



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des D, vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 16. Juli 2002 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 12. April 2002 betreffend Einkommensteuer (Arbeitnehmerveranlagung) für den Zeitraum 1996 bis 2001 entschieden:

Den Berufungen wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind den als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (in der Folge Bw genannt) beantragte (nach vorangehendem „fristwährenden Antrag“ im Dezember 2001) mit Schreiben vom 11.3.2002 die (nochmalige) Durchführung der Arbeitnehmerveranlagung für die Jahre 1996 bis 2001 unter jeweiliger Berücksichtigung erhöhter Werbungskosten für regelmäßige Familienheimfahrten in Höhe von jeweils öS 28.800,00.

Der Bw sei regelmäßig von seinem inländischen Arbeitsort in Wien an seinen Familienwohnsitz in Bosnien-Herzegowina gefahren, womit für ihn zumindest die geltend gemachten Aufwendungen (in Höhe des großen Pendlerpauschales) für die Hin- und Rückfahrten

verbunden gewesen seien. Seine Ehefrau hätte für die Zeit seiner Beschäftigung in Österreich seine Landwirtschaft in Bosnien-Herzegowina bewirtschaften müssen (eine vorgefertigte mit den persönlichen Daten des Bw und seiner Gattin ergänzte Bestätigung der Gemeinde wonach der Bw eine „Familienhauswirtschaft“, einen landwirtschaftlichen Besitz habe, der von seiner Ehegattin bewirtschaftet werden müsse, datiert mit 11.1.2002 wurde beigelegt).

Ein Zuzug der Ehefrau nach Österreich sei auch deshalb tatsächlich und rechtlich nicht möglich gewesen, weil er in den Jahren 1996 bis 2001 in Österreich lediglich eine sogenannte „Schlafstelle“ zur Verfügung gehabt bzw. bewohnt habe (d.h. eine Unterkunft, in welcher er mit anderen männlichen Arbeitskollegen untergebracht gewesen sei und ist) weshalb die Erteilung einer Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung für Österreich an die in Bosnien-Herzegowina lebende Ehefrau allein aufgrund des § 8 Abs. 5 Fremden-Gesetz (FrG) 1997 gar nicht möglich bzw. zulässig gewesen sei.

Die Abgabenbehörde berücksichtigte die geltend gemachten Werbungskosten für Familienheimfahrten nicht, da die Voraussetzungen einer beruflichen veranlassten doppelten Haushaltsführung nicht vorgelegen seien.

In den Berufungen (vom 16.5.2002) gegen die Einkommensteuerbescheide, wandte sich der Bw gegen die Nichtberücksichtigung der geltend gemachten (erhöhten) Werbungskosten für die regelmäßigen Familienheimfahrten zu seiner Ehefrau an seinen Familienwohnsitz. Die Landwirtschaft müsse für die Dauer seiner berufsbedingten Abwesenheit von seiner Ehefrau bewirtschaftet werden, andernfalls diese ja verkommen müsste.

Da der Bw als Staatsbürger der Republik Bosnien-Herzegowina jeweils nur über eine befristete (Arbeits)Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz verfüge und daher, weil er weder österreichischer Staatsbürger, noch Staatsbürger eines EU-Staates sei, noch dazu bei den sich in den letzten Jahren immer wieder ändernden aufenthalts- und ausländerbeschäftigungsrechtlichen Bestimmungen, keinerlei rechtliche Garantie dahingehend habe, dass ihm die (Arbeits)bewilligung in Österreich verlängert werde und er damit ein Einkommen in Österreich erzielen könne, sei es ihm nicht zumutbar seinen landwirtschaftlichen Besitz in Bosnien-Herzegowina aufzugeben, zumal dieser ja für ihn und seine Ehefrau die Lebensgrundlage bilde, wenn er einmal in Österreich nicht mehr arbeite bzw. nicht mehr arbeiten könne.

