

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse LL.M., Frankfurt a.M.

INTERPOL Red Notices und das Verbot der Doppelbestrafung– quo vadis?

Zugleich eine Besprechung von EuGH, Urteil v. 12. Mai 2021

I. Einführung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich mit Urteil vom 12. Mai 2021 erstmals zu der Frage der Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung (ne bis in idem) bei Auslieferungsverfahren mit Drittstaaten anlässlich einer INTERPOL Red Notice positioniert. Zuvor hatte das Oberlandesgericht Frankfurt am Main am 19. Mai 2020 in einem Auslieferungsverfahren, dem ein Auslieferungersuchen der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) zugrunde lag, bereits weitsichtig entschieden, dass Art. 54 SDÜ im bilateralen Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten Anwendung findet, wenn der Verfolgte bereits wegen derselben Tat in einem Vertragsstaat rechtskräftig strafrechtlich sanktioniert wurde und sich der Heimatstaat des Verfolgten auf dieses Auslieferungshindernis beruft.¹

Nach Auffassung des EuGH steht das im EU- und Schengen-Recht verankerte Verbot der Doppelbestrafung der Festnahme einer Person aufgrund einer Red Notice entgegen, wenn in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung die Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung wegen derselben Tat festgestellt wurde, auf die sich die Red Notice bezieht. Der EuGH legt den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union insofern auf, Rechtsschutzmöglichkeiten einzurichten, damit eine solche gerichtliche Entscheidung zur Anwendbarkeit von ne bis in idem auf nationaler Ebene erwirkt werden kann.

Auch wenn eine solche Rechtsschutzmöglichkeit dem Grunde nach begrüßenswert ist, stellt sich die Anschlussfrage, ob hierdurch für Betroffene einer Red Notice tatsächlich Rechtssicherheit geschaffen wird. Der EuGH hat sich letztlich lediglich zu dem „Musterfall“ geäußert, der auch Grundlage der Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden war: Wenn der Betroffene Kenntnis von einem internationalen Festnahmeersuchen hat, soll nach nationalem Recht ein Rechtsweg offenstehen, um die Anwendbarkeit von ne bis in idem gerichtlich – oftmals im europäischen Heimatland – feststellen zu lassen.

In vielen Fällen haben Betroffene einer Red Notice jedoch keinerlei Kenntnis darüber, dass ein internationales Festnahmeersuchen gegen sie vorliegt. Die Festnahme im EU- und Schengen-Gebiet ist auch nach der Rechtsprechung des EuGH weiterhin zulässig, um dann die entsprechenden Informationen zur Überprüfung der Anwendbarkeit von ne bis in idem einzuholen.

>

¹ OLG Frankfurt am Main, 2 AusIA 3/20, StV 2020, 620, m. Anm. Gazeas.

Rechtsanwalt Dr. Björn Kruse LL.M., Frankfurt a.M.

INTERPOL Red Notices and the Prohibition of Double Jeopardy - quo vadis?

Also a comment on European Court of Justice's judgement of May 12, 2021

I. Introduction

In its ruling of May 12, 2021, the European Court of Justice (ECJ) took a position for the first time regarding the applicability on the prohibition of double jeopardy (ne bis in idem) in extradition proceedings with non-member states due to an INTERPOL Red Notice. Previously, on May 19, 2020, in extradition proceedings based on a request from the United States of America (USA), the Higher Regional Court of Frankfurt am Main had already ruled that Art. 54 of the Schengen Convention applies in bilateral extradition proceedings with third countries if the person concerned has already been sanctioned under criminal law for the same act in a Contracting State to the Schengen Agreement and the home state of the person concerned raises the principle of ne bis in idem.¹

According to the ECJ, the prohibition of double jeopardy in EU and Schengen Law precludes the arrest of a person based on a Red Notice if the applicability of the prohibition of double jeopardy has been established by a final court decision in a Contracting or Member State regarding the same acts as those on which the Red Notice is based. In this respect, the ECJ requires the Member States of the European Union to establish legal remedies to obtain a court decision on the applicability of ne bis in idem at the national level.

Even though further legal protection through legal remedies are helpful, the follow-up question is whether legal remedies provide legal certainty for persons affected by a Red Notice. The ECJ ultimately only ruled on the “textbook case”, which was the basis of the request for a preliminary ruling by the Administrative Court of Wiesbaden: the person concerned was aware of an INTERPOL Red Notice, while being in the European home country. Therefore, legal remedies should be available under national law to determine the applicability of ne bis in idem by a court.

However, in many cases of a Red Notice, persons concerned are not aware that an international arrest request has been issued against them. According to the ECJ, ne bis in idem does not preclude an arrest in Contracting and Member States in order to obtain the relevant information from the competent authorities of the Contracting or Member State to verify the applicability of ne bis in idem.

* The footnotes refer mainly in German to the original German references.

¹ OLG Frankfurt am Main, StV 2020, 620 ff., m. Anm. Gazeas.

Dieser Beitrag bespricht die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 und zeigt einzelne praxisrelevante Fallkonstellationen im Zusammenhang mit internationalen Festnahmeersuchen und die in diesen Fällen weiterhin bestehende Rechtsunsicherheit auf.

II. Zur Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021

Die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 erfolgte, nachdem das Verwaltungsgericht Wiesbaden dem EuGH unter Aussetzung des Verfahrens gemäß Art. 267 AEUV sechs Fragen zur Vorabentscheidung vorlegte.² In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren klagte der ursprünglich von einer INTERPOL Red Notice Betroffene gegen die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundeskriminalamt (BKA), und beantragte, alle geeigneten Maßnahmen zur Löschung der Red Notice, der ein US-Haftbefehl zugrunde lag, zu erreichen. Gegen den Betroffenen wurde zuvor ein Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft München I wegen derselben Tat geführt, das gemäß § 153a Abs. 1 StPO nach Erfüllung einer Geldauflage endgültig eingestellt wurde.

Das Verwaltungsgericht Wiesbaden wandte sich mit der Kernfrage³ an den EuGH, ob Art. 54 SDÜ und Art. 21 Abs. 1 AEUV jeweils i. V. m. Art. 50 GRCh der vorläufigen Festnahme in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat auf Grundlage einer INTERPOL Red Notice entgegenstehen, wenn die betreffende Person in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat bereits wegen derselben Tat Gegenstand einer Strafverfolgung gewesen ist und dieses Verfahren von der Staatsanwaltschaft, nachdem die betreffende Person bestimmte Auflagen erfüllt hatte, eingestellt wurde [67⁴].

1. Auf Ebene der Zulässigkeit der Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden wurde durch einige Mitgliedsstaaten eingeworfen, dass diese rein hypothetischer Natur seien. Dies wurde u. a. damit begründet, dass der Verfolgte von seinem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht habe [44]. Der EuGH ließ sich auf diese Argumentation, die offensichtlich allein bezweckte, den Rechtsschutz des Klägers vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden zu beschneiden, nicht ein. Die Klage vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden sei gerade erhoben worden, um die notwendigen Voraussetzungen dafür zu schaffen, um von dem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen zu können, ohne Gefahr zu laufen, in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat aufgrund einer Red Notice festgenommen zu werden [54].

The purpose of this article is to discuss the ECJ's decision of May 12, 2021, and to examine individual scenarios to highlight the continuous legal uncertainty for the persons concerned.

II. The ECJ's Judgement of May 12, 2021

The decision of May 12, 2021, by the ECJ followed the six questions of the Administrative Court of Wiesbaden for a preliminary ruling under Art. 267 TFEU.² In the proceedings of the Administrative Court of Wiesbaden, the person affected by an INTERPOL Red Notice brought a legal action against Germany, represented by the Federal Criminal Police Office (BKA), seeking all appropriate measures to delete the INTERPOL Red Notice, which was based on a U. S. Arrest Warrant. The investigations by the Munich Public Prosecutor's Office I into the person concerned because of the same offence were already terminated pursuant to Section 153a (1) of the German Code of Criminal Procedure (StPO).

