem vollständigen Schuldausschluss kommt (S. 115 f.). Jenseits der Schuld will *Giannoulis* unter anderem fehlende Vorstrafenbelastung, erhöhte Strafempfindlichkeit, Tatfolgen beim Täter, Tatprovokation, Verstreichen überlanger Zeit seit der Tat oder innerhalb des Verfahrens verorten, die unter dem Oberbegriff „unerwarteter Härte“ firmieren (S. 120, 135) und eine geminderte Strafwürdigkeit indizieren. In diesem Kontext erinnert der *Verf.* allerdings an den tatproportionalen Ansatz und erteilt deswegen einer beliebigen Ausdehnung der Honorierung von Nachtatverhalten eine deutliche Absage (S. 131 f.). Dies gilt insbesondere für das Geständnis, das allenfalls bei Vermeidung einer sekundären Viktimisierung des Tatopfers strafmildernd wirken dürfe (S. 132 f.). Alles Übrige könne bestenfalls bei der Sanktionenwahl berücksichtigt werden (S. 135).

Hinsichtlich der Vorstrafen löst *Giannoulis* das Dilemma zwischen strafscharfender Berücksichtigung und Tatproportionalität durch einen eleganten Trick: Nicht die Vorstrafenfreiheit, sondern die mäßige Vorstrafenbelastung (von etwa zwei Vorverurteilungen) bilde den strafzumessungsrechtlichen Normalfall, weshalb weniger Belastete eine Strafmilderung erfahren könnten, während es jenseits dieses Normalfalls bei der tatproportionalen Strafe zu bleiben habe (S. 136 ff., 285 ff.). Auf diese Weise wird ein vernünftig klingender Kompromiss erzielt, der einerseits erlaubt, zwischen Erst- und Wiederholungstätern zu differenzieren, der andererseits aber Täter jenseits der zwei Vorbelastungen gleich behandelt.

Soweit es um die persönliche Strafempfindlichkeit geht, mag man bezweifeln, ob tatsächlich eine Nachsicht gegenüber älteren Tätern falsche, kriminalitätsfördernde Signale setzt, wie *Giannoulis* befürchtet. Auch die Begründung einer Rücksichtnahme gegenüber Schwangeren wegen der Stigmatisierung des noch ungeborenen Kindes überzeugt mich nicht, denn eine solche unverdiente Nebenwirkung der Strafe dürfte gleichermaßen gegenüber Ehegatten oder bereits geborenen Kindern eintreten (S. 154). Für Fälle geminderter Strafwürdigkeit auf Grund von Rechtsstaatsdefiziten (Tatprovokation, überlange Verfahrensdauer) befürwortet *Giannoulis* die Vollstreckungslösung des BGH,² und zwar auch, soweit ein Vollstreckungsabschlag dort als lediglich nachrangige Maßnahme gegenüber einer vorrangigen Berücksichtigung bei der Strafzumessung konzipiert wird. Gegen eine konsequente Trennung von Strafzumessung und Vollstreckungsabschlag bringt er den Vorzug eines flexibleren und damit besseren Härteausgleichs ins Spiel (S. 167 f.), was ein wenig verwundert, wo es doch gerade darum gehen sollte, undurchsichtige Straf-

zumessungsvorgänge vorhersehbarer und anwendungssicherer zu gestalten.

Im dritten Kapitel geht es zunächst um die jeweils getrennte Bewertung der Delikts- und der Strafschwere (S. 169 ff.). Für die Deliktsschwere vermag der Strafrahen nur bedingt Hinweise zu erteilen, weil die gesetzlichen Strafrahen recht unsystematisch gesetzt sind (S. 183). *Giannoulis* bevorzugt vielmehr das Modell der Beeinträchtigung der Lebensqualität des Tatopfers, welches bereits von *Hörnle* entwickelt worden war³ (S. 189 ff.). Bei den von *Giannoulis* ins Auge gefassten Vermögensdelikten wird die Einordnung selbstverständlich durch die exakte Messbarkeit des Schadens begünstigt. Allerdings entwickelt er in der Folge keine lineare Beziehung zwischen Schaden und Strafe, sondern auf der Basis der Erkenntnisse der Psychophysik eine Schadensskala unter Einsatz einer Potenzfunktion (S. 196 ff., 205 ff.), was dem Umstand Rechnung trägt, dass Mehrschäden ab einer gewissen Schadenshöhe die Tatschwere weit weniger beeinflussen als im Falle von Kleinstschäden. Im Ergebnis gelangt er so bei einer Verzehnfachung der Schadenssumme zu einer Verdoppelung der Tatschwere (S. 209).