Naturgemäß seien die Einkünfte aus der Landwirtschaft in Bosnien-Herzegowina im Vergleich zum österreichischen Einkommens- und Lohnniveau gering, deren wirtschaftliche Bedeutung ergebe sich dennoch daraus, dass der landwirtschaftliche Besitz der materiellen

Existenzabsicherung des Bw und seiner Ehefrau diene, wenn der Bw in Österreich nicht mehr arbeite bzw. arbeiten dürfe oder könne. Als Staatsbürger der Republik Bosnien-Herzegowina habe der Bw bei Verlust seines Arbeitsplatzes ja auch keinen Anspruch auf Sozialhilfe bzw. gehe er mangels eines regelmäßigen Einkommens in Österreich auch der bestehenden Aufenthaltsbewilligung für Österreich verlustig. Aus den dargelegten Gründen sei dem Bw die Aufgabe seines Familienwohnsitzes in Bosnien-Herzegowina nicht zumutbar.

Darüber hinaus sei dem Bw im antragsgegenständlichen Zeitraum seitens seines langjährigen Arbeitgebers (eines Baumeisterbetriebes) eine Firmenwohnung zur Verfügung gestellt worden, d.h. eine kleine Wohnung, in welcher er für die Dauer seiner Beschäftigung mit mehreren anderen männlichen Arbeitskollegen untergebracht sei, sodass die Erteilung einer Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung für Österreich zugunsten der in Bosnien-Herzegowina lebenden Ehefrau schon gemäß § 8 Abs. 5 des Fremden-Gesetzes (FrG) (Nachweis des Vorliegens einer für Inländer ortsüblichen Unterkunft für den zuziehenden Familienangehörigen) abgelehnt werden müsste.

Aufgrund der vorgelegten Kopien der Reisepässe des Bw und der darin befindlichen unzähligen Ein- und Ausreisestampiglien von Österreich nach Bosnien und umgekehrt sei ein regelmäßiges Hin- und Herpendeln des Bw zwischen der Firmenunterkunft in Wien und dem Familienwohnsitz in Bosnien sehr glaubhaft und entspreche eben dem vom Verwaltungsgerichtshof genannten „tatsächlichen Lebenssachverhalt“ (siehe das Erkenntnis des VwGH vom 7.8.2001, Zl. 97/14/0175).

Über ein Fahrtenbuch verfüge er zwar nicht, jedoch werde in diesem Zusammenhang auf das jüngere Erkenntnis des VwGH vom 7.8.2001, Zl. 97/14/0175 hingewiesen wonach die Führung eines Fahrtenbuches nicht unbedingt erforderlich sei, sondern laut VwGH in Anwendung des § 166 BAO auf den „Lebenssachverhalt“ abzustellen sei, der sich tatsächlich ereignet habe; auch dem Inhalt von Erklärungen des Steuerpflichtigen komme hier Bedeutung zu. Eine solche eidesstattliche Erklärung des Antragstellers samt beglaubigter Übersetzung könnte, sofern benötigt, über Aufforderung ergänzend nachgereicht werden.

Bereits im 64. Lebensjahr stehend, werde er auch aufgrund seines fortgeschrittenen Alters in naher Zukunft in Pension gehen und in der Folge wiederum dauerhaft an seinen Familienwohnsitz in Bosnien-Herzegowina zu seiner dort lebenden Ehefrau zurückkehren, sodass ihm auch aus diesem Grund eine Verlegung des Familienwohnsitzes nach Österreich nicht (mehr) zumutbar sei. Ergänzend verwies der Bw auf das Erkenntnis des VwGH vom 26.11.1996, Zl. 95/14/0124 sowie auf näher bezeichnete positiv erledigte Parallelfälle.

Aus den vorgelegten Passkopien geht hervor, dass der Bw bis 3.5.1997 über eine befristete und ab 4.5.1997 über eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung zum Zweck der unselbständigen Erwerbstätigkeit verfügte. Soweit der Bw vorbringt in den vorgelegten Passkopien fänden sich unzählige Ein- und Ausreisestampiglien von Österreich nach Bosnien und umgekehrt ist festzustellen, dass ein wesentlicher Teil hiervon die nicht berufsgegenständlichen Kalenderjahre 1994 und 1995 betrifft, wobei aber jedenfalls auch das grundsätzliche Vorbringen des Bw der regelmäßigen Durchführung von Familienheimfahrten hierdurch gestützt wird. Aus den weiteren vorgelegten Sichtvermerken betreffend die berufsgegenständlichen Jahre 1996 bis 1998 (wobei die Anzahl der Sichtvermerke von 1994 bis 1998 in etwa gleichbleibend ist, jedoch lediglich Passkopien mit Sichtvermerken bis Anfang 1999 im Akt erliegen) ist das Vorbringen des Bw, wonach er alle 2 Wochen Familienheimfahrten durchgeführt habe, unter Einbeziehung urlaubsbedingter Abwesenheiten, im Wesentlichen gedeckt.