The Administrative Court of Wiesbaden turned to the ECJ with the main question³ of whether Art. 54 of the Schengen Convention and Art. 21 (1) TFEU, each in connection with Art. 50 CFR, preclude provisional arrest in a Contracting or Member State on the basis of an INTERPOL Red Notice if the person in question has already been subject of a criminal prosecution in a Contracting or Member State for the same act and these proceedings were terminated by the Public Prosecutor's Office [67⁴].

1. Regarding the admissibility of the questions raised by the Administrative Court of Wiesbaden, some Member States objected to the ECJ that the questions referred were of hypothetical nature because the person concerned did not leave the country [44]. The ECJ did not accept this argument, which obviously had the sole purpose of limiting the legal protection of the plaintiff at the Administrative Court of Wiesbaden. According to the ECJ, the plaintiff initiated proceedings at the Administrative Court of Wiesbaden in order to create the necessary conditions for him to be able to leave the country without risking an arrest in a Contracting or Member State on the basis of a Red Notice [54].

² VG Wiesbaden (6. Kammer), Beschluss vom 27. Juni 2019 - 6 K 565/17, BeckRS 2019, 12928.

³ Der EuGH prüfte die Vorlagefragen 1 bis 3 zusammen, siehe EuGH, Urt. v. 12. Mai 2021, C-505/19, Rz. 67.

⁴ Auch im Folgenden ein Verweis auf die Randziffern von EuGH, Urt. v. 12. Mai 2021, C-505/19.

² VG Wiesbaden (6. Kammer), Beschluss vom 27. Juni 2019 - 6 K 565/17, BeckRS 2019, 12928.

³ The ECJ examined questions 1 to 3 together, see ECJ, judg. of May 12, 2021, C-505/19, para. 67.

⁴ In the following a reference to the paragraphs (para) of ECJ, judg. of May 12, 2021, C-505/19.

Eine weitere Zulässigkeitschürde nahm der EuGH zu dem Einwand, die Vorlagefragen seien gegenstandslos geworden, da die verfahrensgegenständliche Red Notice bereits am 5. September 2019 gelöscht wurde [48]. Das Vorabentscheidungsverfahren des Verwaltungsgerichts Wiesbaden wurde am 27. Juni 2019 gestellt. In dem verwaltungsrechtlichen Verfahren beantragte der Kläger – nach der zwischenzeitlichen Löschung der Red Notice – festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet sei, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass INTERPOL wegen desselben Sachverhalts, der Gegenstand der ihn betreffenden Red Notice gewesen sei, eine neue Red Notice herausgibt, und eine ggfs. neue Red Notice zu löschen [59]. Demnach hatte sich der Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens nicht erledigt und die Beantwortung der Vorlagefragen war nach wie vor für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich [60].

Der EuGH stellte lediglich die Unzulässigkeit der Vorlagefrage 5 fest. Angefragt wurde insoweit, ob das Niveau des Schutzes personenbezogener Daten bei INTERPOL ausreiche, damit die der Richtlinie 2016/680 unterliegenden Behörden solche Daten an INTERPOL übermitteln dürfen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden habe die Bedeutung für die Entscheidung des Rechtsstreits im Ausgangsverfahren nicht ausreichend dargelegt [64 ff.].

2. Bei der Prüfung der Vorlagefragen 1, 2 und 3 befasste sich der EuGH im Kern mit dem Strafklageverbrauch durch eine staatsanwaltliche Abschlussentscheidung nach § 153a Abs. 1 StPO, den Schutzbereichen von Art. 54 SDÜ, Art. 21 AEUV und Art. 50 GRCh sowie mit der Erforderlichkeit eines gerichtlichen Rechtsschutzes für Verfolgte durch eine INTERPOL Red Notice.

a) In ständiger Rechtsprechung bestätigte der EuGH, dass das Verbot der Doppelbestrafung auch dann greife, wenn die Entscheidung nicht von einem für Strafsachen zuständigen Gericht, sondern von einer anderen Stelle erlassen wurde. Insofern entfalte § 153a StPO entsprechende Rechtskraft i. S. d. Art. 54 SDÜ⁵ [73 f.].

b) Anschließend wurde thematisiert, ob durch eine vorläufige Festnahme aufgrund einer Red Notice überhaupt eine „Verfolgung“ im rechtstechnischen Sinne i. S. v. Art. 54 SDÜ erfolge. Im Ergebnis bejahte der EuGH – in Zustimmung des Schlussantrags von Generalanwalt beim EuGH Bobek⁶ – eine „Verfolgung“ der Person, da die vorläufige Festnahme durch Vertrags- und Mitgliedsstaaten aufgrund einer Red Notice geeignet sei, den Schutzzweck des Art. 54 SDÜ und damit das Verbot der Doppelbestrafung zu beeinträchtigen.

Another objection was that the questions from the Administrative Court of Wiesbaden had become irrelevant because the relevant Red Notice had already been deleted on September 5, 2019 [48]. The request for a preliminary ruling from the Administrative Court of Wiesbaden was made on June 27, 2019. In the proceedings at the Administrative Court of Wiesbaden the plaintiff applied – after the deletion of the Red Notice – for a declaratory judgement (*Feststellungsklage*) which states that from now on, Germany has an obligation to take all measures necessary, firstly, in order to avoid any new Red Notices in respect of the same acts being published by INTERPOL and secondly, to erase any new Red Notice in the event that it should be published by INTERPOL [59]. Accordingly, the dispute in the main proceedings had not been resolved and the answers to the questions referred remained necessary for the resolution of the dispute [60].

The ECJ only found that question 5 was inadmissible. The question was whether the level of protection of personal data at INTERPOL was sufficient to allow the authorities subject to Directive 2016/680 to transfer data to INTERPOL. The Administrative Court of Wiesbaden had not sufficiently explained the relevance for the decision of the dispute in the main proceedings [64 et seq.].

Regarding questions 1, 2 and 3, the ECJ essentially dealt with the termination of the German criminal proceedings by the prosecution pursuant to Section 153a (1) of the German Code of Criminal Procedure, the related scope of Art. 54 of the Schengen Convention, Art. 21 TFEU and Art. 50 CFR, as well as the necessity of judicial protection for the person affected.

a) The ECJ already stated before that *ne bis in idem* also applies to procedures according to Section 153a of the German Code of Criminal Procedure. In those proceedings the public prosecutor of a Member State terminates the case, without the involvement of a court and without an indictment, once the accused person has fulfilled certain obligations⁵ [73 et seq.].

b) Subsequently, the ECJ discussed whether a provisional arrest on the basis of a Red Notice constitutes „persecution“ in the meaning of Art. 54 of the Schengen Convention. As a result, the ECJ – in agreement with the opinion of Advocate General Bobek⁶ – confirmed that the provisional arrest by Contracting and Member States on the basis of a Red Notice is considered „persecution“ because the protective purpose of Art. 54 of the Schengen Convention is affected.

⁵ Unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 11. Februar 2003, „Gözütok“/„Brügge“, C-187/01 und C-385/01, Rn. 22, 27 und 48; EuGH, Urt. v. 10. März 2005, „Miraglia“, C-469/03, Rn. 34 f.; siehe grundlegend Reichling, Europäische Dimensionen des „ne bis in idem“-Grundsatzes – Auslegungsprobleme des Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, StudZR 2006, 447, 454 ff.

⁶ Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 60–64.

⁵ With reference to ECJ, judg. of February 11, 2003, „Gözütok“/„Brügge“, C-187/01 and C-385/01, paras. 22, 27 and 48; ECJ, judg. of March 10, 2005, „Miraglia“, C-469/03, paras. 34, 35; siehe grundlegend Reichling, Europäische Dimensionen des „ne bis in idem“-Grundsatzes – Auslegungsprobleme des Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, StudZR 2006, 447, 454 ff.

⁶ Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 60–64.

