

MRF 2021.105

Københavns Byrets dom af 29. april 2021, sag BS-14896/2020-KBH

Amaliegade 12 ApS mod Byggeklageenheden

Ophævet afslag på byggetilladelse til delvis indretning af bolig i kælderlejlighed, da kommunen havde fejlfortolket indholdet af en tidligere byggetilladelse vedr. ejendommen, hvilket Byggeklageenheden burde have prøvet. Sagen hjemvist til fornyet behandling i kommunen.

Sagen omhandlede et afslag på byggetilladelse til at indrette beboelse i en del af en kælderlejlighed i indre København. Københavns Kommune havde den 1. juni 2005 meddelt byggetilladelse til at indrette 18 beboelseslejligheder og 2 erhvervslejemål i ejendommen, hvor lejligheden var beliggende. Ibrugtagningstilladelsen blev givet i marts 2010. I 2016 søgte en tidligere ejer af kælderlejligheden om byggetilladelse at anvende en del af lejlighed til beboelse, mens den resterende del fortsat ville blive opretholdt som erhverv. Københavns Kommune afslog i november 2016 ansøgningen med henvisning til byggereglementets bestemmelser om bl.a. rumhøjde og terræn- og lysforhold. Det fremgik af afslaget, at der var ansøgt om tilladelse til at ændre anvendelsen af lejligheden til delvis at være beboelse, hvorved det ansøgte beboelsesareal ville udgøre 120 m² ud af i alt 181 m². Den daværende ejer påklagede afslaget til Byggeklageenheden og anførte bl.a., at byggetilladelsen fra 2005 også omfattede indretning af bolig i den underetage, som sagen angik. Kommunen gjorde hertil gældende bl.a., at der efter kommunens opfattelse ikke med byggetilladelsen fra 2005 var godkendt beboelse i kælderen. Den 4. oktober 2019 stadfæstede Byggeklageenheden afslaget. Den nye ejer, Amaliegade 12 ApS (A), anlagde herefter sag mod Byggeklageenheden med principal påstand om, at Byggeklageenheden skulle anerkende, at den ansøgte del af kælderlejligheden måtte anvendes til beboelse, og subsidiær påstand om, at Byggeklageenhedens afgørelse af 4. oktober 2019 ”annulleres med den virkning, at sagen hjemvises til Københavns Kommune for fornyet behandling”, mere subsidiært hjemvisning til Byggeklageenheden. Til støtte herfor gjorde A bl.a. gældende, at byggetilladelsen af 1. juni 2005 allerede gav tilladelse til beboelse i kælderlejligheden, og at ansøgningen derfor blot var en berigtigelse, der skulle bringe de faktiske forhold i overensstemmelse med den allerede tilladte anvendelse til beboelse. Byggeklageenheden påstod frifindelse og gjorde bl.a.

gældende, at sagsøgeren ikke i klagesagen havde gjort gældende, at det ansøgte var omfattet af byggetilladelsen fra 2005. Byggeklageenheden havde derfor med rette foretaget en begrænset prøvelse, der ikke omfattede dette spørgsmål, hvorfor retssagen var tilsvarende afgrænset. Ud fra sagens oplysninger fandt retten, at kommunen i 2005 havde meddelt tilladelse til bl.a. fire lejligheder i kælderetagen på ejendommen, hvoraf to lejligheder på henholdsvis 132 m² og 139 m² skulle anvendes til helårsbeboelse, mens de to andre skulle anvendes som erhverv. Uanset byggetilladelsen fra 2005 var kælderetagen dog fortsat i det hele blevet anvendt til erhverv og fremstod ikke som fire lejligheder, men som to lejligheder og et pulterrum. Retten fandt det ikke godtgjort, at der var en sådan identitet mellem, hvad der var søgt om i 2016, og hvad der i 2005 var givet byggetilladelse til, at der var grundlag for at fastslå, at det i 2016 ansøgte allerede var tilladt. Sagsøgerens principale påstand om, at kælderlejligheden måtte anvendes til beboelse, blev derfor ikke taget til følge. Retten konstaterede imidlertid, at kommunen i sine bemærkninger til Byggeklageenheden var af den opfattelse, at der ikke i 2005 var godkendt beboelse i kælderen, uanset der var givet tilladelse til to kælderlejligheders anvendelse som helårsbeboelse, som efter det foreliggende måtte anses i hvert fald stort set identiske med den del af lejligheden, der i 2016 blev søgt om at ændre til beboelse. Retten bemærkede, at Byggeklageenheden – på trods af, at det i klagen var fremhævet, at der allerede var givet tilladelse til beboelse, mens kommunen havde erklæret sig uenig heri – ikke havde taget stilling til spørgsmålet i sin afgørelse. Retten fandt, at der var tale om et retligt spørgsmål, der ikke kunne udelukkes at have betydning for sagen, ligesom det ikke kunne udelukkes, at ansøgningen fra 2016 reelt måtte forstås som en ansøgning om at sammenlægge en af de tidligere tilladte kælderlejligheder godkendt til beboelse med et areal godkendt til erhverv, hvorved der ikke ville blive ændret på