Überdies wird festgestellt, dass der Bw im Wesentlichen ein über die Berufungsjahre konstantes Arbeitseinkommen von einem Dienstgeber - ohne ersichtliche Unterbrechungen, wie etwa durch Arbeitslosenzeiten - bezog.

Mit Berufungsvorentscheidungen wurden die Berufungen als unbegründet abgewiesen. Begründend wurde wie folgt ausgeführt: Familienheimfahrten eines Arbeitnehmers von der Wohnung am Arbeitsort zum Familienwohnsitz seien nur Werbungskosten, wenn die Voraussetzungen einer beruflich veranlassten doppelten Haushaltsführung vorlägen. Dies sei insbesondere der Fall, wenn der Ehegatte des Steuerpflichtigen am Ort des Familienwohnsitzes eine relevante Erwerbstätigkeit ausübe. Lägen die Voraussetzungen für eine auf Dauer angelegte doppelte Haushaltsführung nicht vor, so könnten Kosten für Familienheimfahrten nur vorübergehend geltend gemacht werden (unter 2 Jahre in Ö). Eine auf Dauer beruflich veranlasste Haushaltsführung läge beim Bw nicht vor, da dessen Gattin am Familienwohnsitz keine relevanten Einkünfte beziehe und damit eine der Voraussetzungen für die Gewährung von steuerfreien Aufwendungen für Familienheimfahrten nicht gegeben sei. Das seitens des Bw angeführte Argument für die Absetzbarkeit der Familienheimfahrten – dass er mit der Pensionierung nach Bosnien-Herzegowina zurückkehren werde und damit die Verlegung des Familienwohnsitzes nicht zumutbar sei, könne heute weder bestätigt noch ausgeschlossen werden und sei daher bei der Entscheidungsfindung belanglos.

In den Anträgen auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz (vom 16.7.2002) führte der Bw ergänzend zum bisherigen Vorbringen aus:

Die (Autobus)Fahrkarte für die einzelne Familienheimfahrt hätte den Bw in den Jahren 1996 bis 1999 jeweils öS 1.000,-- gekostet (solange die serbischen Bewohner von Bosnien-Herzegowina nicht durch Kroatien fahren konnten, sondern den fast doppelt so langen Weg über Ungarn fahren mussten), kostete sodann in den Jahren 2000 und 2001 jeweils nur noch öS 600,-- und seit heuer (2002) nunmehr jeweils € 45,--. Der in Österreich als Bauarbeiter beschäftigte Bw fahre jedes zweite Wochenende (sog. „kurze“ Arbeitswoche in der Bauwirtschaft von Montag bis Donnerstag) zu seiner Ehefrau an seinen Familienwohnsitz in Bosnien-Herzegowina. Dort besitze er drei landwirtschaftlich genutzte Liegenschaften, und zwar mit einer Gesamtfläche von 7 ha 45 a und 38 m<sup>2</sup> (Acker, Forst, Obstgarten), eine weitere Gesamtfläche von 66 a 70 m<sup>2</sup> (Acker) und eine mit einer Gesamtfläche von nochmals 7.532 m<sup>2</sup> (Acker), welche für die Zeit seiner berufsbedingten Abwesenheit in Österreich von seiner Ehefrau bewirtschaftet werden müssten, andernfalls sie verwildern und unfruchtbar werden würden (drei entsprechende Gutbestandsblätter mit beglaubigter Übersetzung wurden angeschlossen).

Den Sichtvermerken ist des Weiteren die Richtigkeit des Vorbringens des Bw zu entnehmen, wonach die Familienheimfahrten bis 1999 über Ungarn geführt wurden.