Sinn und Zweck von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh sei es, dass niemand wegen einer Straftat, deretwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden sei, in einem Strafverfahren erneut verfolgt und bestraft werden dürfe. Art. 54 SDÜ impliziere „*zwingend*“, dass ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme bestehe und dass jeder von ihnen die Anwendung des in den anderen Vertragsstaaten geltenden Strafrechts akzeptiere, auch wenn die Durchführung nach eigenem nationalem Recht zu einem anderen Ergebnis führen würde. Zu dieser Vertragsdisziplin seien die Staaten jedoch nur verpflichtet, wenn feststehe, dass die Person wegen derselben Tat bereits von einem anderen Vertragsstaat oder Mitgliedsstaat rechtskräftig verurteilt worden sei. Dies erfordere auch, die Vertragsstaaten nach entsprechenden Informationen – wie in Art. 57 SDÜ vorgesehen – zu ersuchen, um selbst zu beurteilen, ob das Verbot der Doppelbestrafung zum Tragen komme [80 ff.].

Die vorläufige Festnahme einer Person aufgrund einer Red Notice könne, sofern die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung fraglich sei, einen „*unerlässlichen Zwischenschritt*“ darstellen, um die insoweit erforderliche Überprüfung vorzunehmen und zugleich der Gefahr zu begegnen, dass die Person flüchte und sich damit einer etwaigen Verfolgung des Drittstaats entziehe. Die vorläufige Festnahme sei zwar eine Beschränkung der Freizügigkeit der betroffenen Person, allerdings sei dies durch das legitime Ziel der Vermeidung von Straflosigkeit gerechtfertigt [84 ff.].⁷

Sobald die Behörden eines Vertrags- oder Mitgliedsstaats jedoch Kenntnis davon erlangen würden, dass in einem anderen Vertrags- oder Mitgliedsstaat eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zur Feststellung der Anwendbarkeit von *ne bis in idem* ergangen sei, stünden sowohl das gegenseitige Vertrauen der Vertragsstaaten als auch die garantierte Freizügigkeit einer vorläufigen Festnahme bzw. Inhaftierung entgegen [89].

Es folgt die bedeutendste Feststellung des EuGH in dieser Entscheidung: Um in diesen Fällen die „*praktische Wirksamkeit*“ der genannten Normen zu gewährleisten, obliege es den Mitglieds- und Vertragsstaaten sicherzustellen, dass „*Rechtsbehelfe*“ zur Verfügung stehen, die es den betroffenen Personen ermöglichen, eine „*rechtskräftige gerichtliche Entscheidung*“ zu erwirken, mit der festgestellt wird, dass das Verbot der Doppelbestrafung greife [92].

Der EuGH erlegt somit den Mitglieds- und Vertragsstaaten die Pflicht auf, eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Überprüfung der Anwendbarkeit von *ne bis in idem* einzurichten.

The purpose of Art. 54 of the Schengen Convention and Art. 50 CFR is that no one may be prosecuted and punished again in criminal proceedings for an offense for which they have already been convicted or acquitted in another Contracting Party. Art. 54 of the Schengen Convention implies that there is mutual trust between the Contracting States in their respective criminal justice systems and that each of them accepts the application of the criminal law in force in the other Contracting States, even when the outcome would be different if its own national law were to apply. However, States were required to exercise this treaty discipline only if it was established that the person had already been finally convicted of the same offence by another Contracting or Member State. This also requires the possibility of requesting relevant information from Contracting States – according to Art. 57 of the Schengen Convention – in order to examine whether the prohibition of double jeopardy actually applies [80 et seq.].

The provisional arrest of a person on the basis of a Red Notice could, if the application of the prohibition of double jeopardy was questionable, represent an „*essential step*“ in order to carry out the necessary checks while avoiding the risk that the person concerned may abscond and thus avoid potential prosecution [84 et seq.].⁷

However, as soon as the authorities of a Contracting or Member State become aware that a final judicial decision has been made in another Contracting or Member State, thereby establishing that the *ne bis in idem* principle applies with regard to the acts covered by that Red Notice, the mutual trust of the Contracting States as well as the right to freedom of movement precludes provisional arrest [89].

This is followed by the most significant finding of the ECJ in its decision: In order to ensure the effectiveness of *ne bis in idem*, Member and Contracting States must ensure the availability of legal remedies enabling the persons concerned to obtain a final judicial decision establishing that the *ne bis in idem* principle applies [92].

In addition, the ECJ pointed out that the extradition treaty between the European Union and the U.S. of June 25, 2003, does not expressly provide that the Member States may refuse extradition on the grounds of *ne bis in idem*.

⁷ Unter Verweis auf u. a. „*Petruhhin*“, EuGH NJW 2017, 378 ff.

⁷ Unter Verweis auf u. a. „*Petruhhin*“, EuGH NJW 2017, 378 ff.

Zudem wies der EuGH darauf hin, dass das Auslieferungsabkommen zwischen der Europäischen Union und den USA vom 25. Juni 2003 zwar nicht ausdrücklich vorsehe, dass die Mitgliedsstaaten eine Auslieferung wegen des Verbots der Doppelbestrafung verweigern dürften. Allerdings finde Art. 54 SDÜ gleichwohl Anwendung, da durch die vorläufige Festnahme eine Strafverfolgung im Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten erfolge, die für die betreffende Person dieselben negativen Auswirkungen habe, wie eine vergleichbare Handlung im Rahmen der gewöhnlichen Strafverfolgung in den Vertragsstaaten [94].

Es sei auch zu beachten, dass das Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden lediglich die vorläufige Festnahme einer Person aufgrund einer Red Notice betreffe und nicht die Auslieferung dieser Person an einen Drittstaat [98].

c) Anschließend überprüft der EuGH das eigene Subsumtionsergebnis und diskutiert, ob die Anwendung von Art. 54 SDÜ auf INTERPOL Red Notices „völkerrechtswidrig“ („conflict with international law“⁸) sein könnte [98]. Ein solcher Verstoß könne demnach vorliegen, wenn Vertrags- und Mitgliedsstaaten eine Person, gegen die eine Red Notice vorliegt, nicht festnehmen.

Es ist bemerkenswert, dass der EuGH bei der bislang völkerrechtlich umstrittenen⁹ Rechtsstellung von INTERPOL überhaupt in seinem Prüfprogramm die Rules on the Processing of Data (RPD)¹⁰ heranzieht [99]. Es wird die Frage aufgeworfen, ob Mitgliedsstaaten von INTERPOL die Regelwerke von INTERPOL verletzen, wenn sie aufgrund von Art. 54 SDÜ eine per Red Notice gesuchte Person nicht festnehmen.

Nach Art. 87 RPD sind die Mitgliedsstaaten von INTERPOL nur dann verpflichtet die gesuchte Person vorläufig festzunehmen, wenn eine solche Maßnahme „nach [ihren] Rechtsvorschriften und den geltenden internationalen Verträgen zulässig“ ist. Nach der Auffassung des EuGH verstoße ein Staat nicht gegen seine Verpflichtungen als Mitglied von INTERPOL, wenn eine Person aufgrund des Verstoßes gegen Unionsrecht nicht festgenommen werde [99].

Im Lichte einer etwaig ungenauen Übersetzung¹¹ muss jedoch bezweifelt werden, dass der EuGH hier – ohne nähere Begründung – den Regelwerken von INTERPOL eine völkerrechtliche Relevanz zukommen lässt.

d) Der EuGH überträgt anschließend die vorgenannten Feststellungen auf das Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden.

However, Art. 54 of the Schengen Convention applies because the provisional arrest due to a Red Notice results in law enforcement action in the territory of the Contracting States, which has the same adverse effect on that person's right to freedom of movement like criminal proceedings conducted entirely within that Contracting State [94].⁸

c) Subsequently, the ECJ discusses whether the application of Art. 54 of the Schengen Convention to INTERPOL Red Notices could be a “conflict with international law”[98].⁹ Accordingly, such a violation could exist if the Contracting and Member States do not arrest a person against whom a Red Notice has been issued.

