

BESVARELSE AF KOMMISSORIUM VEDRØRENDE BYGGESAG FOR FREDE-RIKSBORGVEJ 234

KOMMISSORIUM VEDTAGET AF TEKNIK- OG MILJØUDVALGET

1. INDLEDNING OG KOMMISSORIUM

Teknik- og Miljøudvalget i Københavns Kommune vedtog 14. marts 2022 et kommissorium for en ekstern juridisk vurdering af kommunens byggesagsbehandling af en byggesag vedrørende ombygning af Frederiksborgvej 234, 2400 København NV (herefter "Ejendommen").

Københavns Kommune har anmodet Horten om at besvare kommissoriet.

Af kommissoriet fremgår indledningsvist, at formålet med kommissoriet er at få tilvejebragt en ekstern juridisk vurdering af kommunens byggesagsbehandling vedrørende den konkrete byggesag for Ejendommen, og at spørgsmålene i kommissoriet handler om, hvorvidt sagsbehandlingen holder sig indenfor lovgivningens rammer.

Kommissoriet er i sin helhed vedlagt som bilag 1, og de enkelte spørgsmål i kommissoriet er gengivet og besvaret under afsnit 4.

Afsnit 2 indeholder en overordnet sammenfatning af vores svar på kommissoriet, afsnit 3 indeholder en beskrivelse af sagens faktuelle forhold og afsnit 4 indeholder vores svar på kommissoriet.

2. SAMMENFATNING

Vi vurderer overordnet, at den helhedsvurdering, der i 2015 er foretaget i Byggetilladelsen vedrørende ombygningen af bebyggelsen på Ejendommen, i det væsentlige er i overensstemmelse med kravene til helhedsvurdering efter det

dagældende bygningsreglement, idet der grundlæggende er inddraget de lovpligtige hensyn, der skal indgå efter bygningsreglementet.

I forhold til helhedsvurderingens krav til beskrivelse og vurdering af indbliksgener for naboerne til Ejendommen og i forhold til begrundelse for, hvorfor BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 6) om bebyggelse i randen af tæt bebyggede byområder ikke er relevant for ombygningen på Ejendommen, vurderer vi dog, at helhedsvurderingen i Byggetilladelsen ikke overholder bygningsreglementets krav til helhedsvurdering.

De anførte mangler vedrører primært formelle krav i forhold til partshøring og begrundelse, og der er således ikke tale om forhold, som udelukker, at der kan meddeles en ny byggetilladelse til ombygningen i den nu pågående byggesagsbehandling.

Vi vurderer tillige, at den i Byggetilladelsen fra 2015 gennemførte helhedsvurdering er forenelig med friarealprocenten i kommuneplanen, idet der derved er foretaget en konkret vurdering af, om ombygningen fører til forbedrede eller forringede opholdsarealer på Ejendommen, herunder i forhold til om opholdsarealerne kvalitetsmæssigt forbedres.

Det bemærkes, at kommuneplanrammerne ikke er direkte bindende for borgere, men at kommuneplanrammerne kan inddrages ved gennemførelsen af en helhedsvurdering af det pågældende byggeri i forhold til, hvad der tilstræbes i området.

I forhold til anvendelsen af byggelovens § 6D, stk. 1, har vi foretaget en vurdering af bestemmelsens mulige betydning i forhold til anvendelsen af sortglaseret tegl og hvid pudsning af facaden på bebyggelsen, da det alene er disse forhold ved ombygningen, som stadsarkitekten for København ved sin udtalelse i sagen har vurderet, giver bebyggelsen et udtryk, der ikke er i harmoni med omgivelserne.

Byggelovens § 6D, stk. 1, giver alene mulighed for at stille vilkår for byggeri i områder, der er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk, landskabsmæssig eller æstetisk helhedsvirkning. Om området, hvor Ejendommen er beliggende, opfylder denne betingelse i bestemmelsen er ikke en juridisk vurdering, og derfor ikke en vurdering, som vi kan foretage ved besvarelsen af kommissoriet.

Byggelovens § 6D, stk. 1, udgør under alle omstændigheder alene en "kan" bestemmelse forstået på den måde, at der ikke er eller i 2015 var nogen pligt for kommunen til at fastsætte vilkår for et byggeri med hjemmel i bestemmelsen.

I forhold til, om Byggelovens § 6D, stk. 1, kan anvendes som et selvstændigt nægtelsesgrundlag, foreligger der på nuværende tidspunkt uoverensstemmelse mellem praksis fra Byggeklageenheden som klagemyndighed på området og indholdet af Byggestyrelsens vejledning til bygningsreglementet. Vi vurderer, at

Københavns Kommune som udgangspunkt er forpligtet til at administrere bestemmelsen i overensstemmelse med gældende praksis fra den overordnede myndighed, Byggeklageenheden. Det vil sige ud fra den forståelse, at byggelovens § 6D, stk. 1, ikke kan anvendes som et selvstændigt grundlag for meddelelse af afslag på en ansøgning om byggetilladelse.

Det forhold, at bygningen på Ejendommen er udpeget med en SAVE-værdi på 4, er ikke i sig selv afgørende for anvendelse af byggelovens § 6D, stk. 1, ligesom der ikke på dette grundlag er en ret for kommunen til at stille vilkår for byggeriet.

Byggeklageenheden har ved Afgørelsen vurderet, at 1-årsfristen for udnyttelse af Byggetilladelsen er overholdt, og Københavns Kommune er forpligtet til at lægge denne vurdering til grund ved den videre byggesagsbehandling i sagen.

I forhold til den på Ejendommen tinglyste servitut vurderer vi, at kommunens beslutning om ikke at håndhæve servitutten i forbindelse med den første byggesagsbehandling indebærer, at ejeren af Ejendommen derved har opnået en berettiget forventning om, at Københavns Kommune ikke vil håndhæve servitutten i forhold til ombygningen af Ejendommen, og at kommunen derved er afskåret fra at håndhæve servitutten i forbindelse med meddelelse af ny byggetilladelse for ombygningen. En håndhævelse vurderes på baggrund af oplysninger om fravigelse af servitutten til lignende byggeprojekter indenfor servitutområdet tillige at kunne være i strid med lighedsprincippet.

Vi vurderer, at det er en rigtig forståelse af Afgørelsen fra Byggeklageenheden, at hjemvisningen er begrundet i manglende partshøring og utilstrækkelig begrundelse i helhedsvurderingen. Dog således, at henvisning til utilstrækkelig begrundelse i helhedsvurderingen ikke er udtryk for, at Byggeklageenheden med Afgørelsen har taget stilling til selve vurderingen af indbliksgenerne for naboerne. Byggeklageenheden har alene taget stilling til, at det ikke fremgår af Byggetilladelsen, at dette forhold er tilstrækkeligt belyst og vurderet under sagsbehandlingen i 2015, og at de nævnte forhold skal indgå ved en ny vurdering i sagen på baggrund af partshøring af naboerne.

Vi er ikke enige i, at Afgørelsen fra Byggeklageenheden indeholder en stillingtagen til, at byggelovens § 6D med rette ikke er anvendt i forhold til den konkrete byggesag. Men i Afgørelsen fastslår Byggeklageenheden, at det ikke er i strid med de retlige rammer efter byggelovens § 6D, stk. 1, at kommunen ikke har stillet vilkår til byggeriet med hjemmel i bestemmelsen. Afgørelsen tager ikke stilling til, om kommunen – hvis den havde ønsket det – kunne have stillet vilkår efter § 6D i den konkrete sag.

Sammenfattende vurderer vi, at den helhedsvurdering, der i 2015 er foretaget i Byggetilladelsen vedrørende ombygningen af bebyggelsen på Ejendommen – bortset fra de bemærkninger, der fremgår af Afgørelsen fra Byggeklageenheden i forhold til partshøring af naboerne vedrørende indbliksgener som følge

af ombygningen - er i overensstemmelse med kravene til helhedsvurdering efter bygningsreglementet.

I forhold til mulighederne for at meddele afslag på byggetilladelse i forbindelse med den igangværende nye byggesagsbehandling, vurderer vi i øvrigt, at det under hensyntagen til indholdet af de oplysninger, der er fremkommet under partshøringen, samt at byggeriet er opført i henhold til og i overensstemmelse med en meddelt byggetilladelse, vil være uproportionalt og i strid med ejers berettigede forventninger, såfremt sagen nu afgøres med at stille krav om fysisk lovliggørelse af byggeriet på Ejendommen.

Vi har herved vurderet, at oplysningerne om karakteren og omfanget af de gener, som naboerne oplever som følge af ombygningen, ikke er af en intensitet og styrke, der kan begrunde en afgørelse om fysisk lovliggørelse i en situation som den foreliggende, hvor byggeriet er opført i henhold til og i overensstemmelse med en meddelt byggetilladelse.

3. SAGENS FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

Københavns Kommune meddelte 5. februar 2015 byggetilladelse til at ombygge en treetagers bygningen på Ejendommen (herefter "Byggetilladelsen").

Byggetilladelsen indebar tilladelse til at indrette to nye beboelseslejligheder på hver 78 m² i en ny tagetage på bygningen og i den forbindelse, at tagkonstruktionen på bygningen blev hævet med ca. 5,5 meter. Herudover blev der med byggetilladelsen givet tilladelse til etablering af to altaner i gavltrekanten på henholdsvis øst- og vestfacaden på bygningen samt etablering af et hævet opholdsareal, der skulle etableres over en eksisterende nedgravet vendeplads, der efter ombygningen anvendes til 3 parkeringspladser.

Det hævdede opholdsareal vil i henhold til byggeansøgningen blive etableret ca. 1,3 meter over eksisterende omgivende terræn og har et areal på ca. 35 m². Efter Byggetilladelsen etableres det hævdede opholdsareal minimum 2,5 meter fra skel mod naboer, og forsynes med et værn med en højde på minimum 1,2 meter.

Ejendommen er i henhold til dagældende kommuneplan, Kommuneplan 2011, etableret i et B3-område, hvorefter der gælder en rammebestemmelse om maksimal bebyggelsesprocent på 110, maksimal højde på 20 meter og friarealprocent på mindst 60 for boliger.

Af Byggetilladelsen fremgår, at ombygningen vil indebære en reduktion af friarealprocenten på Ejendommen fra 55 til 47. I Byggetilladelsen er vedrørende forholdet til kommuneplanens friareal krav angivet følgende:

"Ejendommens indretning gør, at friareal på terræn er reduceret, men det viste hævdede opholdsareal over 3 nye parkeringspladser, forbedrer opholdsmulighederne på ejendommen.