Aus arbeitsorganisatorischen Gründen sei das Wohnen des Berufungswerbers in einer sogenannten „Firmenunterkunft“ natürlich (auch bzw. vor allem) vom Arbeitgeber gewünscht bzw. in dessen Interesse gelegen, weil auf diese Weise die in der Bauwirtschaft üblichen Arbeitstrupps in der Früh – Arbeitsbeginn in der Regel um 06:00 Uhr – organisatorisch wesentlich leichter an die am jeweiligen Arbeitstag zu bearbeitende Baustelle gebracht werden könnten; in der Praxis durch ein Fahrzeug des Arbeitgebers von der Firmenunterkunft zur jeweiligen Baustelle. Das Wohnen des Bw in einer Firmenunterkunft sei sohin keine „Marotte“ oder „private Vorliebe“ des Bw, sondern arbeitgeberseitig vorgesehen und gewünscht und sohin unmittelbar beruflich bedingt, weil eben für den Arbeitgeber organisatorisch wesentlich einfacher.

Die Erteilung einer Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung für Österreich an die Ehefrau des Bw, welche als bosnische Staatsbürgerin wie der Bw eine niederlassungspflichtige Fremde aus einem sogenannten Drittstaat sei, scheitere sohin bereits gemäß § 8 Abs. 5 des Fremdenengesetzes (FrG) 1997, welche gesetzlich zwingende Bestimmung den Nachweis des Vorliegens einer für Inländer ortsüblichen Unterkunft für den zuziehenden Familienangehörigen verlange. Diese Unzulässigkeit der Erteilung einer Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung für Österreich zugunsten der Ehefrau des Bw gemäß § 8 Abs. 5 FrG 1997 sei jedoch in Wahrheit, wie gerade oben dargelegt, beruflich bedingt (dies vor allem im Bereich der Bauwirtschaft, wo die meisten der in Österreich tätigen Gastarbeiter aus dem

ehemaligen Jugoslawien beschäftigt seien), weil es eben von einem Arbeitgeber, der seinen Mitarbeitern bzw. zumindest einer bestimmten Gruppe von Mitarbeitern Firmenunterkünfte zur Verfügung stelle, aus arbeitsorganisatorischen Gründen gewünscht, ja auch verlangt werde, dass diese Mitarbeiter bzw. die Angehörigen dieser Gruppe von Mitarbeitern örtlich nicht getrennt, sondern örtlich zusammen in einer Unterkunft wohnen.

Die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung an die Ehefrau würde aber auch an der für die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen an Fremde aus Drittstaaten seit dem Jahre 1993 eingeführten „Quotenregelung“ scheitern. So seien in den letzten Jahren pro Kalenderjahr jeweils lediglich insgesamt in etwa 5.000 Niederlassungsbewilligungen für Familienangehörige von Fremden aus Drittstaaten mittels Verordnung vorgesehen worden. Würde man diese Zahl mit den jedes Wochenende zwischen dem Beschäftigungsort in Österreich und dem Familienwohnsitz in einem der Nachfolgestaaten aus dem ehemaligen Jugoslawien hin- und herpendelnden Gastarbeitern vergleichen (auf einen in Kopie beige-schlossenen Artikel einer Tageszeitung wurde verwiesen) würde klar, dass, wollte man von all diesen Gastarbeitern verlangen, dass ihre Ehefrauen und sonstigen Familienangehörigen nach Österreich zuziehen und demgemäß entsprechende Anträge auf Erteilung von Niederlassungsbewilligungen stellen, die Quote von ca. 5.000 maximal neu zu erteilenden Niederlassungsbewilligungen an Familienangehörige von Fremden aus Drittstaaten pro Jahr (!) zehn-, zwanzig-, dreißig-, oder noch mehrfach überschritten würde und damit die derzeitige Wartezeit auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung für Familienangehörige nicht wie derzeit, in etwa zwei bis drei Jahre, sondern zehn bis zwanzig Jahre oder noch länger betragen.

Auch aus den dargelegten rechtlichen Rahmenbedingungen betreffend den seit Beginn der 90er Jahre stark reglementierten Zuzug von Familienangehörigen von Fremden aus Drittstaaten gemäß FrG 1997 (und auch schon dem Aufenthaltsgesetz 1992) und die damit verbundene zwingende Notwendigkeit der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung für jeden einzelnen solchen Familienangehörigen, wie beispielsweise auch die Ehefrau des Bw, in Verbindung mit einer im Vergleich zur Gesamtanzahl an Familienangehörigen von in Österreich befindlichen und beschäftigten Gastarbeitern zahlenmäßig sehr geringen jährlichen Quote an neu zu erteilenden Niederlassungsbewilligungen sei eine Verlegung des Familienwohnsitzes nach Österreich nicht zumutbar bzw. aufgrund des Regulatives bzw. des Systems des FrG 1997 a priori und systemimmanent zum Scheitern verurteilt.