Bei der Bewertung der Strafschwere sind zunächst die unterschiedlichen Strafarten zueinander ins Verhältnis zu setzen (S. 213 ff.), wobei diese Überlegungen selbstverständlich primär *de lege ferenda* erfolgen müssen, weil das geltende Recht eindeutig von der Gleichsetzung zwischen beispielsweise 30 Tagessätzen Geldstrafe sowie einem Monat Freiheitsstrafe ausgeht, gleich ob bedingt oder unbedingt verhängt. Aber selbst wenn man sich von den Bindungen der *lex lata* löst, so erweist sich die Einordnung der Bewährungsstrafe als offenbar unlösbares Problem, weil immer die Möglichkeit eines Widerrufs mit anschließender Vollstreckung bedacht werden muss. *Giannoulis* plädiert am Ende daher für eine 1:3-Umrechnung zwischen Geldstrafe einerseits und unbedingter wie bedingter Freiheitsstrafe andererseits (S. 218), was ersichtlich keinen Königsweg, sondern einen notgedrungen akzeptierten Kompromiss darstellt. Seine weiteren Überlegungen, die Dauer der Bewährungszeit von der Straflänge abhängig zu machen (S. 222 ff.), mag man freilich als überzogen ansehen. Das Verhältnis von Strafhöhe zu Strafhärte ist ebenfalls nicht zwingend linear zu beschreiben (S. 225 ff.), wobei *Giannoulis* Untersuchungen des KFN zur Strafhärteskalierung heranzieht (S. 234 ff.), gegen die allerdings m.E. methodische Bedenken vorzutragen sind, weil sie lediglich auf Befragungen einer recht geringen Zahl von Strafrichtern basieren. Von daher mag man die umfangreichen Tabellen zur Strafschwere (S. 239 f., 248 ff.) im Ergebnis plausibel finden; zwingend abgeleitet erscheinen sie mir nicht.

Nachdem damit Delikts- und Strafschwere jeweils isoliert untersucht sind, wird im vierten Kapitel der Versuch unternommen, im Rahmen der sog. Umwertung beide in Beziehung zueinander zu setzen (S. 251 ff.). In diesem Zusammenhang wird zunächst nochmals die traditionelle Strafzumessungsdogmatik kritisiert, um sodann das Erfolgsunrecht als Einstiegsgröße herauszustellen. Natürlich entstehen hier

² BGHSt 52, 124, mit Besprechung *Heghmanns*, ZJS 2008, 197.

³ *Hörnle* (Fn. 1), S. 226 ff.

Schwierigkeiten, soweit die Tat im Versuch steckenbleibt (S. 265 f.), weshalb *Giannoulis* wohl auch eine obligatorische Versuchsmilderung vorschwebt, wobei die Tatschwere anhand des beabsichtigten Erfolges zu messen sei. Angreifbar erscheint dies vor allem deshalb, weil beim Versuch im Grunde alleine Handlungsunrecht vorhanden ist und dieses daher Ausgangspunkt der Tatbewertung sein müsste. Hier gleichwohl das (beabsichtigte) Erfolgsunrecht als Basis zu nehmen, erweckt den Eindruck, als sollte dessen beherrschende Rolle um keinen Preis in Frage gestellt und dafür ein Begründungsdefizit in Kauf genommen werden. Man darf auch bezweifeln, ob die Unterschiedlichkeit bestimmter Handlungsformen (Ladendiebstahl einerseits, Taschendiebstahl andererseits) nicht die Quantifizierungen anhand der Tatbeute so sehr überlagert, dass im Grunde hier andere Deliktsformen vorliegen, bei welchen die jeweilige Schadenshöhe sich zu einem sekundären Faktor wandelt. Als Zwischenresultat stellt *Giannoulis* eine zunächst noch auf sieben Schwerestufen des Erfolgsunrechts bezogene Skala vor, die mit entsprechenden Strafquanten korrespondiert (S. 273, z.B.: „niedriges Erfolgsunrecht“ [2. Stufe] entspricht 30-180 Tagessätzen Geldstrafe oder bis zu zwei Monaten Freiheitsstrafe). Der nächste Schritt wäre nun, die Erfolgsunrechtsstufen mit bestimmten Schadenshöhen zu verknüpfen und Hinweise für Modifikationen durch Handlungsunrecht, Schuld oder andere Faktoren zu geben, wofür *Giannoulis* grundsätzlich unverbindliche Empfehlungen einer einzurichtenden Strafzumessungskommission als besten Weg bezeichnet (S. 296 ff.). Gegen den Vorwurf zu großer Schematisierung führt er dabei die Entwicklungen in der Rechtsprechung (z.B. zur Nichtaussetzungsfähigkeit von Strafen jenseits bestimmter Schadenssummen) ebenso ins Feld wie die in der Praxis offenbar längst verwendeten Straftabellen für Steuerhinterziehung (S. 302 ff.). Strafzumessungstabellen setzten den so eingeschlagenen Weg im Grunde nur konsequent fort.