De nye tagboliger er begge etableret med altan, hvilket medvirker til at reduktionen på 7 % fra 55 til 47 ikke vurderes at have væsentlig betydning.

Vi vurderer, at det ansøgte svarer godt til det tilstræbte i området."

Ejendommen er omfattet af en såkaldt villaservitut tinglyst på Ejendommen 19. juli 1920. Af servituten fremgår det bl.a., at

"Paa Ejendommen maa kun opføres en Beboelsesbygning med højst 3 til Beboelse indrettede Etager (Beboelseslag), foruden enkelte Kvistværelser, der dog ikke maa være indrettede til selvstændig Beboelse. Hver Etage (Beboelseslag) maa kun tjene til Bolig for 2 Familier. Kælderen må ikke indrettes til Beboelse. Mindre udhuse til Beboernes Behov maa opføres paa Grunden."

Af Byggetilladelsen fremgår følgende vedrørende forholdet til servituten:

"Den nye tagetage med 2 selvstændige beboelseslejligheder er ikke i overensstemmelse med byggeservitutens bestemmelser, om at der ikke må indrettes selvstændige beboelseslejligheder i tagetagen (3. sal).

Det vurderes at den nye tagetage med taghældning fremstår som en egentlig tagetage i lighed med de øvrige ejendomme i servitut området.

Ejendommene matr. nr. 442 Emdrup, København (naboejendom) og matr. nr. 449 Emdrup, København, der begge ligger i byggeservitutens område har fået godkendt selvstændige beboelser i tagetagen, jf. påtegninger lyst henholdsvis 30. april og 7. december 1942.

Center for Bygninger har derfor valgt i den konkrete sag ikke at håndhæve servitutens bestemmelser om at tagetagen ikke må indrettes til selvstændig beboelse, jf. planlovens § 43."

Ombygningen af byggeriet på Ejendommen er i dag færdigudført på baggrund af og i overensstemmelse med Byggetilladelsen.

I forbindelse med byggeriets udførelse klagede naboerne i 2018 over byggeriet til Byggeklageenheden.

Byggeklageenheden traf 3. april 2020 afgørelse i sagen (herefter "Afgørelsen"). Ved Afgørelsen hjemviste Byggeklageenheden Byggetilladelsen til fornyet behandling ved Københavns Kommune. Afgørelsen fra Byggeklageenheden er behandlet detaljeret ved besvarelsen af kommissoriet under afsnit 4.2.

Efter Byggeklageenhedens hjemvisning til fornyet behandling har Københavns Kommune sagsbehandlet sagen på ny og foretaget partshøring af naboerne på Hvidkløvervej 15, 17 og 19 og Frederiksborgvej 236.

Naboerne har alle afgivet høringssvar imod, at der meddeles lovliggørende byggetilladelse til den gennemførte ombygning på Ejendommen. Af høringssvarene

fremgår det bl.a., at naboerne vurderer, at ombygningen med altaner og hævet opholdsareal fører til øgede indbliksgener, samt at ombygningen vil indebære reducerede lysforhold.

Herudover finder naboerne, at kommunens helhedsvurdering er mangelfuld, da kommunen ikke har forholdt sig til byggeriets samlede omfang set i forhold til tilstødende arealer og bebyggelse.

Naboerne henviser tillige til, at friarealprocenten i Kommuneplan 2011 ikke er opfyldt, og at ombygningen er i strid med den på Ejendommen tinglyste villaservitut.

Naboerne henviser tillige til, at kommunen burde have gjort brug af byggelovens § 6D, stk. 1, til at stille krav til bygningens æstetiske udtryk og arkitektoniske tilpasning i området, herunder i forhold til etablerede altaner og store vinduer samt det forhold, at facaden er ændret fra rød mursten til hvidpudset.

Af øvrige indsigelser har naboerne bl.a. henvist til, at 1-årsfristen for udnyttelse af Byggetilladelsen efter naboernes opfattelse ikke er opfyldt, og at den ændrede facade vil medføre støjreflektion og dermed øget trafikstøj.

Indsigelserne fra naboerne er kommenteret af forvaltningen ved notat af 26. august 2021, der indgår som bilag 5 til behandling af sagen på møde i Teknik- og Miljøudvalget 13. december 2021.

På baggrund af partshøring af naboerne og fornyet behandling af byggeansøgningen samt besvarelse af de forskellige indsigelsespunkter fra naboerne, indstillede forvaltningen til Teknik- og Miljøudvalget, at der blev givet en ny byggetilladelse til ombygningen på Ejendommen. Af indstillingen til Teknik- og Miljøudvalget fremgik bl.a. følgende:

"På baggrund af den fornyede sagsbehandling og partshøring vurderer forvaltningen, at sagen er behandlet i overensstemmelse med praksis, og at der på et sagligt grundlag skal gives en ny byggetilladelse. Forvaltningen har i vurderingen lagt vægt på, at der ikke er væsentligt øget indblik for nabogrundene, at servitutten er overholdt, og at bygningen efter ombygningen er sædvanligt for området samt fortsat indgår i områdets helhed.

I den forbindelse har forvaltningen også lagt vægt på, at byggeriet i dag står færdigbygget inden for rammerne af byggetilladelsen fra 2015. Derudover er der ved partshøringen ikke indkommet oplysninger, som ville ændre på forvaltningens vurdering og sagens udfald i 2015. På baggrund af ovenstående gennemgang, er det forvaltningens vurdering, at det hverken er sagligt eller proportionelt at stille krav om, at bygningen skal føres tilbage til oprindelig fremtræden og udtryk.

Der er således ikke et sagligt grundlag for ikke at meddele ejeren af ejendommen en byggetilladelse, og forvaltningen har derfor ikke mulighed for at træffe anden afgørelse."

På møde 13. december 2021 traf Teknik- og Miljøudvalget følgende beslutning:

“sagen sendes tilbage til forvaltningen med henblik, at der gennemføres en ekstern juridisk vurdering af sagen, hvor udvalget får indflydelse på de spørgsmål, der skal undersøges.”

Teknik- og Miljøudvalget vedtog 14. marts 2022 et kommissorium for den eksterne juridiske vurdering. Kommissoriet er vedlagt som bilag 1.

På baggrund af spørgsmål fra medlem af Borgerrepræsentationen Marcus Vestager (A) har stadsarkitekten for København afgivet følgende udtalelse af 23. marts 2022:

"Spørgsmål

Jeg vil gerne bede stadsarkitekten udarbejde et notat/en udtalelse angående Frederiksborgvej 234's arkitektur og relationen til den omkringliggende kontekst/helhed.

Svar

Frederiksborgvej fra Nørrebrogade til Søborg Hovedgade er en strækning på tre km. Her findes 11 pudsede huse, og resten er i blank mur i farverne rød eller gul.

Ejendommen Frederiksborgvej 234 er opført i 1934 som en ejendom i tre etager i blank rød tegl med fladt tag. Den er beliggende som nr. fire i en række af fem etageejendomme med nogenlunde samme fodaftryk og volumen, som samlet udgør en stokbebyggelse med let forskelligartede bygninger.

De tre ejendomme beliggende syd for Frederiksborgvej 234 er opført i stilarten funktionel traditionalisme, mens ejendommen nord for Frederiksborgvej 234 er opført som et bedre byggeskik eller købstadshus. De øvrige ejendomme har rejste røde tegltage eller tagpapstage og er alle i blank rød mur med enkelte dekorationer i form af gesimsbånd eller dekorative rækker af gule tegl. Dermed skilte Frederiksborgvej 234 sig væsentligt ud inden ombygningen ved at have et fladt tag. Ejendommen havde derimod tidligere en homogenitet i materialer og farvesætning til de øvrige fire stokhuse og til resten af Frederiksborgvej.

Den nuværende ombygning af Frederiksborgvej 234 med et rejst sort-glaseret tag og hvid pudsning af efterisoleringen er ikke i samklang med den øvrige bebyggelse i området, men søger mod at ejendommen får et palæudtryk, som ikke er i harmoni med omgivelserne.

Det er på den baggrund min vurdering, at en facade i tegl (ikke puds) er sammenstemmende med egenarten langs Frederiksborgvej, mens at tagformen (ikke tagmaterialet) er i overensstemmelse med kontekstens arkitektur.

Ovenstående vurdering vil tilgå advokaterne i forbindelse med deres undersøgelse af sagen."

4. BESVARELSE AF KOMMISSORIUM

4.1 Kommissoriet 1) - "Vurdering af, om byggesagsbehandlingen i 2015 i henhold til de retlige rammer i byggelovgivningen og planlovgivningen:"

4.1.1 Kommissoriet – spørgsmål 1 a)

"Vurdering af helhedsvurderingen, der blev foretaget efter bygningsreglementet, herunder om der heri er inddraget relevante hensyn henset til de skønmæssige rammer i relation til kriteriet om tilfredsstillende opholdsareal og de øvrige lovpligtige kriterier i helhedsvurderingen.

- *Holder kommunen sig i den konkrete sag inden for den retlige ramme, når det ikke er tillagt afgørende vægt i helhedsvurderingen, at ejendommens friarealprocent på 55 pct. med det ansøgte bliver mindre end dagældende kommuneplan 2011 krav om 60 pct.?"*

4.1.1.1 Besvarelse

4.1.1.1.1 Helhedsvurderingen

Vi forstår kommissoriet således, at der ønskes en vurdering af den helhedsvurdering, som blev foretaget i 2015 ved Byggetilladelsen.

Byggetilladelsen er meddelt efter det dagældende bygningsreglement, BR10.

Bestemmelserne i BR10, kap 2.2 fastlægger byggeretten for de ejendomme, der er omfattet af bestemmelserne. Kommunen kan ikke nægte at godkende et byggeri, når byggeriet opfylder de relevante betingelser i kapitlet om etageareal, bebyggelsesprocent, grundstørrelse, etageantal og højde- og afstandsforhold.

Når et byggeri ikke overholder byggeretten, jf. ovenfor, skal kommunen i stedet foretage en helhedsvurdering af byggeriet i henhold til de generelle kriterier i kap. 2.3.1 og de bebyggelsesregulerende bestemmelser i kap. 2.3.2-2.3.5.

Byggetilladelsen for Ejendommen er meddelt på baggrund af en helhedsvurdering efter BR10, kap. 2.3. I bygningsreglementet er fastsat seks generelle kriterier, der skal indgå i helhedsvurderingen.