Aus den dargelegten Gründen sei die Beibehaltung des Familienwohnsitzes des Bw in Bosnien-Herzegowina keineswegs privat veranlasst und die mit den regelmäßigen Familienheimfahrten des Bw verbundenen (Fahrt)kosten als erhöhte Werbungskosten zu berücksichtigen.

Mit Schreiben vom 7.7.2004 legte der Bw unter anderem eine Kopie eines Bescheides der Pensionsversicherungsanstalt vom 24.6.2004 vor, wonach der Anspruch des Bw auf Alterspension ab 1.3.2004 anerkannt wurde. Die Pension betrage ab 1.3.2004 monatlich € 509,64.

Mittels Ergänzungsvorhalt vom 6.8.2004 wurde der Bw ersucht, noch die Heiratsurkunde und die Belege über die Familienheimfahrten (Busfahrkarten) vorzulegen. Ferner um Bekanntgabe, wann der Bw das erste Mal in Österreich einer Beschäftigung nachgegangen sei und ob jemals ein Antrag auf Familienzusammenführung gestellt worden sei.

Nach Fristablauf zur Beantwortung wurde ein Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 16.9.2004 vorgelegt aus dem hervorgeht, dass der Bw seit 1.8.1990 bis 24.7.2003 bei derselben Firma beschäftigt war und im Anschluss bis zur Pensionierung Arbeitslosengeld bezog. Weiters legte der Bw vier (am 21.9.2004) ausgestellte Geburtsurkunden seiner vier Kinder (geboren im Juli 1965, im Dezember 1967, im Oktober 1972 und im Dezember 1975) vor, die als Mutter die sowohl in der Bestätigung der Gemeinde vom 11.1.2002 als auch in den Abgabenerklärungen und im Vorbringen als Ehefrau Genannte auswiesen. Ein weiteres Vorbringen bezüglich der Kinder wurde hierzu nicht erstattet. Eine Heiratsurkunde des Bw würde nachgereicht, sobald sie dem ausgewiesenen Vertreter der Bw zur Verfügung gestellt werde. Eine Vorlage der Urkunde unterblieb jedoch in Folge.

Die Berufung des Bw wurde mit der Begründung vorgelegt, dass die doppelte Haushaltsführung privat und nicht beruflich veranlasst sei, da die am Familienwohnsitz befindliche Ehegattin nur geringe Einkünfte aus dieser Landwirtschaft beziehe, eine Firmenunterkunft nicht zwingend zu benutzen sei, da die Einkommensverhältnisse für die Familie eine eigene Wohnung in Österreich zulassen würden, und der Antragsteller seit mindestens 1994 in Österreich tätig gewesen sei und daher die Begründung eines Familienwohnsitzes in Österreich möglich wäre, aber nicht angestrebt wurde.

Mit 3.10.2005 legte der Bw „betreffend die Unzumutbarkeit der Verlegung des Familienwohnsitzes an den Beschäftigungsort in Österreich" ergänzend eine Bestätigung seiner Heimatgemeinde datiert mit 14.9.2005 über den Viehbestand bzw. die Schweinezucht des Bw am Familienwohnsitz in Bosnien-Herzegowina im Original und beglaubigter Übersetzung vor. Bestätigt wurde, dass der Bw auf eigenem Besitz eine Schweinezucht mit zehn Mutterschweinen betreibe und sich mit dem längeren Masten der Schweine (sechzig Stück) bis fünfzig Kilogramm beschäftige. Bei der alltäglichen Arbeit auf der Farm habe der Bw auch seine Familienmitglieder engagiert.

---

***Über die Berufung wurde erwogen:***

Werbungskosten sind nach § 16 Abs. 1 Satz 1 EStG 1988 Aufwendungen oder Ausgaben zur Erwerbung, Sicherung oder Erhaltung der Einnahmen.

