

Anonymiserad version

Översättning

C-454/19 – 1

Mål C-454/19

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

14 juni 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Amtsgericht Heilbronn (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

11 juni 2019

Tilltalad:

ZW

[utelämnas]

Amtsgericht Heilbronn

Beslut

I brottmålet mot ZW, [utelämnas], gift, rumänsk medborgare, bosatt [i] [utelämnas] Heilbronn [utelämnas] [utelämnas] avseende gemensamt bortförande av minderårig har Amtsgericht Heilbronn [utelämnas] beslutat följande: **[Orig. s. 2]**

1. Målet [utelämnas] vilandeförklaras till dess att EU-domstolen meddelar sitt avgörande.
2. Följande frågor hänskjuts i enlighet med artikel 267 FEUF till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:
 - a) Ska unionens primär- och/eller sekundärrätt, i förevarande mål särskilt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG, vilken innebär en omfattande rätt för unionsmedborgare att fritt röra sig och uppehålla

sig inom medlemsstaternas territorier tolkas så, att den även omfattar nationella straffrättsliga bestämmelser?

- b) Om frågan besvaras jakande: Utgör tolkningen av unionens primär- och/eller sekundärrätt hinder mot en tillämpning av en nationell straffrättslig bestämmelse enligt vilken det är straffbelagt att undanhålla ett barn från dess vårdnadshavare i utlandet, om det i bestämmelsen inte görs någon åtskillnad efter om det är frågan om stater som tillhör Europeiska unionen eller tredjeländer?

Skäl

A. Saken i målet vid nationella domstolar

- 1 Målet vid den nationella domstolen rör frågan huruvida 235 § stycke 2 punkt 2 i Strafgesetzbuch (den tyska strafflagen, nedan kallad StGB) strider mot bestämmelserna om arbetstagarnas rätt till fri rörlighet, särskilt direktiv 2004/38/EG och den där föreskrivna rätten för unionsmedborgarna, inbegripet deras familjemedlemmar (artikel 2.2 i direktiv 2004/38/EG) att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (artikel 1 i direktiv 2004/38/EG) samt likabehandlingsprincipen i artikel 24.1 [Orig. s. 3] i direktiv 2004/38/EG och därför inte längre får tillämpas av en nationell domstol på grund av unionsrättens företräde.

B. Bakgrund till målet vid den nationella domstolen

- 2 1. Den tilltalades, ZW personliga profil (moder till AW)

Den tilltalade ZW [utelämnas] som är född [utelämnas] i [utelämnas] Rumänien och QN som är född [utelämnas] i [utelämnas] Rumänien, är föräldrar till det utomäktenskapliga barnet AW som föddes [utelämnas] i [utelämnas] Rumänien. Den tilltalade ZW tillbringade första året efter sonens födelse i Rumänien. Därefter såg hon möjligheten att erhålla försörjning för sig och sonen i Tyskland. I ett förberedande steg reste hon först själv till Tyskland. Hennes son AW blev under tiden kvar i Rumänien hos en gudmor som tog hand om honom. Från och med år 2009 arbetade ZW tillfälligt som socialförsäkringspliktig anställd vid bemanningsföretag som städerska vid en förskola, ett äldreboende och ett sjukhus. Delvis arbetade hon deltid och delvis var hon även arbetslös, men var då anmäld som arbetssökande hos arbetsförmedlingen. När hennes arbetssituation hade stabiliserat sig hämtade ZW sin son AW till Tyskland.

- 3 2. QNs personlig profil (fader till AW)

Fadern QN gick ursprungligen i en tysk skola i Rumänien. Han vistades upprepade gånger hos sina släktingar i Karlsruhe. Syftet med QN:s vistelser [Orig. s. 4] var bland annat att tjäna pengar i Tyskland. För närvarande bor QN åter i Rumänien och har det bra ställt ekonomiskt på grund av sina inkomster där.

4 3. Situationen med avseende på sonen AW

Enligt rumänsk rätt har föräldrarna (som sedan länge är separerade) gemensam vårdnad om AW. Medan AW besökte förskolan i Tyskland inträffade överträdelse som i slutänden ledde till att ZW erhöll familjestöd för att hjälpa henne med uppfostran, främja en konsekvent uppfostran och hjälpa familjen med formaliteter. I slutänden förbättrades inte situationen genom dessa åtgärder.

5 År 2012 förde ZW sonen till fadern QN som levde i Rumänien, eftersom ett nytt pass skulle utfärdas och det saknades handlingar. När AW återvände i september 2012 uppvisade han återigen beteendestörningar, varför Jugendamt (barn- och ungdomsmyndigheten) med den tilltalades medgivande i mars 2013 placerade honom i ett ungdomshem i Bad Friedrichshall i närheten av Heilbronn, där hans moder var bosatt. Fadern lämnade efter ett telefonsamtal med Jugendamt "motvilligt" sitt medgivande till dess att han på nytt ville hämta sonen till sig.