Af BR10 kap. 2.3.1 fremgår følgende vedrørende de generelle kriterier i helhedsvurderingen:

"2.3.1 Generelle kriterier

Stk. 1 Ved regulering af et eller flere af de bebyggelsesregulerende forhold i kapitel 2.3.2-2.3.5 skal kommunalbestyrelsen lade følgende forhold indgå i bedømmelsen:

- 1) *Bebyggelsens samlede omfang skal være hensigtsmæssig i forhold til bebyggelsens anvendelse.*
- 2) *Bebyggelsens samlede omfang skal svare til det sædvanlige i karréen, kvarteret eller området eller til det, der tilstræbes i området.*
- 3) *Der skal under hensyn til ejendommens benyttelse sikres tilfredsstillende lysforhold for ejendommens bebyggelse og nabobebyggelse samt sikres mod væsentlige indbliksgener i forhold til anden bebyggelse på samme grund og på nabogrunde.*
- 4) *Der skal i overensstemmelse med kravene i kapitel 2.4 sikres tilfredsstillende friarealer i forhold til ejendommens benyttelse, herunder opholdsarealer for beboere, brugere og beskæftigede.*
- 5) *Der skal i overensstemmelse med kravene i kapitel 2.4 og under hensyn til ejendommens benyttelse sikres tilfredsstillende adgangs- og tilkørselsforhold for ejendommens brugere, herunder personer med handicap, og redningsberedskab, og der skal være tilstrækkelige parkeringsarealer.*
- 6) *Ved bebyggelse i randen af tæt bebyggede byområder, der støder op til et uplanlagt areal, til et parcel-, sommerhus- eller kolonihaveområde, eller et område med tæt/lav bebyggelse, skal bebyggelsens samlede omfang fastlægges under hensyn til karakteren af de tilstødende arealer og omfanget af eventuel bebyggelse."*

Tilsvarende bestemmelser findes i det nugældende bygningsreglement, BR18 § 188.

Af Byggetilladelsen fremgår det, at Københavns Kommune har foretaget en helhedsvurdering, og at Byggetilladelsen er meddelt på baggrund af denne helhedsvurdering.

I Byggetilladelsen er foretaget en vurdering af ombygningsprojektet i forhold til de enkelte kriterier angivet i det dagældende BR10, pkt. 2.3.1 – dog ikke pkt. 6) om bebyggelse i randen af tæt bebyggede byområder. Der henvises til beskrivelserne i Byggetilladelsen herom.

Af den samlede begrundelse, baseret på helhedsvurderingen, fremgår følgende af Byggetilladelsen:

"Vi har godkendt byggeriet, da det med hensyn til placering, højde og etageantal i princippet er i overensstemmelse med Kommuneplanen. Der er herved taget hensyn til, at bebyggelsens omfang svarer til det sædvanlige i området og at friarealerne er tilfredsstillende i forhold til ejendommens anvendelse."

Naboernes indsigelser, som er afgivet i forbindelse med den partshøring, som blev foretaget efter hjemvisning af sagen i april 2020 til fornyet behandling ved kommunen, vedrører punkterne 2) - 4) og 6) af de ovennævnte generelle hensyn, som efter bygningsreglementet skal indgå i helhedsvurderingen.

Vedrørende forholdet til BR10, kap. 2.3.4, stk. 1, nr. 2) om, at "*bebyggelsens samlede omfang skal svare til det sædvanlige i karréen, kvarteret eller området eller til det, der tilstræbes i området*" henvises til afsnit 4.1.1.1.2. nedenfor, hvor dette kriterie er behandlet i forhold til indsigelserne fra naboerne vedrørende forholdet til friarealprocent i kommuneplanrammen for området.

I forhold til BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 3) bemærkes det, at Byggeklageenheden ved sin Afgørelse har vurderet, at naboerne til Ejendommen burde have været partshørt, da kommunen ikke kunne udelukke, at naboerne ville få væsentlige indbliksgener som følge af ombygningen af Ejendommen. Byggeklageenheden har således vurderet, at den helhedsvurdering, der ligger til grund for Byggetilladelsen i forhold til vurdering af indbliksgener ikke er foretaget på et tilstrækkeligt oplyst grundlag. Afgørelsen fra Byggeklageenheden er behandlet detaljeret ved besvarelsen af kommissoriet under afsnit 4.2.

På dette punkt opfyldte Byggetilladelsen således ikke de krav, der stilles til helhedsvurdering.

Vedrørende BR10, kap. 2.3.4, stk. 1, nr. 4), om tilfredsstillende friarealer i forhold til ejendommens benyttelse, herunder opholdsarealer fremgår følgende af Byggetilladelsen:

"I kommuneplanen er området udlagt til boligområde med en fordeling af friarealprocent på 60. Det ansøgte vil medføre en reduktion af friarealprocenten på ejendommen fra 55 til 47.

En stor del af det ubebyggede areal på ejendommen er anvendt som ned- og tilkørselsareal til en garage på bygningens bagside. Garagen har gulv i kælderniveau. Ned- og tilkørselsareal udgør således et nedgravet befæstet areal, der blandt andet anvendes til etablering af den parkering, som anvendelsen af ejendommen til boligformål forudsætter.

Over det befæstede areal, etableres et hævet opholdsareal, der medvirker til, at forbedre kvaliteterne af de fælles opholdsarealer væsentligt.

Sammen med de til de nye boliger hørende altaner er det hævede opholdsareal med til at sikre, at der på ejendommen er opholds- og friarealer i et sædvanligt og acceptabelt omfang."

Ved helhedsvurderingen er det således vurderet, at etablering af et hævet opholdsareal indebærer en væsentlig forbedring af kvaliteten af de fælles opholdsarealer på Ejendommen, og at dette areal sammen med altanerne til de nye boliger i tagetagerne sikrer, at der på Ejendommen er opholds- og friarealer i et sædvanligt og acceptabelt omfang.

Vi vurderer, at denne begrundelse i Byggetilladelsen opfylder kravene til en helhedsvurdering vedrørende friarealer og opholdsarealer på ejendommen. Vurderingen heraf er underlagt kommunens skønsmæssige beføjelse. Vedrørende forholdet til friarealprocenten i kommuneplanrammen henvises til pkt. 4.1.1.1.2 neden for.

I forhold til BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 6), om bebyggelse i randen af tæt bebyggede byområder bemærkes det, at Byggetilladelsen ikke indeholder nærmere bemærkninger til BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 6). Efter praksis fra Byggeklageenheden er det et krav, at der ved gennemførelse af en helhedsvurdering efter bygningsreglementet skal foretages en beskrivelse af det konkrete byggeris forhold til hvert af de seks generelle kriterier i helhedsvurderingen.

Vi vurderer derfor, at Byggetilladelsen på dette punkt er mangelfuldt begrundet, idet der burde have været angivet bemærkninger til forholdet omfattet af BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 6), herunder bemærkninger til, hvorfor hensynet vedrørende bebyggelse i randen af tæt bebyggede byområder ikke er relevant i forhold til den konkrete byggesag.

Ved notat af 26. august 2021 med bemærkninger til naboernes indsigelser i forbindelse med partshøringen samt i indstillingen til brug for Teknik- og Miljøudvalgets behandling af sagen på møde 13. december 2021 har forvaltningen angivet, at baggrunden for, at dette hensyn ikke blev kommenteret i Byggetilladelsen var, at forvaltningen vurderede, at kriteriet ikke var relevant for Byggetilladelsen, fordi området med fritstående bebyggelser i 3-4 etager ikke kunne betragtes som et tæt bebygget område som fx karrebebyggelse. Derfor fremgik kriteriet ikke af Byggetilladelsen. I notatet er det angivet, at forvaltningens praksis siden meddelelse af Byggetilladelsen er ændret således, at der nu i den enkelte byggetilladelse også foretages en beskrivelse og begrundelse vedrørende kriterier, der vurderes ikke at være relevante for en konkret byggetilladelse.

Vi har ikke grundlag for nærmere at vurdere forvaltningens konkrete bedømmelse af, at området ikke har karakter af et tæt bebygget område, jf. BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 6).

I forhold til indsigelserne om øget trafikstøj som følge af facaderenoveringen bemærkes, at vi er enige i forvaltningens bemærkninger angivet i notat af 26. august 2021 om, at trafikstøj for naboerne ikke er et kriterium, der kan indgå ved byggesagsbehandlingen, ligesom det lægges til grund, at den foretagne ændring af facaden ikke ændrer på støjpåvirkningen fra trafik i forhold til naboejendommene.

Med undtagelse af de to punkter angivet ovenfor vedrørende partshøring i forhold til indbliksgener, jf. BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 3), samt begrundelse vedrørende BR10, pkt. 2.3.1, pkt. 6), om bebyggelse i randen af tæt bebyggede byområder, vurderer vi, at Byggetilladelsen overholder de generelle krav til helhedsvurdering efter bygningsreglementet, idet der er inddraget de lovpligtige hensyn, der skal indgå efter bygningsreglementet.

Nedenfor i afsnit 4.1.1.1.2 er behandlet den del af kommissoriets spørgsmål 1 a), der vedrører forholdet til friarealprocenten i kommuneplanrammen.

4.1.1.1.2 Forholdet til kommuneplanen

Af den dagældende kommuneplanramme for området, fastlagt i Kommuneplan 2011, var der fastlagt en friarealprocent på mindst 60 for boliger. Ombygningen på Ejendommen har betydet en reduktion af friarealprocenten på Ejendommen fra 55 til 47.

Vi forstår kommissoriet således, at der ønskes en vurdering af, om denne reduktion af friarealprocenten er i strid med bygningsreglementets krav om helhedsvurdering henset til, at den dagældende kommuneplanramme for området indeholdt en friarealprocent på 60.

Kommuneplanens rammebestemmelse for området er ændret efter meddelelse af Byggetilladelsen, således at der ved Kommuneplan 2015 blev fastlagt en friarealprocent på minimum 50. Denne rammebestemmelse blev videreført med Kommuneplan 2019, hvor friarealprocenten således fortsat er minimum 50.

Ved fornyet byggesagsbehandling af ombygningsprojektet på Ejendommen skal kommunen lægge den gældende kommuneplan til grund, det vil sige den nedsatte friarealprocent på 50.

I forhold til den i kommuneplanen fastlagte friarealprocent bemærkes det, at en kommuneplan ikke er direkte gældende overfor borgerne.