Gemäß § 20 Abs. 1 Z 2 lit e EStG 1988 idF BGBl 1996/201 dürfen bei der Ermittlung der Einkünfte Kosten der Fahrten zwischen Wohnsitz am Arbeits-(Tätigkeits-)ort und Familienwohnsitz soweit sie den auf die Dauer der auswärtigen (Berufs-)Tätigkeit bezogenen höchstens in § 16 Abs. 1 Z 6 lit c leg cit angeführten Betrag übersteigen, nicht abgesetzt werden.

Aufwendungen für Familienheimfahrten eines Arbeitnehmers vom Wohnsitz am Arbeitsort zum Familienwohnsitz sind im Rahmen der durch § 20 Abs. 1 Z 2 lit. e EStG 1988 gesetzten Grenzen Werbungskosten, wenn die Voraussetzungen einer beruflich veranlassten doppelten Haushaltsführung vorliegen.

Liegt der Familienwohnsitz des Steuerpflichtigen außerhalb der üblichen Entfernung vom Beschäftigungsort, so können Familienheimfahrten von der Wohnung am Beschäftigungsort zum Familienwohnsitz als Werbungskosten geltend gemacht werden, wenn die Aufgabe des bisherigen Familienwohnsitzes unzumutbar ist.

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat wiederholt ausgesprochen, dass die Beibehaltung des Familienwohnsitzes aus der Sicht einer Erwerbstätigkeit, die in unüblicher Entfernung von diesem Wohnsitz ausgeübt wird, niemals durch die Erwerbstätigkeit, sondern immer durch Umstände veranlasst ist, die außerhalb dieser Erwerbstätigkeit liegen.

Die berufliche Veranlassung der mit Familienheimfahrten verbundenen Aufwendungen wird aber angenommen, wenn dem Steuerpflichtigen die Verlegung des Familienwohnsitzes an den Ort seiner Beschäftigung nicht zuzumuten ist, wobei die Unzumutbarkeit unterschiedliche Ursachen haben kann (vgl. etwa die Erkenntnisse des VwGH vom 15. November 2005, 2005/14/0039; vom 18. Oktober 2005, 2005/14/0046; vom 24. September 2007, 2007/15/0044; vom 30. September 2009, 2004/13/0159 mit weiteren Nachweisen). Die Unzumutbarkeit ist dabei aus der Sicht des jeweiligen Streitjahres zu beurteilen. Die Verlegung des Familienwohnsitzes an den Beschäftigungsort ist aus privaten Gründen dann unzumutbar, wenn diesen Gründen erhebliches Gewicht zukommt.

Nach jüngerer Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Unzumutbarkeit der Wohnsitzverlegung nach Österreich jedenfalls auch durch die in Bezug auf das Recht auf Familiennachzug geltenden restriktiven fremdenrechtlichen Bestimmungen bis zum "Fremdenrechtspaket 2005" (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, BGBl. I Nr. 100/2005) begründet.

Gemäß § 8 Abs. 5 Fremdenengesetz (FrG) 1997 bedurfte es für die Erteilung eines Erstaufenthaltstitels des Nachweises eines Rechtsanspruches auf eine für Inländer ortsübliche



Unterkunft für den Fremden. Dieser Nachweis war auch für die Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels erforderlich. Der "Rechtsanspruch" musste in Form eines Mietverhältnisses (Haupt- oder Untermietvertrag) oder in einem Eigentumsrecht auf eine Immobilie nachgewiesen werden.

Die dauerhafte Einwanderung nach Österreich wurde durch ein Quotensystem gesteuert. Gemäß § 18 Abs. 1 FrG war mit Verordnung für jeweils ein Jahr die Anzahl der Niederlassungsbewilligungen festzulegen.

Der Familiennachzug war in den §§ 20 ff FrG geregelt.

Nach § 20 Abs. 1 FrG war Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern solcher Fremder, die rechtmäßig in Österreich auf Dauer niedergelassen sind, auf deren Antrag eine Erstniederlassungsbewilligung zu erteilen, sofern sie ein gültiges Reisedokument besitzen und kein Versagungsgrund (§§ 10 bis 12) wirksam wird.

Grundsätzlich hatte die Behörde den nachziehenden Familienmitgliedern somit bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen die Erstniederlassungsbewilligung zu erteilen, allerdings nur, wenn das Kontingent für das jeweilige Bundesland noch nicht ausgeschöpft war (§§ 20 Abs. 1, 22 Abs. 1 FrG). War das Kontingent bereits ausgeschöpft, so war der Antrag nicht abzuweisen, sondern gemäß § 22 FrG die Entscheidung so lange aufzuschieben, bis auf Grund des Inkrafttretens der nächsten Niederlassungsverordnung eine Bewilligungserteilung wieder in Betracht kam.

Aus Anlass von Beschwerden betreffend die angesprochene Quotenregelung im Zusammenhang mit dem Nachzug von Familienmitgliedern nach Österreich prüfte der Verfassungsgerichtshof die Verfassungsmäßigkeit der §§ 18 Abs. 1 Z 3 und 22 FrG.

Mit Erkenntnis vom 8. Oktober 2003, G 119/03, sprach der Verfassungsgerichtshof aus, dass § 22 FrG verfassungswidrig gewesen sei. Über einen Antrag auf Familiennachzug sei zwar durch Bescheid abzusprechen. § 22 FrG habe jedoch vorgesehen, dass die Behörden unter bloßer Berufung auf das Nichtvorhandensein eines Quotenplatzes und ohne Bezugnahme auf bestimmte Kriterien für die Reihung auf der durch § 22 leg. cit. vorgesehenen Warteliste die Bescheiderlassung zurückstellten und dies dem Antragsteller formlos mitteilten, wobei eine Pflicht für diese Mitteilung überhaupt erst durch die FrGNov 2002 eingeführt worden sei.

Damit sei dem Antragsteller die Möglichkeit genommen worden, die Rechtmäßigkeit der Zurückstellung des Abspruches über seinen Antrag zu überprüfen und im Rechtsmittelweg zu bekämpfen. Diese Vorgehensweise habe nicht die Voraussetzungen eines dem Rechtsstaatsprinzip entsprechenden Verfahrens erfüllt. Zudem sei vom Gesetzgeber nicht im ausreichenden Maß geregelt worden, wie über zu vergebende Quotenplätze verfügt werden sollte, wie also die freien Quotenplätze auf die offenen Anträge zu verteilen seien.

Dem Bw ist beizupflichten, dass ihm die Verlegung des Familienwohnsitzes schon aufgrund der anfangs (bis 3.5.1997) befristeten Aufenthaltsbewilligungen und überdies aufgrund der Unwägbarkeiten durch die bereits vor dem FrG 1997 nach dem Aufenthaltsgesetz 1992 geltenden Quotenregelung unzumutbar war, wobei die Unzumutbarkeit der Wohnsitzverlegung nach Österreich jedenfalls auch durch die in Bezug auf das Recht auf Familiennachzug geltenden restriktiven fremdenrechtlichen Bestimmungen bis zum Jahr 2001 andauerte. Hierbei kommt auch dem Vorbringen des Bw Bedeutung zu, dass auch bereits aufgrund der Unterbringung des Bw in einer Firmenunterkunft (noch dazu wie glaubhaft gemacht im Interesse des Arbeitgebers stehend, und somit auch im Interesse der weiteren Erzielung von Einkünften des Bw beim selben Arbeitgeber) eine für Inländer ortsübliche Unterkunft, für die Erteilung eines Aufenthaltstitels für seine Ehefrau erforderlich gewesen, aber nicht zur Verfügung gestanden sei. Überdies ist dem Vorbringen des Bw zu folgen wonach die - wie angekündigt - bevorgestandene und im Jahr 2004 realisierte pensionsbedingte Rückkehr des Bw an seinen Familienwohnsitz, zuletzt für sich bereits eine Unzumutbarkeit der Wohnsitzverlegung begründet hätte.

Des Weiteren wird die Ansicht des Bw geteilt, wonach sich die Unzumutbarkeit der Wohnsitzverlegung auch daraus ergeben habe, dass die Landwirtschaft des Bw (wenn auch - wie zugestanden - mit im Vergleich zum österreichischen Einkommens- und Lohnniveau geringen Einkünften) in Bosnien-Herzegowina für die Dauer seiner berufsbedingten Abwesenheit, zum Erhalt der Lebensgrundlage für den Fall, dass er einmal in Österreich nicht mehr arbeite bzw. nicht mehr arbeiten könne, von seiner Ehefrau bewirtschaftet werden musste und ihm die Aufgabe des landwirtschaftlichen Besitzes, schon aus den Unwägbarkeiten der Beibehaltung einer weiteren Verdienstmöglichkeit in Österreich, wie auch im Hinblick auf sein fortgeschrittenes Alter und der schließlich geringen Pensionshöhe nicht zuzumuten war. Dass die Begründung eines Familienwohnsitzes in Österreich nicht angestrebt wurde, ist dem Bw demgemäß nicht vorwerfbar. Überdies kann angesichts der Bewirtschaftung einer Landwirtschaft von immerhin über gesamt 8,874 ha auch nicht a priori von "nicht relevanten" Einkünften, selbst in Relation zu den Einkünften des Bw gesprochen werden. Überdies wurde die Richtigkeit des Vorbringens des Bw (des Erhalts einer Existenzgrundlage) auch durch die in Folge realisierte Bewirtschaftung in Form einer Schweinezucht nachgewiesen.

Die Ausführungen des Bw hinsichtlich der Unzumutbarkeit der Verlegung des Familienwohnsitzes in den Berufungsjahren werden somit im Ergebnis geteilt. In Folge dessen waren die Kosten der Familienheimfahrten dem Grunde nach als Werbungskosten anzuerkennen.

Aufgrund der vorliegenden Umstände, wonach der Bw entgegen diesbezüglicher Aufforderung keine Belege über die Familienheimfahrten vorlegte und auch angab nicht über ein Fahrtenbuch zu verfügen, andererseits soweit Passkopien mit Sichtvermerken vorgelegt wurden, ist nach deren Anzahl das Vorbringen, er habe jedes 2. Wochenende Familienheimfahrten durchgeführt im Wesentlichen gedeckt, wenn man im Sinne des Vorbringens (der regelmäßigen Durchführung von Familienheimfahrten, der dargelegten Unterbringung lediglich in einer Firmenunterkunft in Österreich gemeinsam mit anderen männlichen Arbeitskollegen, mit den kurzen Arbeitswochen, und dem Familienwohnsitz in Bosnien-Herzegowina) davon ausgeht, dass der Bw regelmäßig in Urlaubszeiten (gerade infolge der häufigen Familienheimfahrten) auch entsprechend längere Aufenthalte am Familienwohnsitz verbrachte, und demzufolge vermindert Familienheimfahrten durchgeführt wurden. Aufgrund der offenkundig unveränderten Lebensumstände (unter Berücksichtigung der im Akt erliegenden Sichtvermerke aus den Jahren 1994 und 1995) war auch hinsichtlich der Jahre 1999 bis 2001 am Vorbringen der gleichbleibenden Durchführung der Familienheimfahrten im gesamten Berufszeitraum nicht zu zweifeln (wobei auch die Verkürzung der Fahrtstrecke über Kroatien ab dem Jahre 2000, und somit auch die Senkung der Fahrtkosten offengelegt wurde), als auch die durchgehende Beschäftigung des Bw beim selben Arbeitgeber mit einer relativ konstanten Einkommenshöhe (die auch die Kosten der Familienheimfahrten als proportional angemessen erscheinen lässt) diesem Vorbringen nicht entgegensteht. Überdies korrigierte sich der Bw im Laufe des Vorbringens selbst, als er zunächst Kosten für Familienheimfahrten in Höhe von jeweils öS 28.800,00 geltend machte und in Folge durch die tatsächlich aufgewendeten Kosten der einzelnen Fahrten - die seitens der Abgabenbehörde auch der Höhe nach als zutreffend erachtet werden, die für Familienheimfahrten aufgewendeten Beträge de facto richtig stellte. Infolgedessen war dementsprechend, bei etwa jeweils 52 Jahreskalenderwochen, unter Berücksichtigung einer Urlaubszeit von je 5 Wochen, von 24 durchgeführten Familienheimfahrten jährlich auszugehen. Somit waren in den Jahren 1996 bis 1999 jeweils öS 24.000,00 und in den Jahren 2000 und 2001 jeweils öS 14.400,00 als Werbungskosten zu berücksichtigen.

Beilage: je 6 Berechnungsblätter in Euro und ATS

Wien, am 23. September 2011