It is remarkable that the ECJ refers to the Rules on the Processing of Data (RPD) with respect to INTERPOL's legal status,¹⁰ which has been disputed under Public International Law [99]. The ECJ raises the question of whether Member States of INTERPOL violate the regulations of INTERPOL if they do not arrest a person subject to a Red Notice on the basis of Art. 54 of the Schengen Convention.

According to Art. 87 RPD, the Member States of INTERPOL are obliged to arrest the wanted person provisionally only if such a measure is “permitted under national law and applicable international treaties”. According to the ECJ, States do not violate their obligations as a member of INTERPOL if a person is not arrested due to the violation of European and Schengen Law [99].

However, it becomes highly doubtful that the ECJ – without further justification – would grant the regulations of INTERPOL relevance under Public International Law in the meaning of international and state treaties.

d) According to the above findings, the ECJ noted that the request for a preliminary ruling by the Administrative Court of Wiesbaden did not establish that the relevant Red Notice concerned the same acts within the meaning of ne bis in idem [101].

⁸ Nach englischer Fassung, Randziffer 98.

⁹ Siehe Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; siehe zu INTERPOL als „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.

¹⁰ Die englische Fassung ist abrufbar unter: https://www.interpol.int/content/download/5694/file/24%20E%20RPD%20UP-DATE%207%2011%2019_ok.pdf?inLanguage=eng-GB.

¹¹ „International Law“ wird mit „Internationales [Privat-] Recht“ und „Völkerrecht“ übersetzt, siehe u. a. <https://de.langenscheidt.com/englisch-deutsch/>.

⁸ According to the ECJ it should be noted that the request for a preliminary ruling concerned only a provisional arrest of a person and not the extradition of that person to a third country.

⁹ According to English translation, para 98.

¹⁰ View Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; re. INTERPOL as „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.

Hieraus würde nicht hervorgehen, dass die Anwendung von ne bis in idem erwiesen sei [101]. Folglich verstoße die vorläufige Festnahme des Verfolgten in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat im gegenwärtigen Stadium weder gegen Art. 54 SDÜ noch gegen Art. 21 Abs. 1 AEUV jeweils in Verbindung mit Art. 50 GRCh [102]. Diese Auslegung stehe auch im Einklang mit den Vorschriften zum europäischen Haftbefehl und mit der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen [104 f.].

3. Der letzte Abschnitt widmet sich den Vorlagefragen 4 und 6, die die datenschutzrechtlichen Rechtsfolgen betrafen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden fragte an, ob die Vorschriften der Richtlinie 2016/680 in Verbindung mit Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh dahingehend auszulegen seien, dass sie der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Behörden der Mitgliedsstaaten entgegenstehen, sofern bei einer Red Notice ne bis in idem Anwendung finde.

a) Der EuGH erkannte, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 8 der Richtlinie 2016/680 auf Grundlage des Unionsrechts erfolgen müsse. Dies sei durch den 25. Erwägungsgrund der Richtlinie 2016/680 gegeben, wonach zu Strafverfolgungs- und Präventionszwecken im Wege der Zusammenarbeit der Europäischen Union und INTERPOL ein effizienter Austausch personenbezogener Daten erfolge [113].

Bei der Beantwortung der Vorlagefragen 4 und 6 setzte der EuGH seine bisherige Argumentationslinie schlüssig fort, wonach für Mitgliedsstaaten die Möglichkeit gewährleistet sein müsse, eine zuverlässige Überprüfung der Voraussetzungen zur Anwendung von ne bis in idem vorzunehmen. Zur Erfüllung der eigenen Aufgaben im Sinne einer effektiven Strafverfolgung und zu Präventionszwecken müsse es den Mitgliedsstaaten möglich sein, die Red Notice in die nationale Fahndungsdatenbank aufzunehmen und zu überprüfen, ob tatsächlich das Verbot der Doppelbestrafung greift.

Sofern jedoch eine gerichtliche Entscheidung eines Vertrags- oder Mitgliedsstaats vorliege, die aufgrund derselben Taten die Anwendung von ne bis in idem festgestellt habe, sei die Speicherung der in der Red Notice enthaltenen Daten nicht mehr erforderlich, sodass die betroffene Person gemäß Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2016/680 von dem Verantwortlichen verlangen könne, die personenbezogenen Daten „unverzüglich zu löschen“ [120]. Verantwortlicher im Sinne der Richtlinie 2016/680 ist gemäß Art. 3 Nr. 8 i. V. m. Nr. 7 die zuständige staatliche Stelle. Dieser Lösungsanspruch richtet sich – mangels staatlicher Anbindung – nicht gegen INTERPOL.

b) Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang der Schlussvortrag des Generalanwalts beim EuGH Bobek, wonach „nicht ausgeschlossen werden [können], dass die Vereinigten Staaten Interpol künftig ersuchen könnten, wegen derselben Taten erneut eine Red Notice auszustellen.“¹²

Consequently, the provisional arrest of the person concerned in a Contracting or Member State at this stage would neither violate Art. 54 of the Schengen Convention nor Art. 21 (1) TFEU, read in the light of Art. 50 [102]. According to the ECJ, this interpretation is also consistent with the rules on the European arrest warrant, with Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of April 3, 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters [104 et seq.].

3. In the last section the ECJ examined questions 4 and 6, which concerned the legal consequences under Data Protection Law. The Administrative Court of Wiesbaden asked whether the provisions of Directive 2016/680 with respect to Art. 54 of the Schengen Convention and Art. 50 CFR should be interpreted as precluding the processing of personal data by the authorities of the Member States if ne bis in idem applies in the case of a Red Notice.

a) The ECJ recognized that under Art. 8 of Directive 2016/680 the processing of personal data is only lawful if and to the extent that processing is necessary for the performance of a task carried out by a competent authority for the purposes set out in Art. 1 (1), and that it is based on Union Law or national law of the Member States. This is provided by an efficient exchange of personal data for law enforcement and prevention purposes through cooperation between the European Union and INTERPOL according to recital 25 of Directive 2016/680 [113].

While examining questions 4 and 6, the ECJ followed its previous line of reasoning, according to which it must be possible for Member States to reliably verify the conditions for the application of ne bis in idem. In order to fulfil their own tasks in terms of effective criminal prosecution and for prevention purposes, it must be possible for Member States to include the Red Notice in the national search database in order to check whether the prohibition of double jeopardy actually applies.

However, if there is a judicial decision of a Contracting or Member State that has determined the application of ne bis in idem on the basis of the same acts, the recording of the data contained in the Red Notice is no longer necessary, so that the subject of the data must be able to request that “the controller erase personal data relating to him or her without undue delay” pursuant to Art. 16 (2) of Directive 2016/680 [120]. The controller within the meaning of Directive 2016/680 is, according to Art. 3 no. 8 with respect no. 7, the competent public authority. However, this right or claim for deletion of personal data does not apply to INTERPOL because it’s not considered a public authority.

b) In this context, it should be noted that according to Advocate General Bobek’s “it cannot be excluded that the United States may in the future ask Interpol to re-issue a red notice for the same acts”.¹¹

¹² Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 120.

¹¹ Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 120.

Bereits diese deutliche Aussage eines Generalanwalts beim EuGH verdeutlicht die diskussionswürdige Ausschreibungspraxis von INTERPOL.

Nach *Bobek* sei im Einzelfall eine Weiterverarbeitung der in der Red Notice enthaltenen personenbezogenen Daten erforderlich: „Andernfalls, wenn also sämtliche Daten sofort gelöscht werden müssten, sobald der Grundsatz *ne bis in idem* greift, hätte dies eher seltsame Folgen: Das rechtlich vorgesehene Gedächtnis der nationalen Polizeibehörden würde zu demjenigen von Dory, dem Fisch (der immer noch nach Nemo sucht), so dass die gesuchte Person letztendlich in einer wenig glücklichen Wiederholung von Bill Murrays Murmeltiertag für die betreffenden strafrechtlichen Vorwürfe wieder und wieder den Schutz nach dem Grundsatz *ne bis in idem* geltend machen und darlegen müsste.“¹³

Diesen Aspekt berücksichtigte der EuGH in seiner Entscheidung – soweit ersichtlich leider ohne auf *Bobeks* Spielfilm-Assoziationen einzugehen – dahingehend, dass die gespeicherten Daten mit dem Hinweis, einem sog. Addendum¹⁴, versehen werden müssten, dass die betroffene Person in einem Mitglieds- oder Vertragsstaat wegen des Verbots der Doppelbestrafung nicht mehr verfolgt werden dürfe [120].

III. Bewertung und Ausblick

Der EuGH hat in der Entscheidung vom 12. Mai 2021 bestätigt, dass die Festnahme einer Person aufgrund einer INTERPOL Red Notice nach EU- und Schengen-Recht zulässig ist, sofern die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung ungewiss ist, um eine Flucht des Verfolgten zu verhindern. Anschließend sollen Informationen zur Prüfung der Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung eingeholt und geprüft werden können. Dies entspricht dem üblichen Vorgehen in einem Auslieferungsverfahren.

Von entscheidender Tragweite und Praxisrelevanz ist, dass der EuGH den Vertrags- und Mitgliedsstaaten auferlegt, einen Rechtsbehelf zur Erlangung einer gerichtlichen Entscheidung zu schaffen, um die Anwendbarkeit von *ne bis in idem* feststellen zu lassen und für den Verfolgten Rechtssicherheit zu schaffen.

So weit so gut.

Im Folgenden sollen zwei praxisrelevante Fallkonstellationen betrachtet werden, in denen der Verfolgte in einem Fall Kenntnis und in einem anderen Fall keine Kenntnis von einer Red Notice hat. Hieran sollen die weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheiten aufgezeigt werden.

This clear statement by an Advocate General at the ECJ already illustrates INTERPOL's debatable handling of Red Notices.

However, according to *Bobek* the processing of the personal data contained in the Red Notice is necessary in individual cases because it is in the interest of the person who is subject to the Red Notice: “Were it to be otherwise, and all the data had to be erased immediately once *ne bis in idem* was triggered, the consequences could be rather odd: the legally imposed memory span of the national police authorities would become like that of Dory the fish (still Finding Nemo) so that the requested person would end up being forced, in a rather unfortunate re-run of Bill Murray's *Groundhog Day*, to invoke and prove the protection under the principle *ne bis in idem*, with regard to the criminal charges in question, over and over again.”¹²

The ECJ considered this aspect in its decision – without addressing *Bobek's* movie associations – and stated that the data remaining on the record must be accompanied by a note, an addendum¹³, that the person in question may no longer be prosecuted in a Member or Contracting State for the same acts for reason of the *ne bis in idem* principle [120].

III. Evaluation

In the decision of May 12, 2021, the ECJ confirmed that the arrest of a person on the basis of an INTERPOL Red Notice is not precluded by EU and Schengen Law, if *ne bis in idem* was not established by a national judicial decision. Subsequently, the authorities in the State where the person is arrested can still request and examine information on the applicability of *ne bis in idem* within the usual extradition proceedings.

The fact that the ECJ requires the Contracting and Member states to create a legal remedy for obtaining a court decision in order to establish the applicability of *ne bis in idem* and to create legal certainty for the person being prosecuted is of decisive significance and practical relevance.

So far so good.

In the following, two scenarios of practical relevance will be considered in which the person concerned has knowledge, and does not have knowledge, of a Red Notice in order to demonstrate the remaining legal uncertainties.

¹³ Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 121.

¹⁴ Der Wortlaut des Addendums zu der Red Notice, die der EuGH Entscheidung zugrunde lag, lautete: „Das [NCB] Wiesbaden geht von der Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung auf den der Ausschreibung zugrunde liegenden Sachverhalt aus, da die Vorwürfe, auf denen diese beruht, mit einer Straftat identisch sind, wegen der die Staatsanwaltschaft München ein Verfahren gegen den Beschuldigten eingeleitet hat, das eingestellt wurde,“ siehe (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 89.

¹² Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321, Rn. 121.

¹³ The wording of the addendum to the Red Notice was as follows: „[The National Central Bureau of] Wiesbaden considers that double jeopardy should apply as the charges, on which the red notice are based, are identical to an offence for which Munich's public prosecutor's office took proceedings against the subject, which were terminated,“ siehe (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19 (englische Fassung), BeckRS 2020, 31321, Rn. 89.

1. Die Entscheidung des EuGH erfasst lediglich den „Musterfall“, der auch den Vorlagefragen des Verwaltungsgerichts Wiesbaden zugrunde lag: Das Strafverfahren gegen den Verfolgten wurde in einem Vertrags- und Mitgliedsstaat, hier der Bundesrepublik Deutschland, rechtskräftig abgeschlossen. Der Verfolgte hat bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt Kenntnis erlangt, dass aufgrund eines US-amerikanischen Haftbefehls eine INTERPOL Red Notice wegen derselben Tat gegen ihn vorliegt. Durch die nunmehr ergangene Entscheidung des EuGH wird der Verfolgte, voraussichtlich über das Verwaltungsgericht Wiesbaden, eine gerichtliche Entscheidung erwirken, die die Anwendung von ne bis in idem prüfen und bestätigen wird.

a) Sofern der Verfolgte dann eine gerichtliche Entscheidung erwirkt hat, ist es nach der Auffassung des EuGH nicht mehr erforderlich, in den Mitgliedsstaaten personenbezogene Daten zu speichern, weshalb diese Daten zu löschen sind. Werden die Daten jedoch weiter gespeichert, sollen die Festnahmeersuchen mit einem Addendum versehen werden, dass die betroffene Person in den Mitglieds- oder Vertragsstaaten wegen des Verbots der Doppelbestrafung nicht mehr verfolgt werden darf.

b) Auch bei dem durch den EuGH entschiedenen „Musterfall“ ist die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass beispielsweise eine rechtskräftige Entscheidung zur Anwendbarkeit von ne bis in idem in Deutschland vorliegt, der ursprünglich Verfolgte in einen Vertrags- oder Mitgliedsstaat reist, jedoch dort die Fragen zur Tatidentität und der Anwendbarkeit von ne bis in idem rechtlich anderes beurteilt werden könnten. Der EuGH stellte selbst fest, dass das gegenseitige Vertrauen der Vertrags- und Mitgliedsstaaten, auch eine Überprüfung der Informationen erforderlich mache [80 ff.]. Es bleibt dann die Frage, weshalb Vertrags- und Mitgliedsstaaten nicht auch die gerichtliche Entscheidung zur Feststellung der Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung überprüfen sollten.

c) Leider hat der EuGH sich – wegen mangelnder Zuständigkeit und Entscheidungserheblichkeit – zu dem weiteren Beschwerdeweg des Verfolgten nicht weiter geäußert. Allerdings hat der EuGH festgehalten, dass die betroffene Person gemäß Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2016/680 einen Lösungsanspruch gegen die verantwortliche staatliche Stelle hat, die diese Daten speichert.

Durch eine gerichtliche Entscheidung zur Feststellung der Anwendbarkeit von ne bis in idem per se erlangen Betroffene faktisch keine Reisefreiheit, da INTERPOL und die Mitglieds- und Vertragsstaaten zunächst von einer solchen gerichtlichen Entscheidung unmittelbar Kenntnis erlangen müssen. Dementsprechend muss die Löschung des Fahndungsersuchens beantragt werden.

Hierbei ist zu beachten, dass Daten im Rahmen internationaler Kooperationen über unterschiedliche „Funk-Kanäle“ ausgetauscht werden.¹⁵

1. Based on the request for a preliminary ruling by the Administrative Court of Wiesbaden, the ECJ only covers the following “textbook case”, where the person concerned is aware of a Red Notice: the criminal proceedings against the person concerned had been finally closed in a Contracting and Member State due to a termination of the case, an acquittal or a verdict. The person concerned became aware that an INTERPOL Red Notice had been issued against him on the basis of a U.S. arrest warrant. As a result of the ECJ’s decision, the person concerned can now obtain a court decision, presumably through the Administrative Court of Wiesbaden, which will examine and confirm the application of ne bis in idem.

a) If the person concerned has then obtained a court decision that established ne bis in idem, the recording of personal data in the Member States is precluded, according to the ECJ. However, if the data remains recorded, the Red Notice should be accompanied by an addendum stating that the person concerned may no longer be prosecuted in the Member or Contracting States due to ne bis in idem.

b) In this “textbook case” decided by the ECJ, the possibility must be considered that if a final judicial decision on the applicability of ne bis in idem already exists in Germany, and if the person concerned travels to another Contracting or Member state, a court in this Contracting or Member State may have a different opinion on the identity of the crime and the applicability of ne bis in idem. The ECJ itself stated that the mutual trust of the Contracting and Member States also requires that the information necessary must be verified [80 et seq.]. Therefore, the possibility remains that Contracting and Member States will also review the judicial decision of another State to determine the application of ne bis in idem, while the person concerned is arrested.

c) Unfortunately, the ECJ did not comment further – due to lack of jurisdiction and relevance to the decision – on how the person can object to the Red Notice in Contracting and Member States. However, the ECJ did state that subject to the data has a right to request the deletion of personal data according to Art. 16 (2) of Directive 2016/680.

A judicial decision establishing the applicability of ne bis in idem per se does not provide freedom of travel to the persons concerned, since INTERPOL and the Member and Contracting States must first become aware of such a judicial decision.

In this regard, it should be noted that data for law enforcement is exchanged via different “channels” within the framework of international cooperations.¹⁴

¹⁵ Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff.

¹⁴ Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff.

Die Vertragsstaaten des Schengen-Abkommens nutzen u. a. für Fahndungsersuchen das Schengener Informationssystem der zweiten Generation (SIS II). Über SIS II werden jedoch lediglich Festnahmeersuchen von anderen Vertragsstaaten und nicht von Drittstaaten ausgeschrieben. Eine Ausnahme sind Passdaten, die nach Erwägungsgrund 18 sowie gemäß Art. 55 des Rahmenbeschlusses 2007/533/JI des Rates vom 12. Juni 2007 mit INTERPOL ausgetauscht werden sollen. In Deutschland ist die Beschwerde gegen eine Ausschreibung im SIS II an die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und Informationsfreiheit oder die beim BKA angesiedelte für den nationalen und internationalen Nachrichtenaustausch über SIS II-Fahndungen zuständige „SIRENE“ zu richten. Auch wenn es nahe liegt die Vertrags- und Mitgliedsstaaten mit der Rechtsprechung des EuGH zu einer Löschung des Festnahmeersuchens im SIS II anzuhalten, dürfte die Red Notice nach wie vor im „Funk-Kanal“ von INTERPOL bestehen bleiben.

Interpol nutzt das elektronische Kommunikationssystem „I-24/7“.¹⁶ Ein Antrag auf Löschung der Daten ist an die Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF) zu richten, wobei eine Verletzung der Regelwerke von INTERPOL gerügt werden muss.¹⁷ Die völkerrechtlichen Bindungen und Verpflichtungen von INTERPOL sind nach wie vor ungeklärt.¹⁸ Deshalb ist es nicht fernliegend, dass sich INTERPOL an die Rechtsprechung des EuGH nicht gebunden fühlt und stattdessen die Verantwortung für die Implementierung und Vollstreckung bei den Nationalen INTERPOL-Büros der Vertrags- und Mitgliedsstaaten sehen könnte.¹⁹

Es droht ein bürokratischer Hindernislauf, um die Vollstreckung eines Festnahmeersuchens aus einem Drittland im EU- und Schengen-Raum aufgrund der Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung zu verhindern. In unmittelbarer Verantwortung stehen in jedem Fall die Vertrags- und Mitgliedsstaaten, das Verbot der Doppelbestrafung verlässlich umzusetzen und nach Richtlinie 2016/680 personenbezogene Daten u. a. auch zu löschen oder ein Addendum hinzuzufügen. Adressat eines Löschantrags bleibt folglich der jeweilige Mitgliedsstaat, der personenbezogene Daten im Sinne der Richtlinie 2016/680 speichert. Entscheidend ist jedoch, dass dieses Addendum in allen „Funk-Kanälen“, die dem internationalen Informationsaustausch u. a. für Festnahmeersuchen dienen, hinterlegt wird und nach der Rechtsprechung des EuGH einem Sperrvermerk gleichkommt, der eine Festnahme unterbindet.

The Contracting States to the Schengen Agreement use the second-generation of the Schengen Information System (SIS II) for search requests. However, only law enforcement requests from other Contracting States and not from third countries are implemented in SIS II. An exception is passport data, which is exchanged with INTERPOL according to recital 18 as well as Art. 55 of Council Decision 2007/533/JHA of June 12, 2007. In Germany, the complaint against a notice in SIS II should be addressed to the Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information or to „SIRENE“, which is responsible for the national and international exchange of data via SIS II and is located at the BKA. It seems obvious to request Contracting and Member States to delete the arrest request in the relevant SIS II „channel“. However, it also seems possible that the Red Notice remains in INTERPOL's „channel“.

INTERPOL uses the electronic communication system „I-24/7“.¹⁵ A request for deletion of data must be addressed to the Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF), because of a violation of INTERPOL's regulations.¹⁶ INTERPOL's ties and obligations under international law remain disputed.¹⁷ Therefore, it seems possible that INTERPOL could deny any obligation under the ECJ's jurisdiction and could argue that the responsibility for implementation and enforcement lies with the National INTERPOL Offices of the Contracting and Member States.¹⁸

A request to delete relevant data to prevent the execution of a Red Notice can lead to several bureaucratic challenges. In any case, the Contracting and Member states have the responsibility of guaranteeing the prohibition of double jeopardy and also of deleting personal data or adding an addendum. Consequently, the addressee of a request for deletion remains the respective Member State that stores personal data within the meaning of Directive 2016/680. However, it is decisive that this addendum is implemented in all „channels“ serving the international exchange of information for law enforcement to prevent an arrest.

¹⁶ Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff., 108 ff.

¹⁷ Siehe Rosenthal/Schramm, Interpol – Instrumentalisierung durch Despoten und rechtliche Verteidigungsmöglichkeiten Betroffener, StraFo 2015, 450, 455 ff.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113 ff.

¹⁸ Siehe Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; siehe zu INTERPOL als „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.

¹⁹ In diesem Kontext ist bereits ein Antrag bei der CCF auf Löschung bzw. Beschränkung einer Red Notice im EU- und Schengen-Raum durch den Verfasser anhängig.

¹⁵ Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 63 ff., 108 ff.

¹⁶ View Rosenthal/Schramm, Interpol – Instrumentalisierung durch Despoten und rechtliche Verteidigungsmöglichkeiten Betroffener, StraFo 2015, 450, 455 ff.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113 ff.

¹⁷ View Meyer/Hüttemann, Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 431 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 11 ff.; re. INTERPOL als „Transgovernmental Organization“, Runjiv, The Legal Nature and Status of Interpol in the Context of Contemporary International Law (2017), S. 170 ff., <https://ssrn.com/abstract=3166171>.

¹⁸ In this context, a request for deletion of the Red Notice in the EU and Schengen area is already pending at the CCF.

2. Neben diesem skizzierten „Musterfall“ ist auch eine andere Fallkonstellation zu beachten. Für die betroffene Person ist es oftmals nicht vorhersehbar, dass nach dem rechtskräftigen Abschluss eines nationalen Ermittlungsverfahrens auch eine Strafverfolgungsbehörde in einem Drittland wegen derselben Tat ermittelt und dass ein europäisches oder internationales Festnahmeersuchen vorliegen könnte. Eine solche Unvorhersehbarkeit ist mitunter dem in einigen Nationen sehr weiten Verständnis örtlicher Zuständigkeit geschuldet.²⁰ Auch Generalanwalt am EuGH Bobek wies darauf hin, „dass bei bestimmten Straftaten zudem nicht undenkbar ist, dass auf Ersuchen mehrerer Staaten eine Red Notice wegen derselben Taten ausgestellt werden könnte“.²¹

Die betroffene Person reist deshalb oftmals ohne eine Vorahnung aus einem Mitgliedsstaat aus und wird beispielsweise in der Bundesrepublik Deutschland festgenommen.

a) In einem solchen Fall folgt das gewohnte Auslieferungsverfahren nach dem IRG, in dem die Generalstaatsanwaltschaften entsprechende Informationen einholen, um – nunmehr auch nach der Rechtsprechung des EuGH – die Anwendbarkeit des Verbots der Doppelbestrafung zu prüfen.

Dies umfasst zunächst die Übermittlung der Auslieferungsunterlagen aus dem Drittland gemäß § 10 IRG. Der Auslieferungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den USA vom 20. Juni 1978 sieht beispielsweise gemäß Art. 16 Abs. 4 eine Frist von 40 Tagen zur Übermittlung des förmlichen Auslieferungsersuchens vor, die in der Praxis geradezu regelmäßig noch einmal um die in Art. 16 Abs. 4 ebenfalls vorgesehenen weiteren 20 Tage verlängert und dann auch fast vollständig ausgenutzt wird. Zudem müssen die Unterlagen aus dem Vertrags- oder Mitgliedsstaat, in dem bereits ein rechtskräftiger Verfahrensabschluss aufgrund derselben Tat vorliegt, übermittelt werden.

Auch wenn der verteidigte Verfolgte das Strafurteil des Vertrags- oder Mitgliedsstaats, dem, wie der Red Notice, dieselbe Tat zugrunde liegt, beglaubigt übersetzt bei der Generalstaatsanwaltschaft einreicht, werden in jedem Fall über den diplomatischen Weg – wie in jedem anderen Auslieferungsverfahren – die entsprechenden Unterlagen bei dem Vertrags- und Mitgliedsstaat mit entsprechendem Zeitaufwand angefordert.

Die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 lässt es weiterhin zu, dass die Voraussetzungen des Verbots der Doppelbestrafung im üblichen Auslieferungsverfahren geprüft werden, während die betroffene Person inhaftiert ist. Eine Außervollzugsetzung des deutschen Auslieferungshaftbefehls ist regelmäßig aussichtslos, da Verfolgte oftmals auf der Durchreise sind und deshalb aus Sicht der Generalstaatsanwaltschaften stets (und mit ihnen meist auch der Oberlandesgerichte) von Fluchtgefahr auszugehen ist.

2. Besides the discussed “textbook case”, in other cases it is not obvious to the person concerned that a law enforcement agency in a third country is also executing investigations against the relevant person. The reason for this unpredictability is usually a very broad understanding of national jurisdiction in some nations.¹⁹ Advocate General Bobek also pointed out that “in the case of some crimes, it is also not unthinkable that a red notice for the same acts may be issued at the request of several States.”²⁰

The person concerned therefore often leaves a Member State without knowing the risk of arrest and is arrested in another Member State, for example Germany.

a) In such a case, the usual extradition procedure under German Law follows, where the relevant Prosecution Offices obtain relevant information in order to examine the applicability of ne bis in idem.

During the extradition proceedings the extradition documents from the country that issued the Red Notice are requested. The extradition treaty between Germany and the U.S. of June 20, 1978, for example, provides for a period of 40 days for transmitting the formal extradition request, which can be extended to another 20 days. In addition, the final judicial decision from the Contracting or Member State that relates to the same facts must also be transmitted from the Contracting or Member State to the German authorities that are in charge for the extradition proceedings.

The defence of the person concerned can also submit the final judicial decision of the Contracting or Member State to the Prosecution Office in Germany. However, the Prosecution Office in charge will also request the documents through diplomatic channels with a significant amount of time.

The ECJ's decision of May 12, 2021 confirmed that the person concerned remains under arrest while all relevant information regarding the applicability of ne bis in idem is examined in the usual extradition proceedings.

The enforcement of the warrant for extradition is usually not suspended due to an alleged flight risk claimed by the General Prosecution Offices and the Higher Regional Courts.

²⁰ Siehe zur Zuständigkeit des US-amerikanischen DoJ *Litzka*, Individualverteidigung bei DOJ/SEC-Ermittlungen aus deutscher Sicht, WiJ 2012, 79, 80.

²¹ Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321 Rn. 120.

¹⁹ Siehe zur Zuständigkeit des US-amerikanischen DoJ *Litzka*, Individualverteidigung bei DOJ/SEC-Ermittlungen aus deutscher Sicht, WiJ 2012, 79, 80.

²⁰ Generalanwalt beim EuGH (Bobek), Schlussantrag vom 19. November 2020 – C-505/19, BeckRS 2020, 31321 Rn. 120.

b) Es bleibt die Frage, wie betroffene Personen mehr Rechtssicherheit erlangen können, wenn das Strafverfahren gegen sie in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat rechtskräftig abgeschlossen wurde und – ohne ihr Wissen – eine Strafverfolgungsbehörde in einem Drittland die eigene Zuständigkeit begründet und eine INTERPOL Red Notice erwirkt.

Ein durchaus ambitionierter Lösungsvorschlag wäre es, weitergehende Prüfungspflichten für INTERPOL bei der Implementierung einer Red Notice im eigenen Informationssystem zu fordern. Anlass hierfür könnten Sachverhalte sein, die offensichtlich einen grenzüberschreitenden Sachverhalt betreffen. Gemäß Art. 6 RPD sind die Nationalen Zentralbüros von INTERPOL u. a. berechtigt, Daten in das INTERPOL Informationssystem aufzunehmen und zu löschen. Die Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF) ist gemäß Art. 3 (1) (a) ihrer Statuten²² dafür zuständig, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten im Einklang mit INTERPOLs Verfassung²³ erfolgt. Gemäß Art. 2 (1) der Verfassung INTERPOLs ist es das erklärte Ziel von INTERPOL, bestmögliche gegenseitige Unterstützung zwischen allen Polizeibehörden innerhalb der Rechtsordnungen in den einzelnen Jurisdiktionen und im Geiste der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) sicherzustellen und zu fördern. Eben diese Rechtsordnungen in den einzelnen Jurisdiktionen erkennen Art. 54 SDÜ, Art. 21 AEUV sowie Art. 50 GrCH an, sodass eine Überprüfung der Red Notice eines Drittlands nach den Regelwerken von INTERPOL erforderlich ist. Eine Red Notice im Informationssystem von INTERPOL beinhaltet auch den Tatvorwurf, aus dem sich bereits der grenzüberschreitende Sachverhalt ergibt. In diesen Fällen ist es nach EU- und Schengen-Recht erforderlich, dass INTERPOL standardisiert über die Nationalen Zentralbüros anfragt, ob die betroffene Person bereits wegen derselben Tat in dem entsprechenden Vertrags- oder Mitgliedsstaat verurteilt wurde.

Der EuGH hat das Verbot der Doppelbestrafung als elementare Säule europäischer Rechtsstaaten bestätigt und die Umsetzung den Vertrags- und Mitgliedsstaaten auferlegt. Es ist nach rechtsstaatlichen Grundsätzen inakzeptabel, dass eine internationale Polizeibehörde ohne völkerrechtliche Kontrolle,²⁴ als „*Produkt der Selbstbindung*“²⁵ und folglich in der Rechtsstellung eines internationalen Vereins, die Grundrechte in der Europäischen Union und den Vertragsstaaten des Schengen-Abkommens ausblendet, sofern Anhaltspunkte für eine Verletzung dieser Rechte bestehen. Dem Recht zur Ausschreibung eines Festnahmeersuchens in über 190 Mitgliedsstaaten von INTERPOL muss eine Pflicht zur Prüfung der Einhaltung von EU- und Schengen-Recht folgen.

b) The question remains of how the person concerned can obtain better legal certainty if the criminal proceedings against them have been concluded in a Contracting or Member State and – without their knowledge – a law enforcement agency abroad establishes jurisdiction and issues a Red Notice.

An ambitious proposal for a solution would be to require INTERPOL to carry out more extensive checks when implementing a Red Notice in its own information system where cases are obviously cross-border. According to Art. 6 RPD, INTERPOL's National Central Bureaus are also authorized to enter and delete data in the INTERPOL information system. According to Art. 3 (1) (a) of INTERPOL's Constitution,²⁰ the Commission for the Control of INTERPOL's Files (CCF) is responsible for ensuring that personal data is processed in compliance with INTERPOL's Constitution²¹. According to Art. 2 (1) of INTERPOL's Constitution, INTERPOL aims to ensure and promote the widest possible mutual assistance between all criminal police authorities within the limits of the laws existing in the different countries and in the spirit of the Universal Declaration of Human Rights. These jurisdictions partially also recognize Art. 54 of the Schengen Convention, Art. 21 TFEU and Art. 50 CFR. Thus, an examination of the Red Notice under European law is required according to INTERPOL's rules and regulations. A Red Notice usually contains some facts of the case and the alleged crime where the cross-border background may become apparent. In these cases, INTERPOL could contact the National Central Bureau to inquire whether the person concerned has already been convicted of the same offense in the relevant Contracting or Member State.

The ECJ has confirmed the prohibition of double jeopardy as a foundational pillar of the European Rule of Law. Therefore, it is unacceptable that an international police authority without supervision under international law²², as a „*self-binding organization*“²³ and consequently with the legal status of a non-state international association, should ignore fundamental rights in the European Union and the Contracting States of the Schengen Agreement if there are indications of a violation of these rights. The right to implement an arrest request in more than 190 Member States of INTERPOL must be followed by an obligation to verify compliance with EU and Schengen Law.

²² Statute of the Commission for the Control of INTERPOL's Files.

²³ Constitution of the International Criminal Police Organization Interpol.

²⁴ Siehe hierzu Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113, 140.

²⁵ Meyer/Hüttemann Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 430.

²⁰ Statute of the Commission for the Control of INTERPOL's Files.

²¹ Constitution of the International Criminal Police Organization Interpol.

²² Siehe hierzu Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Schamberg, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., 43. Lfg., Band 4, III B 1, Rn. 113, 140.

²³ Meyer/Hüttemann Internationale Fahndung nach Personen – von Steckbriefen, Rotecken und Funksprüchen, ZStW 128 (2016), 394, 430.

Unabhängig davon bleibt es die originäre Aufgabe der Vertrags- und Mitgliedsstaaten selbst, die Einhaltung der unionsrechtlichen Verfahrensrechte, auch bei Fahndungssuchen über INTERPOL, sicherzustellen. Deshalb wäre es auch denkbar, dass die Nationalen Zentralbüros von INTERPOL, in der Bundesrepublik Deutschland das BKA, beim Eingang einer Red Notice selbst überprüfen, ob eine rechtskräftige Entscheidung in dieser Angelegenheit gegen den Verfolgten vorliegt. Sofern dies der Fall ist, wäre diese Information durch die verantwortlichen staatlichen Stellen nach Richtlinie 2016/680 in allen „Funk-Kanälen“ durch ein Addendum zu hinterlegen. Anschließend müsste der Verfolgte informiert werden, um die Möglichkeit zu erhalten eine gerichtliche Entscheidung zu erwirken, die die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung bestätigt.

IV. Ergebnis

Die Entscheidung des EuGH vom 12. Mai 2021 zeigt in die richtige Richtung. Auch Festnahmen aufgrund einer INTERPOL Red Notice unterliegen dem Recht der EU-Mitgliedsstaaten und den Vertragsstaaten des Schengener Durchführungsübereinkommens. Die konsequente Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung und eine entsprechende Rechtssicherheit für Verfolgte hängen letztlich von der Informationslage in den Vertrags- und Mitgliedsstaaten ab. Sofern die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung ungewiss ist, bleibt auch nach der Rechtsprechung des EuGH eine Festnahme aufgrund einer Red Notice zulässig. Sobald eine gerichtliche Entscheidung die Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung festgestellt hat, ist die Festnahme in Vertrags- und Mitgliedsstaaten unzulässig. Den Mitglieds- und Vertragsstaaten hat der EuGH auferlegt, einen entsprechenden Rechtsbehelf zu schaffen.

Die aufgezeigten Fallkonstellationen zeigen, dass hinsichtlich der Folgefragen nach wie vor keine ausreichende Rechtssicherheit für Betroffene einer Red Notice besteht. Insbesondere ist unklar, ob alle Vertrags- und Mitgliedsstaaten die rechtliche Würdigung eines Gerichts eines anderen Vertrags- oder Mitgliedsstaats anerkennen, das das Vorliegen eines Strafklageverbrauchs feststellte. Zudem bleibt offen, ob und wie Informationen zur Anwendung des Verbots der Doppelbestrafung in allen „Funk-Kanälen“ hinterlegt werden können, um einen bürokratischen Hindernislauf zu vermeiden.

Aus der Sicht der Betroffenen hängt über ihrer Freizügigkeit nach wie vor ein Damoklesschwert. Da in vielen Fällen neben der bereits verhängten Sanktion in einem Vertrags- oder Mitgliedsstaat im Falle einer Auslieferung jahrzehntelange Haftstrafen, etwa in den USA, drohen, ist es ratsam, das Heimatland nicht zu verlassen, bis INTERPOL oder die Vertrags- und Mitgliedsstaaten das Festnahmeersuchen aus allen „Funk-Kanälen“ löschen oder dort ein Addendum hinterlegt ist, das eine Festnahme zuverlässig verhindert.

Besides, it remains with the Contracting and Member States to ensure compliance with procedural rights under EU and Schengen Law. For this reason, it would also be possible that INTERPOL's National Central Bureaus examine themselves whether a final judicial decision has been made in this matter against the relevant person when a Red Notice is received. In this case, this information must be shared and implemented in all "channels" at least through an addendum in accordance with Directive 2016/680. Subsequently, the person concerned would have to be informed in order to have the possibility to obtain a judicial decision confirming the application of ne bis in idem to this case.

IV. Final remarks

The ECJ's decision of May 12, 2021, points in the right direction. Arrests based on a Red Notice are also subject to the law of Member States and Contracting States. The prohibition of double jeopardy and a corresponding legal certainty for persons concerned ultimately depend on the information available to the Contracting and Member States. If the application of ne bis in idem is uncertain, an arrest based on a Red Notice is not precluded by the ECJ. But once a final judicial decision has established ne bis in idem, any arrests based on the same offence and facts are precluded in Contracting and Member States. The ECJ requires from the Member States and Contracting States that they create corresponding legal remedies.

The relevant scenarios described above show that there is still insufficient legal certainty for the persons affected by a Red Notice. In particular, it is unclear whether all Contracting and Member States recognize the legal assessment of a court of another Contracting or Member State that determined the applicability of ne bis in idem. Moreover, it remains open whether and how information on the application of the prohibition of double jeopardy can be filed in all "channels" to avoid bureaucratic challenges.

From the perspective of the person concerned, the risk of double jeopardy continues to hang over the freedom of movement. Since in many cases an extradition could result in decades of imprisonment, especially in the US, it is advisable not to leave the home country until INTERPOL or the Contracting and Member States delete the arrest request in all "channels" or an addendum is implemented that reliably prevents an arrest.