



Datum van inontvangstneming : 19/07/2019

## Geanonimiseerde versie

Vertaling

C-454/19 – 1

**Zaak C-454/19**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

14 juni 2019

**Verwijzende rechter:**

Amtsgericht Heilbronn (Duitsland)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 juni 2019

**Verdachte:**

ZW

---

[omissis]

Amtsgericht Heilbronn

### **Beschikking**

In de strafprocedure tegen

ZW,

[omissis], gehuwd, nationaliteit: Roemeens, wonende te [omissis] Heilbronn,

[omissis]

[omissis] wegens het tezamen en in vereniging met een ander onttrekken van een minderjarige aan het wettig gezag,

heeft het Amtsgericht Heilbronn beschikt als volgt: **[Or. 2]**

1. De behandeling van de zaak wordt [omissis] geschorst totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak heeft gedaan.

2. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”) de volgende vragen gesteld met het oog op een prejudiciële beslissing:
  - a) Moet het primaire en/of afgeleide Unierecht, in casu meer bepaald richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad, in de zin van een ongeclausuleerd recht van de burgers van de Unie van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten, aldus worden uitgelegd dat het ook van toepassing is op nationale strafrechtelijke bepalingen?
  - b) Ingeval de vraag bevestigend wordt beantwoord: staat de uitlegging van het primaire en/of afgeleide Unierecht in de weg aan de toepassing van een nationale strafrechtelijke bepaling waarbij de onttrekking van een kind aan zijn voogd in het buitenland strafbaar is gesteld, wanneer in die bepaling geen onderscheid wordt gemaakt tussen lidstaten van de Europese Unie en derde landen?

### **Motivering:**

#### A. Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

- 1 Het hoofdgeding betreft de vraag of § 235, lid 2, punt 2, van het Strafgesetzbuch (Duits wetboek van strafrecht; hierna: „StGB”) in strijd is met de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, met name richtlijn 2004/38/EG (hierna: „richtlijn 2004/38”) en het daarin geregelde recht van de burgers van de Unie om zich, samen met hun familieleden (artikel 2, lid 2, van richtlijn 2004/38), vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven (artikel 1 van richtlijn 2004/38), alsook met het beginsel van gelijke behandeling van artikel 24, lid 1, **[Or. 3]** van richtlijn 2004/38, en bijgevolg op grond van de voorrang van het Unierecht niet meer mag worden toegepast door de nationale rechter.

#### B. Feiten van de bodemprocedure

- 2 1. Levensloop van verdachte ZW, moeder van AW

De [omissis] in [omissis] Roemenië geboren verdachte ZW [omissis] en de [omissis] in [omissis] Roemenië geboren QN zijn de ouders van het buiten het huwelijk, in Roemenië geboren kind AW [omissis] [omissis]. Verdachte ZW bracht het eerste jaar na de geboorte van haar zoon AW door in Roemenië. Daarna zag zij een mogelijkheid om voor zichzelf en haar zoon een bestaan op te bouwen in Duitsland. Ter voorbereiding daarvan reisde zij aanvankelijk alleen naar Duitsland. Haar zoon AW bleef in de tussentijd bij een peettante, die voor hem zorgde. Vanaf 2009 verrichte verdachte ZW van tijd tot tijd via uitzendbureaus onder de socialeverzekeringsplicht vallende werkzaamheden als schoonmaakster in een kinderdagverblijf, een bejaardentehuis en een ziekenhuis. Zij werkte af en

toe in deeltijd, maar was ook deels werkloos of ingeschreven als werkzoekende. Nadat haar beroepssituatie zich in 2009 had gestabiliseerd, haalde verdachte ZW haar zoon AW naar Duitsland.

3 2. Levensloop van QN, vader van AW

De vader van het kind, QN, bezocht in Roemenië oorspronkelijk een Duitse school. Hij verbleef herhaaldelijk enige tijd bij familie in Karlsruhe. Zijn verblijf aldaar [Or. 4] diende er ook toe geld te verdienen in Duitsland. Thans woont QN weer in Roemenië, waar het hem dankzij zijn inkomen economisch voor de wind gaat.

4 3. Situatie van de zoon, AW

Volgens Roemeens recht oefenen beide (sinds geruime tijd gescheiden) ouders het ouderlijk gezag uit. Toen AW in Duitsland een kinderdagverblijf bezocht, werden afspraken niet nagekomen, wat er uiteindelijk toe leidde dat sociaalpedagogische gezinsondersteuning werd geboden om de opvoedkundige vaardigheden van verdachte ZW te versterken, een consequente opvoedkundige houding te ontwikkelen en het gezin te ondersteunen bij het vervullen van formaliteiten. Deze maatregel leverde echter geen verbetering van de situatie op.

5 In 2012 nam verdachte ZW haar zoon mee naar de in Roemenië wonende vader, QN, omdat een nieuw paspoort moest worden aangevraagd, waarvoor nog documenten moesten worden verkregen. Bij terugkomst in september 2012 bleek AW opnieuw gedragsproblemen te vertonen, zodat hij in maart 2013 met toestemming van verdachte door de dienst Jeugdzorg in een jeugdzorginstelling in Bad Friedrichshall in de buurt van Heilbronn, de woonplaats van de moeder, werd geplaatst. De vader gaf tijdens een telefoongesprek met de dienst Jeugdzorg „met tegenzin” toestemming voor plaatsing in die instelling tot het tijdstip waarop hij voornemens was zijn zoon weer in huis te nemen.

6 Bij besluit van het Amtsgericht Heilbronn (rechter in eerste aanleg te Heilbronn, Duitsland) van 14 november 2014 werden beide ouders het recht om de verblijfplaats van hun zoon AW te bepalen, het recht om voor hem aanvragen voor jeugdhulp of sociale bijstand in te dienen, de medezeggenschap over het hulpverleningsplan en de verantwoordelijkheid voor de gezondheidszorg voor het kind ontnomen. De aan de ouders ontnomen rechten werden in het kader van een ondertoezichtstelling in eerste instantie overgedragen aan het Landsratsamt – Kreisjugendamt – [Or. 5] Heilbronn (districtsbestuur Heilbronn, dienst Jeugdzorg). AW werd na de mislukte opname in de jeugdzorginstelling in Bad Friedrichshall in een instelling in de regio Westerwald geplaatst, waar men uiteindelijk evenmin als in een andere instelling voor toezicht raad wist met het kind, zodat AW met toestemming van het Landratsamt – Kreisjugendamt – Heilbronn terugkeerde naar de woning van de moeder. Bij brief van 3 maart 2017 stelde de inmiddels bevoegde dienst Jeugdzorg van de stad Heilbronn voor

om het ouderlijk gezag weer over te dragen aan de moeder. Om onduidelijke redenen is dit echter niet gebeurd.

7 Intussen nam QN zijn zoon in december 2017 na een bezoek aan verdachte ZW met haar instemming weer mee naar Roemenië, waar deze sindsdien bij hem verblijft. Het is nog niet duidelijk of de door verdachte aan QN verleende toestemming om de zoon mee te nemen naar Roemenië bedoeld was voor onbepaalde duur of dat deze toestemming slechts gold tot de kerst van 2017. Dienst Jeugdzorg was hiervan niet op de hoogte, net zo min als de inmiddels bevoegde gezinsvoogd, die was belast met de uitoefening van de nog steeds aan de ouders onttrokken rechten. Nadat verdachte ZW hem in kennis had gesteld van het feit dat het kind naar Roemenië was overgebracht, deed de gezinsvoogd aangifte tegen de ouders wegens het onttrekken van een minderjarige aan het wettig gezag.

8 4. Tenlastelegging

Verdachte wordt het volgende feit ten laste gelegd:

„Op 9 december 2017 spraken verdachte en de gescheiden van haar levende echtgenoot af dat hun gemeenschappelijke 12-jarige zoon, AW, voor wie het Amtsgericht Heilbronn het Kreisjugendamt Montabaur (dienst Jeugdzorg van het bestuursdistrict Montabaur) had aangewezen als gezinsvoogd, onder meer ter uitoefening van het recht om de verblijfplaats van het kind te bepalen, niet meer bij haar in Heilbronn, maar bij de vader in Roemenië diende te wonen. [Or. 6] Aan deze afspraak gaven de ouders gevolg door het recht van het Kreisjugendamt Montabaur om de verblijfplaats van het kind te bepalen bewust naast zich neer te leggen en AW naar Roemenië over te brengen, waar hij sindsdien verblijft.”

9 C. Toepasselijke bepalingen

Het hierboven beschreven feit zou neerkomen op het tezamen en in vereniging met een ander onttrekken van een minderjarige aan het wettig gezag, welk feit strafbaar is gesteld door § 235, lid 2, punt 2, juncto § 25, lid 2, StGB.

10 § 235 StGB luidt als volgt (de in casu toepasselijke bepalingen zijn onderstreept):

„§ 235 Onttrekken van minderjarigen aan het wettig gezag

(1) Met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar of met een geldboete wordt gestraft eenieder

1. die een persoon jonger dan 18 jaar met geweld, onder bedreiging met een ernstig kwaad of door een list, of

2. die, zonder een familielid te zijn, een kind, onttrekt of onttrokken houdt aan de ouders, een der ouders, de voogd of de gezinsvoogd.

(2) Eveneens wordt gestraft eenieder die een kind aan de ouders, een der ouders, de voogd of de gezinsvoogd

1. onttrekt om het naar het buitenland over te brengen, of

2. in het buitenland onttrokken houdt nadat het daarnaartoe is overgebracht of nadat het zich daarnaartoe heeft begeven.

(3) Poging tot een handeling bedoeld in lid 1, punt 2, of lid 2, punt 1, is strafbaar.

(4) Een gevangenisstraf van één tot tien jaar wordt opgelegd wanneer de dader

1. het slachtoffer door zijn handeling in levensgevaar brengt of blootstelt aan ernstige gezondheidsschade dan wel ernstige schade voor de lichamelijke of geestelijke ontwikkeling, of

2. de handeling verricht tegen geldelijke beloning of met het oogmerk zichzelf of een derde te verrijken.

(5) Indien de handeling de dood van het slachtoffer tot gevolg heeft, **[Or. 7]** wordt een gevangenisstraf van ten minste drie jaar opgelegd.

(6) In minder ernstige gevallen van de strafbare handelingen bedoeld in lid 4 wordt een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar opgelegd, in minder ernstige gevallen van de strafbare handeling bedoeld in lid 5 een gevangenisstraf van één tot tien jaar.

(7) Het onttrekken van minderjarigen aan het wettig gezag wordt in de gevallen bedoeld in de leden 1 tot en met 3 alleen na aangifte vervolgd, tenzij het openbaar ministerie het in het licht van een bijzonder openbaar belang bij strafrechtelijke vervolging geboden acht om ambtshalve op te treden.

11 In § 25, lid 2, StGB is de toerekening van de individuele deelname aan een strafbaar feit in het geval van medeplegen geregeld.

12 § 25 StGB luidt als volgt (de in casu toepasselijke bepalingen zijn onderstreept):

„§ 25 Daderschap

(1) Als dader van een strafbaar feit wordt gestraft eenieder die het feit pleegt of doet plegen.

(2) Indien het strafbare feit door meerdere personen tezamen en in vereniging wordt gepleegd, wordt elk van hen als dader (medepleger) gestraft.”

13 D. Relevantie van de prejudiciële vragen voor de beslissing in het bodemgeding

§ 235 StGB kan alleen worden geacht niet van toepassing te zijn indien deze bepaling van het Strafgesetzbuch niet verenigbaar is met het primaire en/of afgeleide Unierecht en het Unierecht dientengevolge voorrang heeft. Het Amtsgericht Heilbronn ziet zich genoopt zich met een verzoek om een prejudiciële beslissing op grond van artikel 267, eerste alinea, onder a) en b), VWEU tot het Hof van Justitie van de Europese Unie te wenden, aangezien de uitlegging van het Europees recht doorslaggevend is voor de beantwoording van de vraag of de nationale (strafrechtelijke) bepaling al dan niet van toepassing is.

14 C. Toelichting bij de prejudiciële vragen

Volgens de verwijzende rechter is de relevante strafrechtelijke bepaling in het bijzonder onverenigbaar met richtlijn 2004/38 van het Europees Parlement en de [Or. 8] Raad, zodat zij op grond van de voorrang van het Unierecht niet kan worden toegepast. Richtlijn 2004/38 regelt het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten van burgers van de Unie en hun familieleden. Blijkens de considerans van de richtlijn is het vrij verkeer van personen een van de fundamentele vrijheden binnen de interne markt, die een ruimte zonder binnengrenzen omvat waarin vrijheid is gewaarborgd volgens de bepalingen van het Verdrag.

15 Op grond van de volgende twee overwegingen lijkt de nationale strafrechtelijke bepaling onverenigbaar met richtlijn 2004/38:

16 1. Volgens artikel 4 van richtlijn 2004/38 hebben burgers van de Unie die voorzien zijn van een geldige identiteitskaart of een geldig paspoort, alsmede familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten en die voorzien zijn van een geldig paspoort, het recht om het grondgebied van een lidstaat te verlaten en zich naar een andere lidstaat te begeven.

17 Het kind AW valt als Roemeens staatsburger en bovendien als zoon van ZW en QN, die beiden de Roemeense nationaliteit hebben, op grond van artikel 3, juncto artikel 2, onder de bescherming van richtlijn 2004/38.

18 Overeenkomstig artikel 4 heeft AW derhalve het recht om het grondgebied van een lidstaat, in casu de Bondsrepubliek Duitsland, te verlaten en zijn woonplaats bij zijn vader in Roemenië te kiezen. Volgens overweging 11 van de genoemde richtlijn wordt het fundamentele en persoonlijke recht van verblijf in een andere lidstaat door het Verdrag rechtstreeks aan alle burgers van de Unie verleend, zonder dat hiervoor de voorwaarde geldt dat aan administratieve procedures is voldaan. [Or. 9]

19 De toepassing van de nationale strafrechtelijke bepaling van § 235, in de in casu relevante variant van lid 1, juncto lid 2, punt 2, zou tot gevolg hebben dat verdachte ZW en/of de vader van het kind QN hun zoon AW (in de onderhavige constellatie) straffeloos onttrokken kan of kunnen houden aan de gezinsvoogd zolang zij het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland maar niet verlaten. Zodra zij hun zoon echter overbrengen naar een andere lidstaat van de Europese

Unie en daar onttrokken houden aan de gezinsvoogd, is er sprake van een strafbaar feit – ook al hebben zij zelf evenals hun zoon op grond van artikel 4 van richtlijn 2004/38 het recht om het grondgebied van een lidstaat van de Europese Unie te verlaten.

- 20 De strafrechtelijke bepaling van § 235 gaat evenwel nog verder. Volgens lid 2, punt 1, zou ZW zich reeds schuldig maken aan een strafbaar feit als zij zich met haar zoon AW ook maar voor een bezoek of een vakantie naar het grondgebied van een andere lidstaat van de Unie zou begeven zonder dat de deels gedurende langere perioden onbereikbare gezinsvoogd daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft verleend. Reizen met het kind binnen Duitsland zouden daarentegen niet onder de strafrechtelijke bepaling vallen.
- 21 Aan de strafbaarstelling van § 235 StGB ligt de gedachte ten grondslag dat de terugkeer van een kind uit een andere culturele omgeving niet mogelijk is of met grote moeilijkheden gepaard gaat [omissis]. Deze motivering is naar mening van de verwijzende rechter juist niet van belang binnen de Europese Unie, aangezien de terugkeer van kinderen hier overeenkomstig de verordening Brussel II bis geen bijzondere moeilijkheden met zich brengt, omdat het niet om terugkeer uit een andere culturele omgeving gaat. Die verordening voorziet in de algemene verplichting om de in de ene lidstaat gegeven beslissingen inzake het gezag over en de omgang met minderjarigen in andere lidstaten te erkennen en ten uitvoer te leggen (artikelen 21 en 28). **[Or. 10]**
- 22 De strafrechtelijke bepaling van § 235 doet afbreuk aan het vrij verkeer van burgers van de Unie doordat ouders in het geval van onttrekking van ouderlijke rechten jegens een kind indirect hun vrijheid van verkeer verliezen, voor zover zij geen afstand willen doen van hun bij artikel 8 EVRM (Recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven) gegarandeerde recht op een nauwe band met hun kind. De verwijzende rechter meent dat de administratieve lasten (in verband met de inleiding van een procedure van tenuitvoerlegging in een andere lidstaat van de Unie) in het geval van een terugkeer van een kind binnen de Unie niet dusdanig zouden toenemen dat zij een beknutting van de vrijheid van verkeer zouden rechtvaardigen. In bepaalde gevallen kan het veel eenvoudiger zijn om een officieel ingeschreven kind – in casu is de verblijfplaats van AW, die bij zijn vader woont, zelfs bekend – uit een andere lidstaat van de Unie terug te halen dan om een met een ouder ondergedoken kind op te sporen op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland. In geen geval vormen (mogelijke) zwaardere administratieve lasten een rechtvaardiging voor het feit dat het onttrokken houden van een kind op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland anders wordt behandeld dan het elders in de Unie onttrokken houden van een kind, in die zin dat [omissis] alleen laatstgenoemde handeling strafbaar is gesteld.
- 23 Hoewel Duitse ouders van een Duits kind zich straffeloos kunnen verplaatsen binnen hun eigen (sociale en geografische) omgeving en hun woonplaats vrijelijk kunnen kiezen, worden Roemeense ouders van een in Roemenië geboren Roemeens kind geacht een strafbaar feit te plegen wanneer zij met hun kind naar



Roemenië verhuizen en hun woonplaats in hun geboorteland kiezen. Gezien de mogelijkheid om kinderen binnen de Europese Unie te allen tijde terug te halen, lijkt een dergelijk verschil in behandeling niet gerechtvaardigd. In het onderhavige geval komt hier nog bij dat een tijdige terugkeer van het betrokken kind tot dusver blijkbaar niet **[Or. 11]** noodzakelijk werd geacht en het toch al uitsluitend telefonische contact tussen de gezinsvoogd en AW ook in de lidstaat Roemenië zonder meer zou kunnen worden voortgezet.

- 24 De beknutting van de vrijheid van verkeer van de burgers van de Unie door de strafrechtelijke bepaling van § 235 StGB lijkt daarom niet gerechtvaardigd.
- 25 2. Volgens artikel 24, lid 1, van richtlijn 2004/38, waarin de gelijke behandeling is geregeld, geniet iedere burger van de Unie die op basis van deze richtlijn op het grondgebied van een gastland verblijft, binnen het toepassingsgebied van het Verdrag dezelfde behandeling als de onderdanen van dat gastland. Dit recht geldt ook voor familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten en die verblijfsrecht of duurzaam verblijfsrecht genieten.
- 26 De veralgemeniserende regeling van § 235 lijkt eveneens in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, zoals uit het volgende voorbeeld moge blijken: Indien een moeder met de Duitse nationaliteit in een soortgelijke situatie als die van verdachte ZW ertoe zou hebben bijgedragen dat het gemeenschappelijke kind terugkeert naar zijn (in dat geval natuurlijk in Duitsland gelegen) herkomstregio en naar zijn daar nog steeds of opnieuw verblijvende vader, zou zij zich zelfs niet schuldig hebben gemaakt aan een strafbaar feit wanneer die nieuwe woonplaats gelegen zou zijn in een andere deelstaat op duizend kilometer afstand van de vroegere woonplaats. Omgekeerd begaat een burger van de Unie volgens § 235 een strafbaar feit wanneer hij zijn kind onder soortgelijke omstandigheden overbrengt naar de in zijn geval logischerwijs in een andere lidstaat van de Europese Unie gelegen herkomstregio. Dat er sprake is van discriminatie van een burger van de Unie blijkt in het bijzonder uit het feit dat deze zich (in de onderhavige omstandigheden) reeds schuldig kan maken aan een strafbaar feit wanneer hij zijn kind duurzaam bijvoorbeeld slechts enkele kilometers **[Or. 12]** vanuit Kehl over de niet meer zichtbare grens tussen Duitsland en Frankrijk zou overbrengen naar het in zijn geboorteland gelegen Straatsburg, terwijl een Duitse vader zich niet schuldig zou maken aan een strafbaar feit wanneer hij zijn kind duurzaam zou overbrengen naar zijn honderd maal zo ver verwijderde (Duitse) herkomstregio.
- 27 Door de niet nader gedifferentieerde strafrechtelijke bepaling wordt een burger van de Unie in wezen niet gelijkgesteld met een onderdaan van een lidstaat, maar met een onderdaan van een willekeurig derde land aan het andere eind van de wereld waarmee geen overeenkomsten inzake wederzijdse rechtshulp zijn gesloten.
- 28 De verwijzende rechter verzoekt het Hof van Justitie derhalve uitspraak te doen over de vraag of § 235 van het Duitse wetboek van strafrecht, die geen

onderscheid maakt tussen het grondgebied van de Europese Unie enerzijds en dat van derde landen anderzijds, in strijd is met het primaire en/of het afgeleide Unierecht.

- 29 Mocht dit het geval zijn, wenst de verwijzende rechter voorts van het Hof te vernemen of dit inhoudt dat de nationale strafbepaling niet van toepassing is.

De beslechting van de onderhavige strafprocedure hangt af van de beantwoording van deze twee vragen, aangezien in het bijzonder geen sprake lijkt te zijn van een overtreding van § 235, lid 1, zodat ZW in het geval van niet-toepasselijkheid van § 235, lid 2, zou moeten worden vrijgesproken.

[omissis]