6 Genom beslut från Amtsgericht Heilbronn av den 14 november 2014 framtogs båda föräldrarna rätten att bestämma om sonens boende, rätten att ansöka om ungdomsvårdsåtgärder samt sociala förmåner för honom, rätten att medverka vid planeringen av hjälp och hälsovård. De rättigheter som föräldrarna framtogs överfördes först till Landratsamt – Kreisjugendamt – [Orig. s. 5] Heilbronn. AW:s placering i ungdomshemmet i Bad Friedrichshall misslyckades och han placerades istället i en inrättning i Westerwald, där man inte heller kom till rätta med honom, vilket innebar att AW i slutänden återvände till moderns hushåll efter godkännande från Landratsamt – Kreisjugendamt – Heilbronn. Genom skrivelse av den 3 augusti 2017 ansökte Jugendamt i staden Heilbronn, vilken numera var ansvarig, att vårdnaden skulle återgå till modern. Detta skedde emellertid inte på grund av uppklarade omständigheter.

7 Under tiden tog QN efter ett besök hos ZW, med hennes samtycke, med sig sonen till Rumänien igen i början av december 2017, där han sedan dess bor tillsammans med sonen. Det har ännu inte klargjorts hurvida den tilltalade hade gått med på att QN skulle ta med sonen till Rumänien permanent eller endast till julen 2017. Jugendamt hade inte erhållit någon underrättelse om detta, lika lite som den särskilda förmyndare som hade behörighet att utöva de rättigheter som föräldrarna hade framtogs. Denna förmyndare polisanmälde de båda föräldrarna på grund av bortförande av minderårig för att de fört barnet till Rumänien, efter det att ZW underrättat honom om detta.

8 4. Den påstådda gärningen

Den tilltalade anklagas för följande gärningar:

"Den 9 december 2017 kom den tilltalade samt hennes make, från vilken hon är separerad, överens om att deras gemensamma 12-åriga son AW, för vilken Amtsgericht Heilbronn hade utsett Kreisjugendamt Montabaur som särskild förmyndare, bland annat vad gäller rätten att bestämma om boendet, inte längre skulle bo hos henne i Heilbronn utan hos fadern i Rumänien [Orig. s. 6]. I

enlighet med denna överenskommelse förde föräldrarna AW till Rumänien, där han sedan dess bor, i strid med Kreisjugendamt Montabaur's rätt att bestämma om boendet.”

9 C. Tillämpliga bestämmelser

De beskrivna gärningarna är straffbelagda som gemensamt bortförande av minderårig enligt 235 § stycke 2 punkt 2 och 25 § stycke 2 StGB.

10 235 § StGB har följande lydelse, varvid tillämpliga stycken är understruken:

”235 § Bortförande av minderårig

1) Till böter eller fängelse i högst fem år döms den som

1. med våld, hot om allvarlig skada eller genom bedrägeri bortför eller undanhåller en person under arton år,
2. bortför eller undanhåller ett barn, utan att vara anhörig, från föräldrarna, en förälder, en förmyndare eller vårdnadshavare.

2) Det är även straffbart när ett barn från föräldrarna, en förälder, förmyndare eller vårdnadshavare

1. bortförs för att föra det utomlands, eller
2. undanhålls i utlandet efter att det har förts dit eller har begett sig dit[.]

3) I de fall som anges i punkt 1 stycket 2 och i punkt 2 stycket 1 är även försök straffbart.

4) Fängelse på mellan 1 år och 4 år ska utdömas om gärningsmannen

1. genom gärningen har utsatt offret för livsfara eller allvarlig fara för hälsa eller kroppsskada eller för offrets psykisk utveckling, eller
2. har genomfört gärningen mot ersättning eller i avsikt berika sig själv eller tredjeman.

5) Om gärningsmannen genom sin gärning förorsakar offrets död ska fängelse i minst 3 år utdömas. [Orig. s. 7]

6) I mindre allvarliga fall som anges i punkt 4 ska fängelse på mellan 6 månader och 5 år utdömas; i mindre allvarliga fall som anges i punkt 5 ska fängelse på mellan 1 år och 10 år utdömas.

(7) Bortförande av minderåriga i de fall som anges i punkterna 1–3 ska åtalas enbart om det föreligger en anmälan, vilket dock inte gäller för det fall

brottsutredande myndigheter med hänsyn till det särskilda allmänna intresset för att utreda brottet på eget initiativ beslutar om utredning.”

11 I 25 § stycke 2 StGB regleras gemensamt genomförande och ömsesidigt ansvar för medverkan i gärningen.

12 25 § i strafflagen har följande lydelse, varvid tillämpliga stycken är understruken:

”25 § – Ansvar för gärningen

1) Som gärningsman ska dömas den som själv eller genom en annan har begått brottet.