Kommunen kan dog efter planlovens § 12, stk. 3 modsætte sig bebyggelse, der er i strid med en kommuneplanramme, forudsat at der er en planmæssig begrundelse herfor, samt at dette er foreneligt med almindelige forvaltningsretlige principper, herunder lighedsprincippet. Anvendelsen af planlovens § 12, stk. 3 er under disse forudsætninger en mulighed for kommunen og ikke en pligt. Kommunen kan således godt meddele byggetilladelse til et byggeri, der indebærer reduktion af friarealprocenten, sådan som den er fastlagt i kommuneplanrammerne for et område.

Kommuneplanens rammebestemmelser – herunder rammebestemmelser om friarealprocent – vil i forbindelse med kommunens sagsbehandling i byggesager indgå som vejledning i forhold til, hvad der tilstræbes i et givent område. Det betyder blandt andet, at indholdet af kommuneplanrammerne i et vist omfang kan inddrages i helhedsvurderingen ved vurderinger af, at bebyggelsesomfang skal svare til det, *"der tilstræbes i området"*, jf. BR10, kap. 2.3.4, stk. 1, nr. 2.

I Byggetilladelsen er angivet følgende vedrørende forholdet til BR10, kap. 2.3.4, stk. 1, nr. 2):

"Kommuneplanens rammebestemmelser fastlægger, at et areal svarende til ca. 60 procent af boligarealet skal anvendes til friareal, der er egnet til

ophold. Ejendommens indretning gør, at friareal på terræn er reduceret, men det viste hævede opholdsareal over 3 nye parkeringspladser, forbedrer opholdsmulighederne på ejendommen.

De nye tagboliger er begge etableret med altan, hvilket medvirker til at reduktionen på 7 % fra 55 til 47 ikke vurderes at have væsentlig betydning.

Vi vurderer, at det ansøgte svarer godt til det tilstræbte i området."

Ved helhedsvurderingen har forvaltningen således inddraget hensynet til kommuneplanrammens krav om friarealprocent og vurderet, at opholdsmulighederne på Ejendommen forbedres ved ombygningen, idet en del af ombygningen går ud på at etablere et nyt fælles opholdsareal over et areal, der ikke tidligere har været egnet til ophold, og idet der etableres altaner til de nye boliger i tagetagen.

Vi vurderer, at denne vurdering ligger indenfor de retlige rammer af en helhedsvurdering i sagen i forhold til at inddrage friarealprocenten i kommuneplanen, idet der derved er foretaget en konkret vurdering af, om ombygningen fører til forbedrede eller forringede opholdsarealer på Ejendommen. Et afgørende hensyn bag fastsættelsen af friarealprocenter i en kommuneplanramme vil netop være at sikre tilstrækkeligt opholdsareal på de enkelte ejendomme. Vi vurderer, at der heri kan indgå en hensyntagen til, om opholdsarealerne kvalitetsmæssigt forbedres, således at den blotte reduktion af friarealprocenten ikke nødvendigvis fører til forringede opholdsmuligheder.

Det bemærkes, at der ved fornyet byggesagsbehandling skal foretage en vurdering i forhold til den reducerede friarealprocent i gældende kommuneplanramme for området, og at det ud fra samme betragtninger som angivet i Byggetilladelsen må antages at ligge indenfor rammerne af en helhedsvurdering efter bygningsreglementet at vurdere, at ombygningen er forenelig med den reducerede friarealprocent.

I forhold til de dele af BR10, kap. 2.3.4, stk. 1, nr. 2), der vedrører en vurdering af bebyggelsens omfang i forhold til, hvad der er sædvanligt i området, konstaterer vi, at der ikke i høringssvarene eller i sagen i øvrigt er oplysninger om, at bebyggelsens omfang skulle afvige fra det, der er sædvanligt i området.

Af den generelle begrundelse for helhedsvurderingen, er der i Byggetilladelsen henvist til, at bebyggelsens omfang svarer til det sædvanlige i området. På baggrund af karakteren af ombygningen og oplysningerne i sagen om, at der også andre steder i området er etableret udnyttede tagetager, vurderes det, at Byggetilladelsen i tilstrækkelig grad indeholder en vurdering af og begrundelse for de hensyn og kriterier, som er angivet i BR10, kap. 2.3.4, stk. 1, nr. 2), i forhold til vurdering af bebyggelsens omfang i forhold til, hvad der er sædvanligt i området.

I forbindelse med partshøring har naboerne fremhævet, at Københavns Kommune ved tidligere afslag på gennemførelse af ombygningsprojekter på Ejendommen har henvist til, at yderligere bebyggelse på Ejendommen ikke vil være i overensstemmelse med kommuneplanens rammebestemmelser om friarealprocent.

Af sagens oplysninger vedrørende disse tidligere ansøgninger fremgår det dog, at disse ansøgninger vedrørte byggeprojekter, der førte til en lavere friarealprocent end det byggeprojekt, som er tilladt med Byggetilladelsen, ligesom der var andre forhold – herunder forholdet til den på Ejendommen tinglyste servitut – som førte til afslag på byggetilladelse til de pågældende projekter for ombygning af bebyggelsen på Ejendommen.

4.1.2 Kommissoriet - Spørgsmål 1 b)

"Vurdering af anvendelsesområdet for byggelovens § 6D set i forhold til den konkrete byggesag, hvor Byggeklageenheden ikke fandt grundlag for at kritisere den forudgående arkitektoniske vurdering i den konkrete byggesag, der dannede grundlag for forvaltningens vurdering af, at byggelovens § 6D, stk. 1, ikke vil kunne finde anvendelse.

- *Ligger det i øvrigt inden for den retlige ramme at nægte altaner og store vinduer med byggelovens § 6D, stk. 1, som selvstændigt nægtelsesgrundlag, eller er det kun muligt at stille vilkår, hvis forvaltningens arkitektoniske vurdering var blevet underkendt af Byggeklageenheden?*
- *Er kommunen forpligtet til at anvende byggelovens § 6D, stk. 1, når ejendommens SAVE-værdi er på 4, men i øvrigt ikke er udpeget som bevaringsværdig i kommuneplanen, hvis forvaltningens arkitektoniske vurdering var blevet underkendt af Byggeklageenheden?"*

4.1.2.1 Besvarelse

4.1.2.1.1 Anvendelsesområdet for byggelovens § 6D, stk. 1,

Byggelovens § 6D, stk. 1 har følgende ordlyd:

"Kommunalbestyrelsen kan gøre en tilladelse efter byggeloven afhængig af, at bebyggelsen får en sådan ydre udformning, at der i forbindelse med dens omgivelser opnås en god helhedsvirkning"

Bestemmelsen er overført fra kommuneplanloven til byggeloven i 1990, og svarer til bestemmelsen i dagældende kommuneplanlov § 44, stk. 1, om god helhedsvirkning i forbindelse med bebyggelsen og dens omgivelser.

Af forarbejderne til bestemmelsen¹ i forbindelse med overførslen fra kommuneplanloven til byggeloven fremgår det, at

"Kommuneplanlovens § 44, stk. 1 (god helhedsvirkning i forbindelse med en

¹ Lovforslag nr. 73 af 22. november 1989.

bebyggelse og dens omgivelser) og § 44, stk. 2, (skiltning og lysinstallationer mv.) anvendes af kommunerne som styringsinstrument i byggesager, der specielt af æstetiske grunde påkalder sig opmærksomhed samt til indgreb overfor allerede etablerede enkeltstående skæmmende og dominerende facadebelysning- og skiltningsforhold."

Af et tidligere cirkulære til kommuneplanloven² fremgik, at bestemmelsen "normalt kun kunne anvendes i tilfælde, hvor bebyggelsen i området på forhånd er karakteriseret ved en særlig helhedsvirkning og navnlig hvor der er tale om bevaringsværdige ældre bymiljøer."

Herudover fremgik det af cirkulæret, at Planstyrelsen i sin praksis vedrørende bestemmelsen har lagt afgørende vægt på, om den eksisterende bebyggelse i området i sammenhæng med omgivelserne i øvrigt på forhånd var karakteriseret ved en særlig arkitektonisk (landskabsmæssigt eller æstetisk) helhedsvirkning, samt for nyere bebyggelse om en sådan helhedsvirkning var særligt tilstræbt i planlægningen for området.³

Af forarbejderne til den daværende bestemmelse i kommuneplanlovens § 44, stk. 1, fremgår tillige, at bestemmelsen bør administreres i overensstemmelse med ministeriets hidtidige praksis efter tilsvarende bestemmelser i de hidtidige byggelove, hvor ministeriet havde oplyst, at bestemmelserne ikke havde været anvendt til en regulering af detaljer eller til at fremkalde en unødigt ensartethed i byggeriet.⁴

Af vejledningen om byggesagsbehandling efter BR18 fremgår herudover følgende vedrørende anvendelsesområdet for byggelovens § 6D:

"Byggelovens § 6 D, stk. 1, giver kommunalbestyrelsen mulighed for at stille krav til en bebyggelses ydre udformning i forbindelse med byggesagsbehandling. § 6 D, stk. 1, kan bruges til at stille betingelser i forbindelse med udstedelse af en byggetilladelse, men også til at nægte en byggetilladelse.

Det er alene i forbindelse med byggearbejder, der kræver tilladelse efter byggeloven, at kommunalbestyrelsen kan stille krav til bebyggelsens ydre udformning efter § 6 D, stk. 1, eller helt afslå at give tilladelse, jf. formuleringen "Kommunalbestyrelsen kan gøre en tilladelse efter byggeloven (...)". Det betyder, at det i udgangspunktet er byggearbejder, der er omfattet af byggeloven, jf. byggelovens § 2, bestemmelsen kan finde anvendelse på, og dermed ikke for reparationsarbejder eller for den rene bygningsvedligehold i form af f.eks. maling af en facade, selvom der sker en ændring i bebyggelsens ydre udformning.

² Cirkulære nr. 65 af 26. juni 1986 om lov om kommuneplanlægning.

³ Byggeloven med kommentarer af Britta Moll Bown, side 75, 2018 samt Kommenteret Kommuneplanlov, Bendt Andersen m.fl., side 462, 3. udgave, 1989.

⁴ Bemærkningerne fra forarbejderne er gengivet i cirkulære nr. 65 af 26. juni 1986 om lov om kommuneplanlægning.

Byggelovens bebyggelsesbegreb omfatter ikke alene traditionelle bygninger, men også andre faste konstruktioner og anlæg i det omfang, de er omfattet af de hensyn, som byggeloven tilsigter at varetage. Det kan f.eks. være en hegnsmur, pergola, terrasse, flagstang eller antenne.