Giannoulis belässt es aber nicht dabei, sondern entwickelt im 5. Kapitel sowohl eine präzisierte Strafzumessungstabelle für Eigentums- und Vermögensdelikte als auch alternativ ein computergestütztes Entscheidungsunterstützungssystem. Dabei gerät eingangs nochmals die Vergleichbarkeit der §§ 242, 246, 259, 263, 266 und 303 StGB in den Blick, für welche der *Verf.* immerhin elf Argumente ins Feld führt (S. 316 ff.). Völlig einzuleuchten vermag mir dies dennoch nicht, vor allem hinsichtlich der Unterschlagung (mit ihrem tendenziell deutlich geringeren Handlungsunrecht), der Hehlerei (deren Tatschwere sehr stark von den Rahmenbedingungen der Tathandlung abhängt) und der Untreue (bei welcher mit der Treuepflichtverletzung ein stets sehr starkes Handlungsrechtselement hinzukommt). Dem trägt *Giannoulis* allerdings auch ein Stück weit Rechnung, wenn er schematische Verschiebungen innerhalb der Deliktsschwereskala als Möglichkeit in den Raum stellt (S. 319). Er entwickelt sodann eine hundertstufige Schwereskala für Schadenssummen bis knapp über 500.000 € (S. 324 f.), die sodann mit bestimmten Strafhöhen – bis max. 24 Monate Freiheitsstrafe – verknüpft wird (S. 327 ff.). Für Qualifikationen und besonders schwere Fälle kann diese Tabelle ebenfalls nutzbar gemacht werden, indem eine jeweils festzulegende Konstante addiert wird (S. 347).

Nicht erfasst werden bislang Verschiebungen durch abweichendes Handlungsunrecht, Schuld- oder sonstige Strafmilderungsgründe. Auch insoweit sollen Hoch- oder Herunterstufungen innerhalb der Tabelle erfolgen, die allerdings bestimmte Grenzen nicht überschreiten dürften, um die Tatproportionalität nicht prinzipiell in Frage zu stellen. *Giannoulis* schlägt dazu vorläufig Verschiebungen um 10-15 Einheiten (Handlungsunrecht) bzw. 10 Einheiten (Schuldminderungen) auf seiner hundertstufigen Skala vor. Reduzierungen um 5-7 Rangplätze schließlich könnten sonstige Strafmilderungen bewirken, unter anderem die fehlende Vorstrafenbelastung (S. 351). *Giannoulis* diskutiert aber auch andere Größenordnungen, wobei Strafmilderungen bis zu 50 % bewirkt werden könnten (S. 352 ff.). Dabei legt er sich bewusst nicht auf ein bestimmtes Ergebnis fest, weil es dazu weiterführender Diskussion bedürfe (S. 354).

Alternativ vorgestellt wird abschließend ein auf der Fuzzy-Logik beruhendes Softwareprogramm zur Entscheidungsvorbereitung (S. 368). Die Fuzzy-Logik trägt dem Umstand Rechnung, dass benachbarte Kategorien wie „leicht“ und „mittelschwer“ nicht trennscharf zu unterscheiden sind, sondern Überschneidungsmengen aufweisen. Verknüpft man mehrere solcher unscharfen Kategorien (wie Abstufungen von Erfolgs- und Handlungsrecht sowie Strafschwere), dann lässt sich rechnerisch trotz der integrierten Unschärfen ein präzises Resultat (in Gestalt einer bestimmten Strafhöhe) errechnen. Freilich: Der Rechtsanwender vermag dieses ihm sodann vorgesetzte Ergebnis nicht ohne weiteres nachzuvollziehen (S. 393), was seine Tauglichkeit für die richterliche Praxis wohl erst einmal nachhaltig in Frage stellen dürfte. Eine prägnante Zusammenfassung schließt sodann das Buch ab (S. 409-421).