(2) Om flera personer gemensamt begår brottet ska var och en dömas som gärningsman (medgärningsman).”

13 D. Tolkningsfrågornas relevans

En skyldighet att underlåta att tillämpa 235 § StGB kommer endast på fråga om 235 § StGB inte är förenlig med unionens primär- och/eller sekundärrätt och unionsrätten därför har företräde. Amtsgericht Heilbronn anser att det krävs en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen enligt artikel 267 första stycket a och b [FEUF], eftersom det krävs en tolkning av unionsrätten för att frågan huruvida den nationella (straffrättsliga) bestämmelsen kan tillämpas ska kunna avgöras.

14 D. Vidareutveckling av tolkningsfrågorna

Amtsgericht anser att den aktuella straffrättsliga bestämmelsen särskilt inte kan anses förenlig med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG och **[Orig. s. 8]** därför inte kan tillämpas på grund av unionsrättens företräde. I direktiv 2004/38/EG regleras rätten för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium. Enligt skälen i direktivet utgör fri rörlighet för personer en av de grundläggande friheterna på den inre marknaden, som omfattar ett område utan inre gränser, där denna frihet säkerställs i enlighet med bestämmelserna i fördraget.

15 Följande båda omständigheter kan anses tala mot att den nationella straffrättsliga bestämmelsen är förenlig med direktiv 2004/38/EG:

16 1. Enligt artikel 4 i direktiv 2004/38/EG ska alla unionsmedborgare med giltigt identitetskort eller pass och deras familjemedlemmar, som inte är medborgare i en medlemsstat, och som har giltigt pass, ha rätt att lämna en medlemsstats territorium för att resa till en annan medlemsstat.

- 17 Barnet AW omfattas i egenskap av rumänsk medborgare och dessutom son till ZW och QN, båda rumänska medborgare, enligt artikel 3 jämförd med artikel 2 av skyddsområdet för direktiv 2004/38/EG.
- 18 Enligt artikel 4 har AW därför rätt att lämna en medlemsstats territorium, nämligen Förbundsrepubliken Tyskland, och bosätta sig med sin far i sitt hemland Rumänien. Enligt skäl 11 i direktivet följer unionsmedborgarnas grundläggande och personliga rätt att uppehålla sig i en annan medlemsstat direkt av fördraget och är inte beroende av att ett uppehållstillstånd utfärdas.

[Orig. s. 9]

- 19 En tillämpning av den nationella straffrättsliga bestämmelse som är tillämplig här, nämligen 235 § stycke 1 och stycke 2 punkt 2, skulle medföra att den tilltalade ZW och barnets far QN (i förevarande situation) får undanhålla sin son AW från den särskilda förmyndaren utan påföljd så länge de inte lämnar Förbundsrepubliken Tyskland. Så snart de emellertid för sin son till någon annan av Europeiska unionens medlemsstater och undanhåller honom från den särskilda förmyndaren skulle brottsrekvisiten vara uppfyllda, och detta trots att såväl de själva som sonen enligt artikel 4 i direktiv 2004/38/EG har rätt att lämna en medlemsstats territorium.
- 20 Den straffrättsliga bestämmelsen i 235 § StGB är emellertid mer långtgående än så. Enligt stycke 2 punkt 1 i nämnda bestämmelse skulle ZW redan begå en straffbar handling om hon tillsammans med sin son AW skulle bege sig till en annan medlemsstat enbart på grund av besök eller semester utan ett uttryckligt medgivande från den särskilda förmyndaren, vilken delvis inte kunde nås under längre perioder. Resor med barnet inom Tyskland skulle däremot inte omfattas av den straffrättsliga bestämmelsen.
- 21 Det huvudsakliga syftet med den straffbarhet som föreskrivs i 235 § StGB är att det inte, eller endast med stora svårigheter, är möjligt att återföra ett barn från ett annat kulturområde. Amtsgericht anser att dessa skäl inte är tillämpliga inom Europeiska unionen, eftersom ett barn här kan återföras utan större svårigheter enligt Bryssel IIa-förordningen, och inte från ett främmande kulturområde. I denna förordning regleras den allmänna skyldigheten att erkänna och verkställa domar om vårdnad och umgänge som meddelats i en EU-medlemsstat (artiklarna 21 och 28). **[Orig. s. 10]**
- 22 Den straffrättsliga bestämmelsen i 235 § begränsar unionsmedborgarnas fria rörlighet på så sätt att för det fall föräldrarna fråntas sina rättigheter som föräldrar gentemot ett barn innebär det indirekt att föräldrarna i praktiken förlorar sin rätt till fri rörlighet, såvida de inte vill förlora den rätt att vara nära sina barn som följer av artikel 8 i Europakonventionen (rätt till respekt för privatliv och familjeliv). Amtsgericht anser att de högre kostnader som återförandet av ett barn från unionens territorium (genomförandet av ett verkställighetsförfarande i en annan medlemsstat) eventuellt medför inte kan anses vara så betydande att de kan

motivera ett ingrepp i rätten till fri rörlighet. Det kan nämligen eventuellt vara betydligt lättare att återföra ett barn som är folkbokfört – AW:s bosättningsort hos fadern är känd i förevarande mål – än att spåra ett barn som en förälder har gömt sig med i Förbundsrepubliken Tyskland. Skillnaderna i behandling mellan undandragandet av ett barn i Förbundsrepubliken Tyskland, å ena sidan, och på Europeiska unionens territorium, å andra sidan, i den bemärkelsen att endast det sistnämnda agerandet kan bestraffas kan inte på något sätt motiveras av (eventuella) högre administrativa kostnader.

- 23 Medan tyska föräldrar till ett tyskt barn kan röra sig och fritt välja bosättningsort i det för dem typiska (sociala och geografiska) området utan straff, för sig rumänska föräldrar till ett barn som är fött i Rumänien skyldiga till en straffbar gärning om de flyttar med barnet till Rumänien och väljer att bosätta sig i sitt hemland. Med tanke på att det när som helst är möjligt att återföra barnet inom Europeiska unionen framgår inte att det finns några skäl för en sådan åtskillnad. I förevarande mål tillkommer dessutom att någon snabb återföring hittills uppenbarligen inte har ansetts nödvändig [**Orig. s. 11**] och eftersom den särskilda förmyndarens kontakt med AW ändå enbart ägde rum via telefon är den utan vidare fortsatt möjlig även i medlemsstaten Rumänien.
- 24 Detta ingrepp i unionsmedborgarnas rätt till fri rörlighet som föreskrivs genom den straffrättsliga bestämmelsen i 235 § StGB kan därför inte antas vara motiverat.
- 25 2. Enligt artikel 24.1 i direktiv 2004/38/EG, vilken reglerar likabehandling, ska alla unionsmedborgare som enligt detta direktiv uppehåller sig i den mottagande medlemsstaten åtnjuta samma behandling som den medlemsstatens egna medborgare inom de områden som omfattas av fördraget. Även familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat, men som har uppehållstillstånd eller permanent uppehållstillstånd ska åtnjuta samma behandling.
- 26 Denna likabehandlingsprincip kan även antas ha åsidosatts genom den schablonmässiga bestämmelsen, vilket tydligt framgår av följande exempel: Om en tysk medborgare i samma situation som den tilltalade ZW hade medverkat till att det gemensamma barnet flyttar tillbaka till sin (logiskt sett tyska) hemregion till fadern som fortfarande eller på nytt bor där, skulle hon inte ens ha gjort sig skyldig till en straffbar gärning även om denna nya hemvist var belägen på tusen kilometers avstånd från den hittillsvarande hemvisten i en annan delstat. Omvänt utgör det däremot ett brott för en unionsmedborgare enligt 235 § StGB om denne under samma omständigheter för sitt barn till dennes hemort som ligger i en annan av Europeiska unionens medlemsstater. Diskrimineringen av en unionsmedborgare blir särskilt tydlig när denne (i en sådan situation som den förevarande) begår en straffbar handling genom att exempelvis permanent föra sitt barn endast några få kilometer [**Orig. s. 12**] från Kehl över den numera osynliga tysk-franska gränsen till sin hemort Strasbourg, medan den tyska fadern inte begår

det brott om han permanent för sitt barn till sin (tyska) hemort som ligger hundra gånger längre bort.

- 27 Enligt den straffrättsliga bestämmelsen, i vilken inte görs någon ytterligare åtskillnad, likställs en unionsmedborgare således inte med en medborgare i medlemsstaten, utan tvärtom med en medborgare i ett annat tredjeland, som befinner sig i andra änden av världen och till vilken det inte finns någon som helst anknytning vad gäller internationell rättshjälp.
- 28 Amtsgericht önskar därför ett klagörande från EU-domstolen huruvida 235 § i den tyska strafflagen, i vilken inte görs någon åtskillnad mellan unionens territorium och tredjeländer, strider mot primär- och/eller sekundär unionsrätt.
- 29 Dessutom önskas ett klagörande huruvida detta åsidosättande får till följd att den nationella straffbestämmelsen inte får tillämpas.

Dessa båda frågor är avgörande för det aktuella brottmålsförfarandet, eftersom i synnerhet det fallet att det inte kan anses föreligga någon straffbarhet enligt 235 § stycke 1 innebär att ZW ska frikännas om 235 stycke 2 inte ska tillämpas.

[utelämnas]

ARBETS-DOKUMENT