Bestemmelsen kan anvendes til at regulere bygningens "ydre udformning". Bygningens ydre udformning består af mange forskellige forhold, og bestemmelsen kan derfor bl.a. anvendes til at sikre ensartede facader i et område ved at stille krav om en gesimshøjde, materialevalg (f.eks. blanke eller reflekterende tagmaterialer) eller taghældning, nægte opsætning af altan samt stille krav om mindre eller større bygningshøjde, end bygherre ønsker.

Bygningens ydre udformning skal vurderes på baggrund af det område, hvor byggearbejdet ønskes udført, da formålet med bestemmelsen er, at kommunalbestyrelsen ved at stille krav til bygningens udformning skal have mulighed for at sikre en god helhedsvirkning i forhold til omgivelserne. Bygningens omgivelser omfatter mere end bare øvrigt byggeri i det pågældende område og kan således også omfatte landskabelige forhold. Det betyder, at argumenterne for at stille krav til bebyggelsens ydre udformning vil være væsentlig bedre, hvor omgivelserne er af særlig kulturhistorisk værdi, eller der er tale om et sårbart naturområde.

Bestemmelsen er primært tiltænkt at skulle anvendes ved byggearbejder i områder, der er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk, landskabsmæssig eller æstetisk helhedsvirkning, og navnlig hvor der er tale om bevaringsværdige ældre bymiljøer. Bestemmelsen har således ikke til hensigt at fremkalde en utilsigtet ensartethed.

Byggelovens § 6 D, stk. 1, kan ikke bringes i anvendelse, hvis en byplanvedtægt eller lokalplan indeholder detaljerede bestemmelser om bebyggelsens ydre udformning."

Stadsarkitekten for Københavns har ved sin udtalelse af 13. marts 2022 gengivet ovenfor under afsnit 3 vurderet, at sortglaseret tegl på taget på Ejendommen og den hvide pudsning af efterisoleringen af bygningen, ikke er i samklang med den øvrige bebyggelse i området, idet den "*søger mod at ejendommen får et palæ-udtryk, som ikke er i harmoni med omgivelserne.*"

De punkter, hvor stadsarkitekten vurderer, at ombygningen ikke harmonerer med omgivelserne, er således i forhold til valg af glaserede tegl på taget og hvidpudsning af efterisoleringen. Stadsarkitekten angiver i sin udtalelse, at det alene er tagmaterialet og ikke tagformen, der ikke er i harmoni med omgivelserne.

I forhold til øvrige dele af ombygningen lægges det på baggrund af stadsarkitektens vurdering i sagen til grund, at den resterende del af ombygningen vurderes at være i harmoni med omgivelserne.

Byggelovens § 6D, stk. 1 finder som angivet ovenfor alene anvendelse på byggearbejder, der er omfattet af byggelovens § 2, og som også kræver byggetilladelse. Da det samlede ombygningsprojekt for Ejendommen er omfattet af krav om byggetilladelse, er denne betingelse opfyldt også i forhold til de enkelte delelementer af ombygningen, uanset om disse isoleret betragtet ville forudsætte byggetilladelse eller være at betragte som almindeligt vedligeholdelsesarbejde.

Som angivet i ovennævnte tidligere cirkulære til kommuneplanloven og i vejledningen til BR18 er bestemmelsen tiltænkt anvendt i områder, der er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk, landskabsmæssig eller æstetisk helhedsvirkning, og navnlig hvor der er tale om bevaringsværdige ældre bymiljøer. I vejledningen til BR18 er det tillige angivet, at bestemmelsen ikke har til hensigt at fremkalde en utilsigtet ensartethed.

Om området, hvor Ejendommen er beliggende, udgør et område, der er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk, landskabsmæssig eller æstetisk helhedsvirkning, er ikke en juridisk vurdering og derfor ikke et forhold, som vi vil kunne vurdere i denne redegørelse.

Forvaltningen har vurderet, at dette ikke er tilfældet, men vi har ikke mulighed for at foretage en efterprøvelse af denne vurdering, da den ikke er juridisk.

På dette grundlag kan det således ikke helt afvises, at byggelovens § 6D, stk. 1, ville have kunnet give kommunen mulighed for at stille vilkår i forhold til de af stadsarkitekten påpegede forhold vedrørende facadepudsning og valg af tagmaterialer i forbindelse med ombygningen af bygningen på Ejendommen. Om der var en sådan mulighed, afhænger imidlertid af, om området, hvor Ejendommen er beliggende i, er et område, der er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk, landskabsmæssig eller æstetisk helhedsvirkning.

Det bemærkes i øvrigt, at byggelovens § 6D, stk. 1, under alle omstændigheder er en "kan" bestemmelse forstået på den måde, at der ikke er nogen pligt for kommunen til at fastsætte vilkår for et byggeri med hjemmel i bestemmelsen.

I forhold til mulighederne for at anvende bestemmelsen på nuværende tidspunkt, hvor ombygningen af bebyggelsen på Ejendommen allerede er gennemført, henvises til bemærkningerne om kommunens muligheder for at kræve fysisk henholdsvis retlig lovliggørelse af byggeriet som beskrevet under afsnit 4.2.2.1.

4.1.2.1.2 § 6D, stk. 1, som selvstændigt nægtelsesgrundlag

Vi forstår kommissoriet således, at der ønskes en vurdering af, om byggelovens § 6D, stk. 1, kan anvendes som et selvstændigt grundlag for at nægte tilladelse til en bestemt foranstaltning, eller om bestemmelsen alene kan anvendes til at

stille vilkår for byggearbejdet i forbindelse med meddelelse af en byggetilladelse.

I forhold til mulighederne for at stille vilkår efter bestemmelsen på nuværende tidspunkt, hvor byggeriet på Ejendommen er opført, henvises til bemærkningerne om kommunens muligheder for at kræve fysisk henholdsvis retlig lovliggørelse af byggeriet som beskrevet under afsnit 4.2.2.1.

I forhold til, om bestemmelsen kan anvendes som et selvstændigt nægtelsesgrundlag, bemærkes det, at der på nuværende tidspunkt foreligger uoverensstemmelse mellem praksis fra Byggeklageenheden som klagemyndighed på området og vejledningen fra Byggestyrelsen, der er citeret ovenfor under afsnit 4.1.2.1.1. Af vejledningen fremgår det, at

"§ 6 D, stk. 1, kan bruges til at stille betingelser i forbindelse med udstedelse af en byggetilladelse, men også til at nægte en byggetilladelse."

Det vil sige, at det i vejledningen er forudsat, at bestemmelsen kan udgøre et selvstændigt grundlag for at meddele afslag på byggetilladelsen.

Dette er imidlertid ikke i overensstemmelse med gældende praksis fra klagemyndigheden.

I en klagesag over en afgørelse, hvor en kommune afslog tilladelse til altaner i en tagetage ud mod gaden med den begrundelse, at det ville virke skæmmende på omgivelserne som beskrevet i byggelovens § 6D, har Statsforvaltningen i sin afgørelse i sagen henvist til, at bestemmelsen giver mulighed for under visse betingelser at knytte vilkår til en byggetilladelse, men at bestemmelsen ikke i sig selv kan begrunde en tilladelse eller et afslag, og således ikke kan udgøre et selvstændigt nægtelsesgrundlag.⁵

Dette er gentaget af Byggeklageenheden ved en nyere afgørelse 3. september 2020.⁶ Her udtalte Byggeklageenheden følgende vedrørende anvendelsen af byggelovens § 6D, stk. 1:

"Byggeklageenheden gør opmærksom på, at byggelovens § 6 D, stk. 1 er en bestemmelse, der under visse betingelser gør det muligt at knytte betingelser til udstedelsen af en byggetilladelse."

Byggeklageenheden finder imidlertid ikke, at byggelovens § 6 D, stk. 1 i sig selv kan begrunde en tilladelse eller et afslag, men at byggeansøgningen må behandles og begrundes efter reglerne i byggeloven og BR15 om byggeret eller helhedsvurdering."

⁵ Statsforvaltningens afgørelse af 31. oktober 2017, sagsnr. 16/59099.

⁶ Byggeklageenhedens afgørelse af 3. september 2020, sagsnr. 19/02136.

Byggeklageenheden vurderer således, at bestemmelsen ikke i sig selv kan begrunde et afslag på byggetilladelse, og således ikke kan udgøre et selvstændigt nægtelsesgrundlag.

Københavns Kommune er forpligtet til at indrette sin administration af gældende regler på baggrund af gældende ret. Til gældende ret hører praksis fra administrative klageinstanser.

På det foreliggende grundlag – og indtil der foreligger en afklaring af denne tilsyneladende uenighed mellem styrelse og Byggeklageenhed – vurderer vi, at Københavns Kommune må administrere bestemmelsen i overensstemmelse med gældende praksis fra Byggeklageenheden. Det vil sige ud fra den forståelse, at byggelovens § 6D, stk. 1, ikke kan anvendes som et selvstændigt grundlag for meddelelse af afslag på en ansøgning om byggetilladelse.

4.1.2.1.3 Forholdet til ejendommens SAVE-værdi

Af kommissoriet fremgår følgende:

"Er kommunen forpligtet til at anvende byggelovens § 6D, stk. 1, når ejendommens SAVE-værdi er på 4, men i øvrigt ikke er udpeget som bevaringsværdig i kommuneplanen, hvis forvaltningens arkitektoniske vurdering var blevet underkendt af Byggeklageenheden?"

Vi forstår spørgsmålet i kommissoriet således, at der ønskes en vurdering af, om det forhold, at bygningen er udpeget med en SAVE-værdi på 4, indebærer, at der er en pligt til at anvende byggelovens § 6D, stk. 1, til at fastsætte vilkår for byggeriet på Ejendommen. Kommissoriet er formuleret sådan, at denne vurdering ønskes med den forudsætning lagt til grund, at Byggeklageenheden havde tilsidesat den arkitektoniske vurdering, som er foretaget i Byggetilladelsen.

Det sidste led af denne del af kommissoriet indeholder en hypotetisk forudsætning. Nemlig en hypotetisk forudsætning om kommunens forpligtelser, hvis Byggeklageenheden havde tilsidesat den arkitektoniske vurdering i Byggetilladelsen.

Det bemærkes, at Byggeklageenheden ikke har foretaget en sådan tilsidesættelse, og at der således er tale om en hypotetisk vurdering. Afgørelsen fra Byggeklageenheden er behandlet detaljeret ved besvarelsen af kommissoriet under afsnit 4.2.

Bygningen på Ejendommen er udpeget med en SAVE-værdi på 4. Efter SAVE-metoden gives karaktererne 1-3 til bygninger med en høj bevaringsværdi, 4-6 gives til bygninger med en middel bevaringsværdi, og 7-9 gives til bygninger med en lav bevaringsværdi.

Bygningen på Ejendommen er således vurderet til at have en middel bevaringsværdi.

SAVE-metoden og de værdier, som en ejendom tildeles efter metoden, udgør ikke en afgørelse om bevaring af det pågældende byggeri, men kan i stedet anvendes som redskab for planlægning og byggesagsbehandling, herunder i forhold til vedtagelsen af bevarende lokalplaner.

Bygningen på Ejendommen er ikke udpeget som bevaringsværdig i kommuneplanen, og der er ikke vedtaget en bevarende lokalplan omfattende bygningen.

Som angivet ovenfor under afsnit 4.1.2.1.1 finder byggelovens § 6D, stk. 1, alene anvendelse på byggeri i områder, der er karakteriseret ved en særlig arkitektonisk, landskabsmæssig eller æstetisk helhedsvirkning.

Det forhold, at bygningen på Ejendommen er udpeget med en SAVE-værdi på 4, er ikke ensbetydende med, at Ejendommen dermed er beliggende i et område, der falder indenfor anvendelsesområdet for byggelovens § 6D, stk. 1.

Forvaltningen har vurderet, at Ejendommen ikke er beliggende i et sådant område.

Såfremt Byggeklageenheden havde tilsidesat denne vurdering, kunne der have været et grundlag for at anvende byggelovens § 6D, stk. 1, til at stille vilkår for byggeriet. Om der skulle stilles vilkår for byggeriet, ville imidlertid under alle omstændigheder udgøre en skønsmæssig vurdering for kommunen, og der vil ikke være nogen pligt for kommunen til at fastsætte vilkår med hjemmel i bestemmelsen.

Det forhold, at bygningen på Ejendommen er udpeget med en SAVE-værdi på 4, er ikke i sig selv afgørende for anvendelse af byggelovens § 6D, stk. 1, ligesom der ikke på dette grundlag er en ret til at stille vilkår for byggeriet.

4.1.3 *Kommissoriet - Spørgsmål 1 c)*

"Vurdering af, om påbegyndelsestidspunkt er sket inden for 1-årsfristen, selvom Byggeklageenheden i sin afgørelse har afgjort, at påbegyndelsestidspunktet er sket rettidigt.

- *Skal det skete tillægges nogen vægt i forhold til den kommende afgørelse i sagen?"*

4.1.3.1 Besvarelse

Som angivet i kommissoriet har Byggeklageenheden ved Afgørelsen vurderet, at 1-årsfristen efter byggelovens § 16, stk. 10, er opfyldt. Afgørelsen fra Byggeklageenheden er behandlet detaljeret ved besvarelsen af kommissoriet under afsnit 4.2.

Københavns Kommune er forpligtet til at indordne sig efter afgørelser truffet af en klagemyndighed, herunder Byggeklageenheden. Er en afgørelse truffet af

Københavns Kommune som førsteinstans indbragt for Byggeklageenheden, er Københavns Kommune således forpligtet til at efterleve Byggeklageenhedens afgørelse i klagesagen.

I nærværende sag, hvor Byggeklageenheden har afgjort, at 1-årsfristen i bygge-lovens § 16, stk. 10, er overholdt, er Købehans Kommune derfor forpligtet til at lægge denne del af Byggeklageenhedens afgørelse uprøvet til grund.

Københavns Kommune kan derfor ikke ved en fornyet byggesagsbehandling i sagen nå frem til en anden vurdering af forholdet til byggelovens § 16, stk. 10, end den, der er lagt til grund af Byggeklageenheden.

Ved den forestående byggesagsbehandling af byggeriet på Ejendommen skal Københavns Kommune derfor lægge til grund, at fristen var overholdt i forbindelse med udnyttelse af Byggetilladelsen.

Da Byggeklageenhedens afgørelse er udtryk for gældende ret, som Københavns Kommune er forpligtet til at lægge til grund i sin videre sagsbehandling af sagen, vurderer vi, at kommissoriet må besvares med en konstatering af, at fristen er overholdt, da det ikke giver selvstændig mening i sagen at foretage en efterprøvelse heraf.

4.1.4 *Kommissoriet - Spørgsmål 1 d)*

"En fravigelse af privatretlige servitutter er ikke en afgørelse, der kan prøves i klageinstanser. Alligevel vil vurderingen skulle omfatte en gennemgang af forvaltningens aktuelle mulighed for at håndhæve servitутten i den konkrete byggesag.

I afgørelsen fra 2015 blev det oplyst, at servitutbestemmelse om forbud mod selvstændig beboelse i tagetagen blev fraveget, men er det efter Byggeklageenhedens hjemvisning muligt at håndhæve forbuddet i den kommende afgørelse, når servitутten allerede er fraveget - også i forhold til andre etageboligbebyggelser i servitutområdet?

I forhold til en vurdering af planforhold i øvrigt vil det konkret skulle omfatte en vurdering af, om forvaltningen i den konkrete sag sagligt kunne fravige rammen for friarealprocent i dagældende Kommuneplan 2011, og om lovligheden af at fravige nugældende kommuneplanramme om friarealprocent."

4.1.4.1 *Besvarelse*

Københavns Kommune fik i forbindelse med udstykning af en række villaområder i begyndelsen af 1900-tallet tinglyst servitutbestemmelser (villaservitutter) indeholdende en række begrænsninger for de pågældende ejendomme.

På Ejendommen er tinglyst en sådan såkaldt villaservitut fra 1920 med følgende indhold:

"Paa Ejendommen maa kun opføres en Beboelsesbygning med højst 3 til Beboelse indrettede Etager (Beboelseslag), foruden enkelte Kvistværelser, der dog ikke maa være indrettede til selvstændig Beboelse. Hver Etage (Beboelseslag) maa kun tjene til Bolig for 2 Familier. Kælderen må ikke indrettes til Beboelse. Mindre udhuse til Beboernes Behov maa opføres paa Grunden."

Ombygningen på Ejendommen er i strid med servitutens bestemmelser om, at tagetagen (kvistværelser) ikke må indrettes til selvstændig beboelse, når bygningen i øvrigt består af tre beboelseslag.

I henhold til planlovens § 43 kan kommunen sikre overholdelse af servitutbestemmelser, hvorom der kan optages bestemmelser i en lokalplan. Servitutten på Ejendommen, herunder bestemmelserne om antal etager indrettet til beboelse, udgør forhold, som kan reguleres ved lokalplan, og er derfor omfattet af anvendelsesområdet for planlovens § 43.

Som angivet i kommissoriet er en kommunes beslutning om ikke at ville anvende planlovens § 43 til at håndhæve en servitut ikke en afgørelse efter planloven, og en sådan beslutning kan derfor ikke påklages.

Kommunen har i den konkrete sag besluttet at fravige servitutten, det vil sige at undlade at håndhæve servitutten. Følgende fremgår af Byggetilladelsen herom:

"Den nye tagetage med 2 selvstændige beboelseslejligheder er ikke i overensstemmelse med byggeservitutens bestemmelser, om at der ikke må indrettes selvstændige beboelseslejligheder i tagetagen (3. sal).

Det vurderes at den nye tagetage med taghældning fremstår som en egentlig tagetage i lighed med de øvrige ejendomme i servitut området.

Ejendommene matr. nr. 442 Emdrup, København (naboejendom) og matr. nr. 449 Emdrup, København, der begge ligger i byggeservitutens område har fået godkendt selvstændige beboelser i tagetagen, jf. påtegninger lyst henholdsvis 30. april og 7. december 1942.

Center for Bygninger har derfor valgt i den konkrete sag ikke at håndhæve servitutens bestemmelser om at tagetagen ikke må indrettes til selvstændig beboelse, jf. planlovens § 43."

Vi forstår kommissoriet således, at der ønskes en vurdering af, om det på trods heraf vil være muligt at håndhæve servitutens bestemmelser om forbud mod selvstændig beboelse i tagetagen ved den nye byggesagsbehandling af ombygningen, samt om en sådan håndhævelse kan foretages, selvom servitutten er fraveget i forhold til andre etageboligbebyggelser i servitutområdet.

Københavns Kommune er forpligtet til at administrere håndhævelse af servututter efter planlovens § 43 i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige principper.

I forhold til spørgsmålet om, hvorvidt servitutten kan håndhæves i anden omgang, når den ikke blev håndhævet af Københavns Kommune ved den første byggesagsbehandling af ombygningen, bemærkes, at adgangen til håndhævelse efter praksis kan være fortabt, såfremt en kommune tidligere har ageret på en måde, som kan sidestilles med en begunstigende forvaltningsakt, eller hvis ejeren i øvrigt har berettigede forventninger om, at servitutten ikke vil blive håndhævet.⁷

Fra praksis kan blandt andet nævnes MAD 2011.2716, hvor Natur- og Miljøklagenævnet fandt, at en kommunes undladelse af at håndhæve en privatretlig servitut efter planlovens § 43, måtte anses som en begunstigende forvaltningsakt, der indebar, at en efterfølgende tilbagekaldelse heraf blev ophævet, da der ikke forelå væsentlige nye forhold, der kunne begrunde tilbagekaldelsen.

Der kan også henvises til MAD 2011.2015, hvor en kommune havde godkendt en byggeanmeldelse af en carport, som overskred byggelinjerne i en privat servitut. Ejeren havde herefter en berettiget forventning om, at kommunen ikke ville håndhæve servitutbestemmelsen for en carport af den pågældende størrelse. Et efterfølgende påbud om at overholde servitutens byggelinjer i forbindelse med, at carporten var opført bredere end anmeldt, blev ophævet som værende i strid med ejers berettigede forventninger, idet nævnet foretog en konkret vurdering af, hvilken størrelse af carport grundejer på baggrund af kommunens tidligere udmeldinger konkret var berettiget til at forvente at kunne få lov til at opføre på ejendommen.

Vi vurderer i overensstemmelse med denne praksis, at kommunens beslutning om ikke at håndhæve servitutten i forbindelse med den første byggesagsbehandling, indebærer, at ejeren af Ejendommen derved har opnået en berettiget forventning om, at Københavns Kommune ikke vil håndhæve servitutten i forhold til ombygningen af Ejendommen. Denne berettigede forventning vil også gøre sig gældende ved kommunens byggesagsbehandling i anden omgang.

Vi lægger til grund, at der ikke ved den partshøring, der blev gennemført på baggrund af hjemvisning af sagen, er fremkommet nye oplysninger, der ændrer ved kommunens vurderinger af forholdet til servitutten.

På den baggrund finder vi, at kommunen er afskåret fra at håndhæve servitutten i forbindelse med meddelelse af ny byggetilladelse for ombygningen af Ejendommen.

Det bemærkes i øvrigt, at Københavns Kommune er forpligtet til at administrere håndhævelse af servitutten i overensstemmelse med lighedsgrundsætningen.

Det betyder, at det skal bero på saglige hensyn, såfremt kommunen foretager en håndhævelse af servitutten i nogle situationer og for nogle ejendomme, hvis

⁷ Se bl.a. Planloven med kommentarer, Helle Tegner Anker, 2013, side 705 ff.

servitutten omvendt undlades håndhævet i andre situationer og for andre ejendomme.

Der er ikke i sagen oplysninger om en nærmere beskrevet skriftlig praksis for, hvorledes den pågældende villaservitut håndhæves eller undlades håndhævet af Københavns Kommune. Det fremgår dog af Byggetilladelsen, at kommunen i forhold til andre bygninger i servitutområdet har undladt at håndhæve servitutten i forhold til indretning af beboelse i tagetagen.

Såfremt der ikke er en saglig begrundelse for at behandle ombygningen af Ejendommen anderledes i forhold til håndhævelse af servitutens bestemmelser, vil det være i strid med lighedsprincippet, såfremt servitutten håndhæves i forbindelse med ombygningen af Ejendommen, når kommunen har undladt at håndhæve servitutens bestemmelser om selvstændig beboelse i tagetagen overfor andre ejendomme i servitutområdet.

Som angivet ovenfor vurderer vi imidlertid, at ejeren af Ejendommen under alle omstændigheder ved Byggetilladelsen har opnået en berettiget forventning om, at kommunen ikke vil håndhæve servitutens bestemmelser om forbud mod selvstændig beboelse i tagetagen, og at dette hindrer en håndhævelse af denne del af servitutten i forbindelse med en fornyet byggesagsbehandling af ombygningen på Ejendommen.

Af spørgsmål 1d i kommissoriet fremgår tillige følgende:

"I forhold til en vurdering af planforhold i øvrigt vil det konkret skulle omfatte en vurdering af, om forvaltningen i den konkrete sag sagligt kunne fravige rammen for friarealprocent i dagældende Kommuneplan 2011, og om lovligheden af at fravige nugældende kommuneplanramme om friarealprocent."

Denne del af kommissoriet er besvaret under afsnit 4.1.1.1.2 i forbindelse med besvarelsen af kommissoriets spørgsmål 1a, der tillige vedrører forholdet til kommuneplanens friarealprocent.

4.2 **Kommissoriet 2) - "Vurdering af, om kommunens sagsbehandling efter hjemvisningen, herunder vurdering af, om forvaltningens forståelse af hjemvisningsafgørelsen af 3. april 2020 fra Byggeklageenheden"**

4.2.1 *Kommissoriets 1. led*

"Byggeklageenhedens hjemvisning er alene begrundet i manglende partshøring og utilstrækkelig begrundelse i helhedsvurderingen.

Byggeklageenheden har i afgørelsen afgjort, at byggelovens § 6D, stk. 1, med rette ikke er anvendt i den konkrete byggesag, og at byggeriet blev påbegyndt inden for 1-årsfristen."

4.2.1.1 Besvarelse

Vi forstår spørgsmålet i kommissoriet således, at de to afsnit, citeret ovenfor i 4.2.1, udgør forvaltningens forståelse af Byggeklageenhedens afgørelse i sagen, og at der ønskes en vurdering af, om denne forståelse er korrekt.

Vi lægger således til grund, at forvaltningens forståelse af Byggeklageenhedens afgørelse om hjemvisning er:

- at afgørelsen om hjemvisning alene er begrundet i manglende partshøring og utilstrækkelig begrundelse i helhedsvurderingen, og
- at Byggeklageenheden ved afgørelsen har afgjort, at byggelovens § 6D, stk. 1, med rette ikke er anvendt i den konkrete byggesag, og at byggeriet blev påbegyndt inden for 1-årsfristen.

4.2.1.1.1 Grundlaget for hjemvisningen

I forhold til forvaltningens forståelse af, at hjemvisningen alene er begrundet i manglende partshøring og utilstrækkelig begrundelse i helhedsvurderingen bemærkes det, at det bl.a. fremgår af Afgørelsen, at

"Systemet bag byggeretten og helhedsvurderingen er, at hvis et byggeri ikke er omfattet af byggeretten, kan byggetilladelse alene meddeles efter en helhedsvurdering. Dette betyder, at hvis et byggeri ikke opfylder et af byggerettens kriterier, bortfalder hele grundlaget for den afvejning, der foretages efter byggeretten.

Byggerettens afstandskrav kan dermed ikke tages til indtægt for, at en bebyggelse der ligger min. 2,5 m fra skel pr. definition ikke vil give anledning til væsentlige indbliksgener.

Den afstand, der er fra det ansøgte byggeri til naboejendommen, er et væsentligt moment i vurderingen af, om et byggeri medfører væsentlige indbliksgener. Herudover vil det have betydning, hvilke specifikke dele af naboejendommen, der påvirkes af indblik, naboens mulighed for at træffe rimelige foranstaltninger, der reducere indbliksgenerne og intensiteten af brugen af de bygningsdele, der giver anledning til indbliksgenerne. Det er væsentligt, at understrege at der i hvert enkelt tilfælde skal foretages et konkret skøn.

Byggeklageenheden finder, at kommunen forud for en helhedsvurdering efter BR10, kap. 2.3 burde have partshørt klagerne, da kommunen ikke kunne udelukke, at naboerne ville få væsentlige indbliksgener henset til afstanden. Dette er en væsentlig retlig mangel, der i den konkrete sag må føre til en hjemvisning af sagen med henblik på fornyet behandling."

I Afgørelsen følger herefter en vurdering af, at der ikke er grundlag for at kritisere kommunen for ikke at have stillet vilkår efter byggelovens § 6D, stk. 1, eller at kommunen ikke havde ført notat vedrørende et møde i forvaltningen samt en vurdering af, at fristen i byggelovens § 16, stk. 10, er overholdt.

På den baggrund fremgår det af Afgørelsen, at

"Byggeklageenheden hjemviser af ovenstående grunde, den kommunale afgørelse af 5. februar 2015 til fornyet behandling.

En hjemvisning udelukker ikke i sig selv, at kommunen ved fornyet behandling af sagen kan komme frem til samme resultat."

Vi vurderer, at det er en rigtig forståelse af Afgørelsen, at Byggeklageenhedens hjemvisning er begrundet i manglende partshøring. Byggeklageenheden vurderer, at klagerne burde have været partshørt, idet det ikke på forhånd kunne udelukkes, at der ville være væsentlige indbliksgener for naboerne.

Dermed omfatter Afgørelsen tillige en vurdering af, at Byggetilladelsen ikke indeholder en tilstrækkelig vurdering af indbliksgenerne for naboerne, samt at dette er et forhold, som burde have været inddraget i helhedsvurderingen på baggrund af partshøring af naboerne.

Byggeklageenheden har ikke ved Afgørelsen taget stilling til, om indbliksgenerne konkret er væsentlige eller burde have ført til et andet resultat. Men Byggeklageenheden vurderer, at helhedsvurderingen ikke er tilstrækkelig på dette punkt, idet der mangler en nærmere afdækning af og stillingtagen til de konkrete gener for naboerne.

Af Byggeklageenhedens begrundelse for Afgørelsen kan tillige udledes, at det forhold, at afstanden til skel for byggeriet holder sig indenfor byggerettens afstandskrav på 2,5 meter til skel, ikke er ensbetydende med, at det kan lægges til grund, at der ikke foreligger væsentlige indbliksgener for naboerne.

Denne vurdering må foretages på baggrund af en konkret vurdering af de pågældende gener for naboerne, hvor det må indgå i vurderingen, hvilke dele af naboejendommen, der påvirkes af indblik, hvilke muligheder naboen har for at træffe rimelige foranstaltninger, der reducerer indbliksgenerne samt intensiteten af brugen af de bygningsdele, der giver anledning til indbliksgenerne.

Med disse bemærkninger er vi enige i, at Afgørelsen alene er begrundet i manglende partshøring og utilstrækkelig begrundelse i helhedsvurderingen. Dog således, at henvisning til utilstrækkelig begrundelse i helhedsvurderingen ikke er udtryk for, at der med Afgørelsen fra Byggeklageenhedens side er taget stilling til selve vurderingen af indbliksgenerne for naboerne. Byggeklageenheden har alene taget stilling til, at dette forhold ikke er tilstrækkeligt belyst og vurderet,

og at dette skal indgå ved en ny vurdering i sagen på baggrund af partshøring af naboerne.

4.2.1.1.2 Forholdet til byggelovens § 6D og 1-årsfristen

Forvaltningen har forstået Afgørelsen således, at Byggeklageenheden har afgjort, at byggelovens § 6D, stk. 1, med rette ikke er anvendt i den konkrete byggesag, og at byggeriet blev påbegyndt inden for 1-årsfristen.

I forhold til byggelovens § 6D, stk. 1, bemærkes, at det fremgår af Afgørelsen, at

"Det fremgår ikke af kommunens afgørelse, at de har stillet vilkår til byggeriet efter byggelovens § 6D, stk. 1 men, at der er tale om et grønt område præget af blandet villa- og etageejendomme i 3 etager, primært opført i 1930'erne, at projektet har en god helhedsvirkning i området, og at der er en fin balance mellem altaner og bygningskrop på omtalte projekt i forhold til områdets andre bygninger.

Af kortmateriale fra området, fremgår at områdets bebyggelse er præget af forskelligartet villa og etageboligbebyggelse.

Byggeklageenheden kan ikke tage stilling til kommunens skønsmæssige afvejning af, om bygningen har en god helhedsvirkning i området. Men enheden finder ikke at kommunen har inddraget usaglige hensyn og enheden finder derfor ikke grundlag for at kritisere, at kommunen i den konkrete sag ikke har stillet vilkår efter byggelovens § 6D, stk. 1 i byggetilladelsen af 5. februar 2015."

Som det fremgår af Afgørelsen, finder Byggeklageenheden ikke grundlag for at kritisere, at kommunen ikke i den konkrete sag har stillet vilkår til byggeriet på Ejendommen efter byggelovens § 6D, stk. 1.