Man muss, um das Werk von *Giannoulis* zu schätzen, kein Anhänger der Lehre von der Tatproportionalität der Strafe zu sein. Denn über die Berechtigung, präventive Aspekte aus dem Strafzumessungsvorgang komplett zu eliminieren, mag man streiten und gegen die mit der Tatproportionalität einhergehende Reduktion von Strafzumessungserwägungen etliche Einwände formulieren, was ich dem Leser an dieser Stelle ersparen möchte. *Giannoulis'* Kritik an der herrschenden Spielraumtheorie, diese liefere keine nachvollziehbare Methodik und keine vorhersehbaren Strafergebnisse, bleibt dennoch berechtigt und sein Versuch, den Vorgang der Umwertung zu rationalisieren, verdient schon deshalb uneingeschränktes Lob, weil er im Kern nicht zwingend mit der Tatproportionalität verbunden sein muss, sondern auch auf anderer strafzumessungstheoretischer Basis eine operationalisierbare Vorgehensweise beschreibt. Denn dass die Tatschwere zu irgendeinem Zeitpunkt des Strafzumessungsaktes bewertet und in ein (vorläufiges) Strafmaß umgewertet werden muss, ist nun einmal unbestreitbar. Ob anschließend noch weitere Faktoren zu berücksichtigen sind, steht auf einem separaten Blatt. Vor diesem Hintergrund stellen *Giannoulis'* „Studien“ einen wertvollen Beitrag zur Diskussion dar, mag man auch an einzelnen Stellen Bedenken anmelden. Der *Verf.* erhebt zudem gar nicht den Anspruch, das letzte Wort gesprochen zu haben, was nicht nur mehrfache Verweise auf noch zu führende Diskussionen verdeutlichen, sondern auch

der bereits eingangs erwähnte, begrenzte thematische Zchnitt. Denn für andere, weniger gut quantifizierbare Erfolgsdelikte (wie Körperverletzungen), für Delikte ohne Erfolgsunrecht (z.B. die Urkundenfälschung) und auch für Teilnahmekonstellationen bedarf es ergänzender, vielleicht auch völlig anderer Überlegungen, wie die betreffenden Taten im Einzelfall zu gewichten sein werden. Gleichwohl, und das ist das wichtigste Ergebnis der Lektüre, erahnt man die Leistungsfähigkeit einer so entwickelten Strafzumessungstabelle, die ja nur ein Zwischenergebnis der Straffindung generiert und dem Richter die Möglichkeit belässt, über die Bewertung des Handlungsunrechts und weiterer Faktoren wie der Strafempfindlichkeit und der fehlenden Vorstrafen zu einzelfallgerechten Strafen zu gelangen. Selbstverständlich müssen auch die Zuordnungen der konkreten Strafen gerade im Bereich geringer Schäden nicht unbedingt das letzte Wort darstellen. Wenn man dies berücksichtigt, so verliert der auf der Hand liegende Einwand einer unangemessenen Mathematisierung und Schematisierung richterlicher Tätigkeit weitgehend seine Berechtigung und die anfängliche Skepsis, die auch ich nach der Lektüre der Einleitung entwickelt hatte, weicht der Anerkennung für eine abgewogene und die strafferichterliche Praxis nie aus den Augen verlierende Strafzumessungsmethodik. Sie mag, weiter entwickelt, in der Tat das Potenzial besitzen, dem Strafrichter eine operationalisierbare Entscheidungsanleitung zu liefern, die ihm hilft, die angemessene Strafe zu finden, ohne ihn zu bevormunden.

Das Buch überzeugt zudem durch eine angenehme, das Lesen erleichternde Sprache und eine stets präsente Führung des Lesers durch die Materie. Wenn etwas stört, so die mitunter etwas überzogenen Abkürzungen (so etwa TP für Tatproportionalität, bFS und unFS für bedingte bzw. unbedingte Freiheitsstrafe, SVS für Strafverfolgungsstatistik), auf die man gut hätte verzichten können, ohne damit den Buchumfang unangemessen zu vergrößern. Von dieser Marginalie abgesehen kann ich das Werk jedem strafzumessungsrechtlich Interessierten als eine bereichernde Lektüre empfehlen.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster