

# **BGer 2C\_630/2017 vom 15. November 2018**

Bundesgericht, 2018-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_630\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_630_2017)

FR: TF 2C\_630/2017 du 15 novembre 2018

IT: TF 2C\_630/2017 del 15 novembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid betreffend den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung ist zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 83 lit. c [e contrario], Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG ; BGE 135 II 1 E. 1.2.1 S. 4). Als Adressat des angefochtenen Urteils ist der Beschwerdeführer zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert ( Art. 89 Abs. 1 BGG ). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG ). Gegen den kantonalen Wegweisungsentscheid ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben ( Art. 83 lit. c Ziff. 4 und Art. 113 BGG ), soweit der Beschwerdeführer die Verletzung besonderer verfassungsmässiger Rechte geltend macht ( Art. 115 und Art. 116 BGG ; vgl. Urteil 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 1, nicht publ. in BGE 139 I 16 ).

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 und Art. 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden ( BGE 139 II 404 E. 3 S. 415); es kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Motivsubstitution; BGE 140 III 86 E. 2 S. 89 unten; 140 V 136 E. 1.1 S. 137 f.). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 136 II 304 E. 2.5 S. 314).

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 117). Die beschwerdeführende Partei kann die Feststellung des Sachverhalts unter den gleichen Voraussetzungen beanstanden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Eine entsprechende Rüge ist rechtsgenügend substantiiert vorzubringen ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

### **E. 1.4**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Das Vorbringen von Tatsachen, die sich erst nach dem angefochtenen Entscheid ereigneten oder entstanden (echte Noven), ist vor Bundesgericht unzulässig ( BGE 143 V 19 E. 1.2 S. 22 f. mit Hinweisen). Das Migrationsamt des Kantons Zürich reichte am 6. November 2017, 14. März 2018, 4. Mai 2018 und 16. Oktober 2018 verschiedene Unterlagen nach, welche weitere deliktische Tätigkeiten des Beschwerdeführers, dessen vorzeitigen Strafvollzug sowie die Entlassung daraus betreffen. Es handelt sich dabei um unzulässige echte Noven, die im vorliegenden Entscheid nicht zu berücksichtigen sind.

## **E. 2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass er sich nicht auf das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681) berufen könne. Dementsprechend habe sie nicht geprüft, ob die Voraussetzungen zur Einschränkung der daraus fliessenden Rechte vorlägen. Solches sei nicht der Fall, da von ihm keine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung ausgehe.

### **E. 2.1**

Kann sich ein Angehöriger eines Mitgliedsstaates der EU auf ein aus dem FZA fliessendes Anwesenheitsrecht berufen, kommt ein Widerruf einer Niederlassungsbewilligung einer Beschränkung der aus dem FZA fliessenden Rechte gleich, weshalb der Bewilligungszug den Anforderungen dieses Abkommens zu genügen hat ( BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 125). Seit dem 1. Januar 2017 gilt das FZA auch für kroatische Staatsbürgerinnen und -bürger, wenngleich derzeit noch keine volle Freizügigkeit besteht und insbesondere noch Zulassungsvoraussetzungen (wie der Inländervorrang) und Höchstzahlen (Kontingente) hinsichtlich des Zugangs zum hiesigen Arbeitsmarkt gelten (vgl. Protokoll vom 4. März 2016 zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union [Protokoll III FZA; AS 2016 5251]; Rundschreiben des Staatssekretariats für Migration SEM vom 21. Dezember 2016 zur "Ausdehnung vom 1. Januar 2017 des Freizügigkeitsabkommens [FZA] auf Kroatien"). Mit Urteil 2C\_116/2017 vom 3. Oktober 2017 E. 3.4.2 hat das Bundesgericht in Bezug auf Art. 5 Anhang I FZA entschieden, dass die Bestimmung auf die Beendigung der Anwesenheit bereits hier ansässiger kroatischer Bürger anzuwenden ist, sodass diese gegenüber anderen Unionsbürgern nicht schlechter gestellt sind. Der Anwendung des FZA steht der später in Kraft getretene Art. 121 BV , insbesondere dessen nicht unmittelbar anwendbare Abs. 3-6, nicht entgegen (vgl. BGE 139 I 16 E. 4 und 5 S. 23 f ; 139 I 31 E. 2.3.2 S. 34 am Ende).

### **E. 2.2**

Die Anwendbarkeit des FZA setzt eine abkommensrechtliche Freizügigkeitskonstellation voraus ( BGE 131 II 339 E. 2 S. 344). Eine solche kann insbesondere durch die Arbeitnehmereigenschaft begründet werden ( Art. 4 FZA in Verbindung mit Art. 6 ff. Anhang I FZA ; BGE 131 II 339 E. 2 S. 344).

#### **E. 2.2.1**

Die Vorinstanz sprach dem Beschwerdeführer die Arbeitnehmereigenschaft ab, weil er gemäss verbindlicher Sachverhaltsfeststellung nicht dauerhaft als arbeitsunfähig gelte, zuletzt im Jahr 2008 für wenige Monate im ersten Arbeitsmarkt tätig gewesen sei und seit 2006 Sozialhilfe beziehe. Ein abgeleiteter Aufenthaltsanspruch gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA scheitere daran, dass die Ehegattin des Beschwerdeführers seit der Heirat (noch) nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht habe.

#### **E. 2.2.2**

Der Beschwerdeführer ist demgegenüber der Ansicht, dass nicht die effektive Ausübung einer Erwerbstätigkeit ausschlaggebend sei, sondern die Berechtigung dazu, welche bei ihm im Zeitpunkt der Ausdehnung des FZA am 1. Januar 2017 vorgelegen habe. Zudem arbeite er seit geraumer Zeit im B. \_\_\_\_\_ - einem gemeinnützigen Verein mit dem Ziel der sozialen und beruflichen Integration - und erhalte dafür eine bescheidene Entlohnung.

#### **E. 2.3**

Die Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft des Beschwerdeführers sind nicht sehr ausführlich. Die Vorinstanz scheint davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sich nicht mehr auf seinen freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätiger Arbeitnehmer berufen kann. Solches ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers durchaus möglich, u.a. wenn er freiwillig arbeitslos wäre oder aufgrund seines Verhaltens feststünde, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass er in absehbarer Zeit eine andere Arbeit findet (vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.1). Eine abschliessende Feststellung dieses rechtserheblichen Sachverhaltselements lässt sich dem vorinstanzlichen Urteil nicht entnehmen, weshalb es sich in dieser Hinsicht als unvollständig erweist. Eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung zur Sachverhaltsergänzung in diesem Punkt ist jedoch nicht notwendig. Die Behebung des Mangels ist für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend (E. 1.3), weil der Widerruf der Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers im Falle einer Anwendbarkeit mit den Anforderungen des FZA vereinbar wäre (vgl. E. 4.4). Es kann somit insbesondere offenbleiben, ob seine Beschäftigung im zweiten Arbeitsmarkt im Umfang von 50%, für die er bezahlt wird, nach objektiven Kriterien eine echte und wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, die sich von einer klassischen Arbeitstätigkeit nicht unterscheidet (vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.4 S. 6 und E. 2.2.5 S. 6 f.; Urteile 2C\_289/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 4.2.1 und E. 4.2.2; 2C\_761/2015 vom 21. April 2016 E. 4.5).

#### **E. 3.1**

Die Niederlassungsbewilligung kann widerrufen werden, wenn die ausländische Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe, d.h. zu einer solchen von mehr als einem Jahr, verurteilt worden ist (Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 lit. b AuG; BGE 135 II 377 E. 4.2 S. 381; 137 II 297 E. 2) oder wenn sie in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat bzw. diese gefährdet (Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG). Das ist anzunehmen, wenn die ausländische Person durch ihre Handlungen besonders hochwertige Rechtsgüter verletzt oder in Gefahr bringt oder sie sich von strafrechtlichen Massnahmen nicht beeindrucken lässt und damit zeigt, dass sie auch künftig weder gewillt noch fähig erscheint, sich an die Rechtsordnung zu halten, was jeweils im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu prüfen ist ( BGE 139 I 16 E. 2, 31 E. 2, 145 E. 2; 137 II 297 E. 3 S. 302 ff.; Urteile 2C\_562/2011 vom 21. November 2011 E. 3.2 und 2C\_310/2011 vom 17. November 2011 E. 5).

### **E. 3.2**

Die genannten Widerrufsgründe gelten auch bei Niederlassungsbewilligungen ausländischer Personen, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten (Art. 63 Abs. 2 AuG). Sie bilden zudem Voraussetzung für den Widerruf bzw. die Nichtverlängerung von EU/EFTA-Niederlassungsbewilligungen (vgl. Art. 2 Abs. 2 AuG; Art. 5 und 23 Abs. 2 VEP [SR 142.203]; vgl. das Urteil 2C\_831/2010 vom 27. Mai 2011 E. 2.2), wobei zusätzlich jedoch die Vorgaben von Art. 5 Anhang I FZA zu beachten sind. Nach der an die Praxis des EuGH angeglichenen Rechtsprechung des Bundesgerichts setzen Entfernungs- oder Fernhalte-massnahmen in diesem Zusammenhang eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus. Eine strafrechtliche Verurteilung darf nur insofern zum Anlass für eine derartige Massnahme genommen werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Anhang I FZA steht Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden ( BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20; 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183; 129 II 215 E. 7.1 S. 221 f.; Urteil 2C\_194/2014 vom 25. November 2014 E. 2.2; 2C\_407/2013 vom 15. November 2013 E. 3.2).

### **E. 3.3**

In Anwendung der Art. 5 Anhang I FZA zu Grunde liegenden Prinzipien ist ein Widerruf der Niederlassungsbewilligung nur gerechtfertigt, wenn eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt. Eine strafrechtliche Verurteilung erfüllt dieses Kriterium, wenn die betreffende Person mit der begangenen Tat ein persönliches Verhalten zeigt, das eine künftige Gefährdung als wahrscheinlich erscheinen lässt (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA ). Nach der Rechtsprechung des EuGH kann nicht nur der Handel mit Betäubungsmitteln, sondern auch deren Verwendung eine Gefahr für die Gesellschaft darstellen und zum Schutz der öffentlichen Ordnung besondere Massnahmen gegen Personen ausländischer Staatsangehörigkeit rechtfertigen, welche gegen Vorschriften über Betäubungsmittel verstossen (Urteil des EuGH vom 23. November 2010 C-145/09

Tsakouridis Slg. 2010 I-11979 Randnrn. 46 f.; Urteil des EuGH vom 29. April 2004 C-482/01 und C-493/01,

Orfanopoulos und Oliveri Slg. 2004 I-5257 Randnr. 67; Urteile 2C\_784/2014 vom 24. April 2015 E. 3.2, 2C\_407/2013 vom 15. November 2013 E. 4.1 und E. 4.2, 2C\_784/2014 vom 24. April 2015 E. 3.2). Die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad einer künftigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sind nach der möglichen Rechtsgutsverletzung zu differenzieren; je schwerer die befürchtete Rechtsgutsverletzung wiegt, desto niedriger sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls anzusetzen ( BGE 136 II 5 E. 4.2 S. 20; 130 II 176 E. 4.3.1 S. 186; Urteil 2C\_903/2010 vom 6. Juni 2011 E. 4.3, nicht publ. in: BGE 137 II 233 ; Urteil 2C\_194/2014 vom 25. November 2014 E. 2.2; 2C\_1141/2012 vom 1. Mai 2013 E. 2.1). Massgeblich für die Beurteilung der Rückfallgefahr ist grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem die aufenthaltsbeendende Massnahme verfügt wird, es sei denn, dass zwischen ihrem Erlass und der Überprüfung ihrer Rechtmässigkeit in einem Gerichtsverfahren ein längerer Zeitraum liegt ( BGE 137 II 233 E. 5.3.1 S. 239; Urteil des EuGH vom 29. April 2004 482/01 und 493/01

Orfanopoulos und Oliveri , Slg. 2004 I-5257 N. 81).

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer hat über einen Zeitraum von fast 15 Jahren regelmässig und massiv gegen die hiesige Rechtsordnung verstossen. Insgesamt hat er als Erwachsener 14 Strafurteile erwirkt, wobei er - ohne Berücksichtigung der ihm gegenüber ausgesprochenen Übertretungsstrafen - insgesamt mit fast drei Jahren Freiheitsstrafe bzw. Haft, 1'160 Stunden gemeinnütziger Arbeit sowie Fr. 2'300.-- Busse bestraft wurde. Seine kriminellen Aktivitäten umfassen im Wesentlichen Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie zahlreiche (vollendete oder versuchte) Vermögens- bzw. Eigentumsdelikte. Darüber hinaus wurde er aber auch wegen Erpressung, mehrfacher Gewalt und Drohung gegen Beamte sowie einfacher Körperverletzung strafrechtlich belangt.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz erwog, das Verschulden des Beschwerdeführers hinsichtlich der einzelnen Straftaten wiege nicht durchweg schwer. Die zahlreichen Verurteilungen zeigten aber klar, dass er sich weder durch die ihm auferlegten Sanktionen noch durch wiederholte fremdenpolizeiliche Verwarnungen von der Begehung weiterer Delikte abhalten lasse. Selbst der am 30. August 2011 verfügte erstmalige Entzug der Niederlassungsbewilligung, welcher im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wurde, habe keine Verhaltensänderung herbeizuführen vermocht. Nachdem er bereits vor Abschluss des diesbezüglichen Beschwerdeverfahrens - während laufender Probezeit der bedingten Entlassung - weitere Diebstähle begangen habe, seien noch vier weitere Straferkenntnisse erfolgt. Das Verhalten des Beschwerdeführers erfülle damit die Voraussetzung eines schwerwiegenden Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne des Widerrufsgrundes nach Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer ist hingegen der Ansicht, er habe nicht gegen besonders hochwertige Rechtsgüter verstossen, weshalb bereits der Tatbestand von Art. 63 Abs. 1 lit. b AuG nicht erfüllt sei. Er sei nie zu mehr als zwölf Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Dieser Verurteilung wegen Gewalt und Drohung gegen Beamte seien familiäre Konflikte vorausgegangen, bei welchen die Polizei eingeschaltet worden sei. Die Delikte würden über 15 Jahre zurückliegen und seien auch nicht mehr vorgekommen, seit er nicht mehr bei seinen Eltern wohne. Der Handel mit Betäubungsmitteln habe zudem nur 0.2 Gramm Heroin betragen und liege auch schon mehr als zehn Jahre zurück. In Frage stünden im Übrigen vor allem Ladendiebstähle und damit zusammenhängende Hausfriedensbrüche in öffentlichen Geschäften, bei welchen er Hausverbot habe. Der Deliktsbetrag belaufe sich jeweils auf wenige hundert Franken und liege damit knapp über der Grenze der geringfügigen Vermögensdelikte. Insgesamt betrage die Deliktssumme wohl weniger als Fr. 10'000.--.

Diese Ausführungen des Beschwerdeführers vermögen nicht zu überzeugen. Offensichtlich haben die zahlreichen Strafen ihn nicht beeindruckt und auch die mehrfach angedrohten ausländerrechtlichen Konsequenzen führten nicht zu einem Sinneswandel. Die Vorinstanz durfte deshalb willkürfrei davon ausgehen, dass eine gewisse Rückfallgefahr vorhanden sei. Es besteht damit ein entsprechend gewichtiges (sicherheitspolizeiliches) Interesse, dass er das Land verlässt (vgl. auch Urteil 2C\_396/2014 vom 27. März 2015).

#### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, er könne sich auch auf die Garantien des FZA berufen, deren Prüfung die Vorinstanz unterlassen habe. In dessen Anwendungsbereich gelte für den Widerruf der Niederlassungsbewilligung eine noch höhere Schwelle, und diese habe er nicht überschritten. Das FZA setze anders als das AuG eine gegenwärtige Gefahr voraus, was bei ihm nicht zutreffe. Seit Februar 2016 werde er negativ auf Kokain getestet, dessen Konsum bei ihm einen Suchtdruck ausgelöst und zu den Ladendiebstählen geführt habe. Er sei zu 50% arbeitstätig und lebe nun in einer gefestigten Beziehung. Die Rückfallgefahr sei nicht hoch genug, um die befürchteten Rechtsverletzungen zu überwiegen. Selbst unter der Annahme, dass ihm keine gute Prognose ausgestellt werden könne, berühre die von ihm ausgehende Gefahr zur Begehung von Ladendiebstählen und Hausfriedensbrüchen in öffentlichen Geschäften nicht die Grundinteressen der Gesellschaft.

#### **E. 4.5**

Es trifft zwar zu, dass die Vorinstanz die Anwendbarkeit des FZA auf den vorliegenden Fall verneinte. Gestützt auf deren verbindliche Sachverhaltsfeststellung ist jedoch ersichtlich, dass auch die vom FZA verlangten Voraussetzungen für den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung erfüllt sind. Die Taten des Beschwerdeführers mögen im Zusammenhang mit seiner Drogensucht gestanden haben; diese vermochte er aber über Jahre hinweg trotz mehreren Bewährungschancen sowie gerichtlich angeordneten suchtspezifischen Massnahmen nicht in den Griff zu bekommen. Sämtliche ambulante oder stationäre suchtspezifische Massnahmen sind bislang ohne nachhaltigen Erfolg geblieben. Der Beschwerdeführer befindet sich seit 2005 im Methadonprogramm und nahm im März 2016 erneut eine ambulante Behandlung auf, deren Verlauf gemäss Auskunft der Bewährungs- und Vollzugsdienste des Kantons Zürich vom 23. Januar 2017 zwar bis dahin als positiv zu bezeichnen war. Ein längerfristiger Erfolg liegt jedoch (noch) nicht vor und der Beschwerdeführer wurde erst im August 2016 wieder straffällig. Auch wenn es sich bei den zahlreichen Verfehlungen grösstenteils nicht um gravierende Delinquenz handelt, lässt die Häufung der Straftaten eine andauernde Gleichgültigkeit des Beschwerdeführers gegenüber der hiesigen Rechtsordnung erkennen. Selbst der erstmalige Entzug der Niederlassungsbewilligung, welcher im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wurde, hat nicht zu einer Verhaltensänderung geführt. Bei dieser Sachlage entsteht der Gesamteindruck eines uneinsichtigen, hartnäckigen Wiederholungstäters, der die zahlreichen ihm eingeräumten Chancen nicht genutzt hat und bei welchem sämtliche in einem Rechtsstaat zur Verfügung stehenden Sanktionen wirkungslos geblieben sind. Mit Blick auf die nur teilweise überwundene Drogenabhängigkeit des Beschwerdeführers, seine berufliche und finanzielle Situation bzw. seine mangelhafte Integration ist die Gefahr einer künftigen (schwereren) Straffälligkeit nicht auszuschliessen. Es besteht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass er auch in Zukunft zur Finanzierung seiner Sucht oder zur Beschaffung von Betäubungsmitteln Delikte begehen wird und von ihm eine schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ausgeht, soweit diese Bestimmung überhaupt anwendbar ist (vgl. E. 2.3).

#### **E. 5**

Hat der Ausländer einen Widerrufsgrund gesetzt und stellt er eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA dar, ist die Verhältnismässigkeit eines Widerrufs der Niederlassungsbewilligung zu prüfen ( Art. 5 Abs. 2 BV ; Art. 96 Abs. 1 AuG).

Dies erfordert eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls. Stellt der Widerruf der Bewilligung einen Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familienleben dar, ergibt sich die Notwendigkeit einer Interessenabwägung auch aus Art. 8 Ziff. 2 EMRK (fällt mit Art 13 BV und Art. 96 AuG zusammen). Der Beschwerdeführer rügt, der Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung sei unverhältnismässig.

### **E. 5.1**

Art. 8 EMRK verschafft gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt in einem bestimmten Staat oder auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts ( BGE 138 I 246 E. 3.2.1 S. 250; 126 II 377 E. 2b/cc S. 383). Es kann jedoch das Recht auf Familienleben verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige in der Schweiz weilen, die Anwesenheit in der Schweiz untersagt wird; vorausgesetzt wird nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der hier weilende Familienangehörige selber ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hat ( BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285; 126 II 377 E. 2b/aa S. 382). Unabhängig vom Vorliegen einer familiären Beziehungen kann eine ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahme Art. 8 EMRK (Recht auf Privatleben) verletzen (vgl. Urteil 2C\_105/2017 vom 8. Mai 2018 E. 3.8 und 3.9 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz ging davon aus, dass nur die Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner Ehefrau, nicht aber diejenige zu seiner Tochter in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK falle. Es mangle an einer engen Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht, da die Tochter unter der alleinigen Sorge und Obhut der Mutter stehe, er sie seit Jahren lediglich einmal im Monat für vier Stunden (seit 2014, zuvor bloss zwei Stunden) sehe und sich nicht am Unterhalt des Kindes beteilige.

Auch wenn der Beschwerdeführer seine Tochter nur alle vier Wochen sieht, besteht doch regelmässiger Kontakt zu ihr, weshalb auch diese Beziehung in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK resp. Art. 13 BV fällt, ohne dass ein gemeinsamer Haushalt oder eine finanzielle Abhängigkeit bestehen müsste (vgl. Urteil 2C\_1046/2014 vom 5. November 2015 E. 3.2).

### **E. 5.3**

Zudem handelt es sich beim Beschwerdeführer um einen in der Schweiz geborenen Ausländer der zweiten Generation, der fast sein gesamtes Leben hier verbracht hat; er kann sich auch in dieser Hinsicht auf den kombinierten Schutzbereich von Privat- und Familienleben berufen.

### **E. 6.1**

Ist der Anwendungsbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK betroffen, bedeutet dies nur, dass die betreffende Person sich auf diese konventionsrechtliche Garantie berufen kann. Der Schutzbereich kann jedoch rechtmässig eingeschränkt werden. Gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein solcher Eingriff statthaft, wenn er gesetzlich vorgesehen ist und in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt insofern eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und den öffentlichen

Interessen an deren Verweigerung, wobei letztere in dem Sinn überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist ( BGE 139 I 145 E. 2.2 S. 147 f. ; 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156). Bei der Interessenabwägung sind namentlich die Schwere des Verschuldens, der Grad der Integration bzw. die Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie die der betroffenen Person und ihrer Familie drohenden Nachteile zu beachten ( BGE 139 I 31 E. 2.3.3 S. 34 ff. mit Hinweisen; 135 II 377 E. 4.3 S. 381).

### **E. 6.2**

Das Bundesgericht stuft den Drogenhandel - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR - angesichts der Gefährdung der öffentlichen Gesundheit als schwere Straftat ein, welche ein hohes öffentliches Interesse an einer Ausweisung bzw. Fernhaltung des Täters begründet. Drogenhandel bildet im Sinne von Art. 121 Abs. 3 BV seit dem 1. Oktober 2016 eine Anlasstat für eine obligatorische Landesverweisung ( Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB ). Diese Sichtweise gilt allerdings nicht für den Konsum. Laut EGMR kann Drogenkonsum selbst bei wiederholter Begehung nicht als schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung qualifiziert werden (Urteil 2C\_784/2014 vom 24. April 2015 E. 4.2.2).

Bei Betäubungsmitteldelikten (ohne Konsum) überwiegt regelmässig das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthalts, falls keine besonderen persönlichen oder familiären Bindungen im Aufenthaltsstaat bestehen; ist die betroffene Person ledig und kinderlos, setzt sich tendenziell das öffentliche Fernhalteinteresse durch, sofern das Strafmass drei Jahre Freiheitsstrafe erreicht oder weitere erhebliche Delikte hinzukommen. Hinsichtlich des Strafrahmens von drei Jahren ist zu berücksichtigen, dass Drogendelikte nicht überall in gleicher Art verfolgt und bestraft werden, weshalb die entsprechende Grenze nur als Richtwert dienen kann; ausschlaggebend sind immer die Umstände des Einzelfalls. ( BGE 139 I 31 E. 2.3.3 S. 35 mit zahlreichen Hinweisen).

### **E. 6.3**

Wie die Vorinstanz in zutreffender Weise ausgeführt hat, ist es insbesondere die Häufung der Delikte, welche das Verschulden des Beschwerdeführers als erheblich und seine Geringschätzung der hiesigen Ordnung als schwerwiegend erscheinen lässt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich die Delikte nicht auf den Drogenkonsum beschränkten und über eine lange Zeitperiode und ungeachtet der erfolgten Sanktionen, Therapien und Warnungen stattgefunden haben. Zudem ist der Beschwerdeführer bei seinen Diebstählen jeweils geplant und nach erprobtem Muster vorgegangen, was sein Verhalten zusätzlich verwerflich macht. Insgesamt liegt eine beeindruckende Anzahl von Verurteilungen vor, welche sich trotz Strafmilderungen für die in Zusammenhang mit seiner Drogenabhängigkeit begangenen Delikte, zu einem beträchtlichen Strafmass summieren. Darüber hinaus musste er seit Mai 2006 von der Sozialhilfe unterstützt werden, wobei sich die bezogenen Leistungen bis Februar 2016 auf Fr. 226'495.45 summierten. Im Weiteren liegen gemäss eigenen Angaben Betreibungen gegen den Beschwerdeführer im Umfang von Fr. 15'000.-- - 20'000.-- vor. Insgesamt besteht ein gewichtiges Interesse daran, dass der Beschwerdeführer das Land verlässt.

### **E. 6.4**

Dieses öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung vermag jedoch sein privates Interesse an einem Verbleib in der Schweiz nicht zu überwiegen, zumal der Beschwerdeführer hier geboren sowie familiär und sozial ausschliesslich hier verwurzelt ist. Zu Gunsten des

Beschwerdeführers ist insbesondere zu berücksichtigen, dass er im März 2016 wieder eine ambulante Therapie aufgenommen hat, die - zumindest bis zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids - zu einer erkennbaren Verbesserung geführt hat. Sein Verschulden wiegt bei den seit Mitte 2012 begangenen Delikten nicht besonders schwer, da es sich dabei hauptsächlich um geringfügige Sachbeschädigungen und Hausfriedensbrüche handelte, die im Drogenrausch begangen worden sind. Im Weiteren arbeitet er seit längerer Zeit im Rahmen eines Beschäftigungsprogramms und besucht seine Tochter regelmässig. Die Beziehung zu ihr könnte im Falle einer Wegweisung nur noch sehr eingeschränkt gelebt werden. Dasselbe gilt für die Beziehung zu seiner Ehefrau, auch wenn diese bereits im Zeitpunkt der Heirat während des laufenden Rechtsmittelverfahrens damit rechnen musste, die Beziehung nicht in der Schweiz leben zu können. Zudem leidet der Beschwerdeführer gemäss Therapiebericht vom 4. März 2016 an verschiedenen Krankheiten: Er weist Abhängigkeitssyndrome durch Kokain und Opioide auf, trägt den HI-Virus in sich, wobei Aids noch nicht ausgebrochen ist, und hat eine einfache Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung. Zudem litt er an Hepatitis C, welche nun ausgeheilt ist. Auch wenn nach den Annahmen des SEM die medizinische Versorgung in Kroatien - wie in den anderen EU-Staaten - gewährleistet ist, und der blosser Umstand, dass das Gesundheits- oder Sozialversicherungswesen in einem anderen Staat mit demjenigen in der Schweiz nicht vergleichbar ist und die hiesige medizinische Betreuung einem höheren Standard entspricht, nicht die Unzumutbarkeit der Rückreise zur Folge hat ( BGE 128 II 200 E. 5.3; Urteil 2C\_833/2011 vom 6. Juni 2012), besitzt der Beschwerdeführer angesichts seines Gesundheitszustandes ein erhöhtes privates Interesse am Verbleib in der Schweiz. Der Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung erweist sich angesichts der besonderen Zurückhaltung, die bei Angehörigen der zweiten Generation zu üben ist, als unverhältnismässig. Sollte der Beschwerdeführer die ihm eingeräumte Chance nicht zu nutzen wissen, ist ein späterer Widerruf im Rahmen einer neuen Interessenabwägung grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

#### **E. 6.5**

Den während des Verfahrens eingereichten Unterlagen des Migrationsamt des Kantons Zürich lässt sich entnehmen, dass das Bezirksgericht Winterthur vom 23. August 2018 den Beschwerdeführer der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG, der einfachen Körperverletzung, der unrechtmässigen Aneignung, der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, der mehrfachen Beschimpfung, der Tötlichkeiten und der mehrfachen Übertretung des BetmG schuldig gesprochen hat; vom Vorwurf des Raubes wurde er hingegen freigesprochen. Das Bezirksgericht bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten sowie einer unbedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 10.-- und einer Busse von Fr. 600.--. Als echtes Novum kann das Urteil, wie bereits erwähnt (E. 1.4), keinen Eingang in den vorliegenden Entscheid finden, zumal die amtliche Verteidigerin des Beschwerdeführers gegen das Urteil Berufung erhoben hat und es noch nicht rechtskräftig ist. Immerhin bleibt zu erwähnen, dass das Bezirksgericht Winterthur von der Anordnung einer Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB in Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB abgesehen hat. Ein allfälliger Widerruf, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat, wäre unzulässig (Art. 63 Abs. 3 AuG). Dadurch soll der Dualismus zwischen strafrechtlichen und ausländerrechtlichen Entfernungsmassnahmen verhindert werden (vgl. Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung

von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländer], BBl 2013 5975 6046 mit weiteren Ausführungen).

#### **E. 7.1**

Aufgrund der Erwägungen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gutzuheissen und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2017 aufzuheben. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird damit gegenstandslos und kann abgeschrieben werden.

#### **E. 7.2**

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 BGG ), die der Vertreterin zuzusprechen ist. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung ist gegenstandslos. Die Sache ist zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen ( Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.