Afgørelsen omfatter, som det fremgår, imidlertid ikke en vurdering af, at der ikke kunne være stillet vilkår efter byggelovens § 6D, stk. 1, hvis kommunen vurderede et grundlag herfor. Byggeklageenheden konstaterer ved Afgørelsen alene, at vurderingen af, om bygningen har en god helhedsvirkning i området, hører til kommunens skønsmæssige vurderinger, som ikke er en del af Byggeklageenhedens prøvelse.

Byggeklageenheden fandt ved Afgørelsen, at kommunen på baggrund af sagens oplysninger ikke kunne antages at have inddraget usaglige hensyn og dermed foretaget en vurdering, der gik udover de retlige rammer for det skøn, som kommunen har efter byggelovens § 6D, stk. 1. På den baggrund fandt Byggeklageenheden ikke grundlag for kritik af kommunen.

Denne vurdering er alene udtryk for, at Byggeklageenheden ikke fandt, at

kommunen var gået udover de retlige rammer for sit skøn efter bestemmelsen. Det er imidlertid ikke en stillingtagen til, om bestemmelsen kunne have været anvendt af kommunen i den konkrete sag.

Med disse bemærkninger er vi således ikke enige i, at Afgørelsen som angivet i kommissoriet udgør en stillingtagen til, at bestemmelsen "*med rette ikke er anvendt i den konkrete byggesag*". Afgørelsen udgør således alene en stillingtagen til, at det ikke er i strid med de retlige rammer efter byggelovens § 6D, stk. 1, at kommunen ikke har stillet vilkår til byggeriet med hjemmel i bestemmelsen, men Afgørelsen udgør ikke en stillingtagen til, om kommunen kunne have anvendt bestemmelsen i den konkrete sag.

I forhold overholdelse af 1-årsfristen i byggelovens § 16, stk. 10 har Byggeklageenheden anført følgende i Afgørelsen:

"Det følger af byggelovens § 16, stk. 10, at en byggetilladelse bortfalder, hvis byggearbejdet ikke er påbegyndt inden et år fra tilladelsens dato.

...

Tidligere ejer af ejendommen og bygherre har i mail af 2. april 2020 beskrevet over for Byggeklageenheden, hvilke arbejder der var påbegyndt før 5. februar 2016. Arbejderne der var påbegyndt var hovedprojektering, indkøb/bestilling af materialer, igangsat isolering og dræn rundt om kælderen, forberedelse af kælderen og varmeanlæg til at imødekomme to nye beboelseslejligheder samt en beskrivelse af grunden til, at der blev søgt om fristforlængelse, herunder et skift i håndværkere pga. tidspres.

Byggeklageenheden finder ud fra sagens oplysninger, at fristen i byggelovens § 16, stk. 10 er overholdt."

Som beskrevet ovenfor under afsnit 4.1.3.1, er Københavns Kommune forpligtet til at indordne sig efter afgørelser truffet af en klageinstans. I nærværende sag, hvor Byggeklageenheden har afgjort, at 1-årsfristen i byggelovens § 16, stk. 10, er overholdt, er Københavns Kommune derfor forpligtet til at lægge denne del af Byggeklageenhedens afgørelse uprøvet til grund.

Vi er enige i, at Byggeklageenheden med Afgørelsen har afgjort, at byggeriet blev påbegyndt inden for 1-årsfristen, jf. byggelovens § 16, stk. 10.

4.2.2 Kommissoriets. 2. led

"Hvis den eksterne vurdering afdækker eventuelle fejl i forhold til ovenstående, skal vurderingen tillige omfatte en vurdering af ejers retsstilling, herunder spørgsmålet i forhold til, at der er meddelt en begunstigende forvaltningsakt, som ejeren har indrettet sig i tillid til ved at udføre byggearbejderne som tilladt."

4.2.2.1 Besvarelse

Ved Afgørelsen er Byggetilladelsen for ombygningen af bebyggelsen på Ejendommen hjemvist til fornyet behandling ved Københavns Kommune.

Hjemvisningen indebærer, at Byggetilladelsen er annulleret, og at Københavns Kommune skal foretage en fornyet vurdering af byggeansøgningen for Ejendommen.

Principielt skal den fornyede byggesagsbehandling foretages, som om byggeriet endnu ikke var opført, og det skal således vurderes, om der på baggrund af partshøring af naboerne og gennemførelsen af en ny helhedsvurdering efter bygningsreglementet er grundlag for at meddele byggetilladelse til ombygningen.

Det forhold, at byggeriet allerede er opført, indebærer imidlertid, at kommunen ved vurdering af, om der skal meddeles en byggetilladelse for den allerede gennemførte ombygning, eller om der kan gives afslag og dermed stilles krav om fysisk lovliggørelse af byggeriet, er forpligtet til på den ene side at inddrage hensynet til bygherren, der har modtaget og udnyttet Byggetilladelsen, værdispildsbetragtninger og samfundsøkonomiske interesser, og på den anden side blandt andet hensynet til naboer og eventuelt andre berørte i forhold til de gener, som byggeriet afstedkommer for disse.

Vurderingen af om byggeriet skal retligt lovliggøres ved en ny byggetilladelse, eller der skal stilles krav om fysisk lovliggørelse ved meddelelse af afslag på byggetilladelse skal således træffes ud fra en skønsmæssig afvejning under iagttagelse af de nævnte hensyn. Kommunen må ved afgørelsen af, om der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse, alene varetage saglige hensyn.

Af vejledningen til bygningsreglementet fremgår bl.a. følgende vedrørende retlig lovliggørelse af byggeri:

"Retlig lovliggørelse kan som udgangspunkt alene ske i de tilfælde, hvor det ulovlige forhold ville have været lovligt på opførelsestidspunktet, hvis der forud for opførelsen var ansøgt om tilladelse eller dispensation.

Ud fra hensynet til proportionalitetsprincippet bør den retlige lovliggørelse af en bebyggelse altid vælges frem for den fysiske lovliggørelse, hvis dette er muligt."

Som angivet i vejledningen til bygningsreglementet, indebærer proportionalitetsprincippet, at retlig lovliggørelse i byggesager skal vælges frem for fysisk lovliggørelse, hvis dette er en mulighed.

Kommunen skal desuden ifølge praksis lægge vægt på, om den ulovlige tilstand er et produkt af handlinger, der er begået i god tro eller bevidst. Har en ejer i god tro indrettet sig i tillid til en af myndigheden udstedt byggetilladelse, er det et moment, der peger i retning af, at der i overensstemmelse med det ovenfor

anførte fra vejledningen til bygningsreglementet så vidt muligt bør søges retlig lovliggørelse af forholdet. Af betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge-og miljølovgivningen fremgår således:

"Hvis det ulovlige forhold er etableret efter en udtrykkelig myndighedstilladelse, forstærkes tendensen til at afstå fra at kræve fysisk lovliggørelse, selv om tilladelsen var givet ulovligt."⁸

Borgerens gode eller onde tro hænger i vidt omfang sammen med hensynet til den berørte parts berettigede forventninger, som også skal indgå ved vurderingen af, om der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse. Ved afvejningen af hensyn i lovliggørelsessituationen vil hensynet til, at borgeren har indrettet sig i tillid til en meddelt tilladelse, vægte tungt.

Kommunen skal tillige tage hensyn til den forløbne tid, størrelsen af udgifterne til en alternativ fysisk lovliggørelse (proportionalitet) og det samfundsmæssige værdispild, som en fysisk lovliggørelse vil medføre, særligt hvis der i tilfælde af fysisk lovliggørelse skal ske destruktion af værdier, fx. ved nedrivning af byggeri.⁹

Kravet om saglighed indebærer blandt andet, at kommunen ikke lovligt kan inddrage hensyntagen til, om den ene eller anden løsning vil påvirke et eventuelt erstatningsansvar for kommunen som følge af den forudgående byggesagsbehandling.

Det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip indebærer, at forvaltningen er forpligtet til at vælge den mindst indgribende foranstaltning, som er tilstrækkelig til opnåelse af formålet.

Proportionalitetsprincippet indebærer således et krav om forholdsmæssighed og nødvendighed, så indgreb kun må iværksættes, hvis det står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges. I lovliggørelsessager indebærer det, at kommunen skal anvende den mindst indgribende metode, der kan lovliggøre forholdet, frem for at iværksætte et mere indgribende håndhævelsesskridt. Det er på denne baggrund anført i litteraturen, at det i overensstemmelse med det almindelige proportionalitetsprincip er udgangspunktet, at der først skal søges retlig lovliggørelse af et ulovligt forhold frem for fysisk lovliggørelse.

Ovenstående indebærer, at Københavns Kommune ved vurdering af, om der skal ske retlig eller fysisk lovliggørelse af byggeriet på Ejendommen bl.a. er forpligtet til at inddrage hensyntagen til, at byggeriet allerede er opført på Ejendommen, og at byggeriet er opført i henhold til en meddelt byggetilladelse.

⁸ jf. betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge-og miljølovgivningen, side 20

⁹ jf. betænkning nr. 981/1983 om håndhævelse af bygge-og miljølovgivningen, side 20

Som redegjort for ovenfor, vil udgangspunktet i en sådan situation være, at der så vidt muligt skal søges en retlig lovliggørelse af forholdet ved meddelelse af en ny byggetilladelse.

I vurderingen af, om retlig lovliggørelse er mulig, indgår hensynet til de naboer, der ikke var blevet partshørt i forbindelse med den første byggetilladelse, og som nu har haft mulighed for at oplyse om de gener, som byggeriet vil medføre for dem.

Vi vurderer, at det i den foreliggende sag, hvor byggeriet er opført i henhold til og i overensstemmelse med en meddelt byggetilladelse, vil være i strid med ejers berettigede forventninger at stille krav om fysisk lovliggørelse af byggeriet på Ejendommen. Vi vurderer endvidere, at et krav om fysisk lovliggørelse med stor sandsynlighed vil anses som uproportionalt.

Dette uanset, at kommunen eventuelt ville have haft mulighed for at meddele afslag på det ansøgte eller stille vilkår for byggeriet i forbindelse med den oprindelige byggetilladelse til ombygningen, idet oplysningerne om karakteren og omfanget af de gener, som naboerne oplever som følge af ombygningen, vurderes ikke at være af en intensitet og styrke, der kan begrunde en afgørelse om fysisk lovliggørelse i en situation som den foreliggende, hvor byggeriet er opført i henhold til og i overensstemmelse med en meddelt byggetilladelse.

Horten, 16. maj 2022

Anne Sophie Kierkegaard Vilsbøll

Marie Bockhahn