den lovlige anvendelse af arealerne. Kommunen havde derfor ved behandlingen af ansøgningen fejlfortolket den tidligere tilladelse, ligesom Byggeklageenheden burde have prøvet, om der i 2005/2010 var givet tilladelse til beboelse i kælderetagen, som klageren havde gjort gældende,

hvilket var en konkret væsentlig mangel ved afgørelsen. Under disse omstændigheder fandt retten, at Byggeklageenhedens afgørelse burde opheves, og sagen hjemvises til fornyet behandling i Københavns Kommune.

Kommentar: Byggeklageenheden gjorde gældende, at den med rette ikke havde forholdt sig til spørgsmålet om fortolkningen af byggetilladelsen fra 2005, da sagsøgeren ikke havde rejst spørgsmålet i sin klage, og at retssagen derfor var tilsvarende afgrænset. Retten fandt imidlertid, at sagsøgeren med tilstrækkelig tydelighed havde rejst spørgsmålet i sin klage, ligesom kommunen havde imødegået synspunktet i sine bemærkninger til klagen, hvorfor det var en fejl, at Byggeklageenheden ikke havde forholdt sig hertil i afgørelsen, når der var tale om et retligt spørgsmål omfattet af byggeovens § 23. Selvom det almindelige forvaltningsretlige udgangspunkt er, at Byggeklageenheden skal foretage en fuldstændig efterprøvelse af førsteinstansens afgørelse i relation til retlige spørgsmål, kan klagesagen i praksis afgrænses til forhold, der er klaget over, medmindre dette er i modstrid med EU-retlige forpligtelser. Denne afgrænsning af prøvelsen skal imidlertid ske inden for rammerne af officialprincippet, jf. f.eks. U 2016.2138 H, hvor Højesteret udtalte, at Patientskadeankenævnet ”burde have omgjort Patientforsikringens afgørelse og have truffet den materielt rigtige afgørelse, uden hensyn til at A's klage til nævnet alene angik afslaget på hans krav om erstatning for tabt erhvervsevne”. Det kan i den forbindelse bemærkes, at der i § 11, stk. 1, i lov om Miljø- og Fødevarerklagenævnet findes en udtrykkelig hjemmel, hvorefter nævnet kan begrænse sin prøvelse til de forhold, der er klaget over, jf. hertil Højesterets dom af 19. maj 2021 (sag BS-27971/2020-HJR). Der findes ikke en tilsvarende hjemmel til afgrænsningen af Byggeklageenhedens prøvelse. Endelig er det værd at bemærke, at retten ikke hjemviste sagen til Byggeklageenheden, men derimod til kommunen i overensstemmelse med sagsøgerens påstand, hvilket var et hensigtsmæssigt resultat i den konkrete sag, da Byggeklageenheden ikke kan reparere kommunens fejlfortolkning af den tidligere byggetilladelse inden for klagesagens rammer.



KØBENHAVNS BYRET DOM

afsagt den 29. april 2021

Sag BS-14896/2020-KBH

Amaliegade 12 ApS
(advokat Eivind Einersen)

mod

Nævnenes Hus, Byggeklageenheden
(advokat Sarah Jano)

Denne afgørelse er truffet af dommer Koch Clausen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Københavns Kommune meddelte den 28. november 2016 afslag på en ansøgning om at indrette beboelse mod syd i del af ejerlejlighed ^x beliggende adresse 1, 1264 København K. Den 4. oktober 2019 stadfæstede sagsøgte, Nævnenes Hus, Byggeklageenheden, afgørelsen.

Sagsøgeren, Amaliegade 12 ApS, anlagde herefter den 3. april 2020 nærværende sag, der angår prøvelse af Nævnenes Hus, Byggeklageenhedens afgørelse.

Sagsøgeren, Amaliegade 12 ApS, har fremsat følgende påstande:

Påstand 1 (principal påstand): Nævnenes Hus, Byggeklageenheden tilpligtes at anerkende, at den del af ejerlejlighed nr. ^x beliggende adresse 1, 1264 København K, som i ansøgning af 20. september 2016, s. 4, er angivet med blå farve ("Beboelsesdelen"), må anvendes til beboelse.

Påstand 2 (subsidiær påstand): Byggeklageenhedens afgørelse af 4. oktober 2019 annulleres med den virkning, at sagen hjemvises til Københavns Kommune for fornyet behandling af ansøgning af 20. september 2016 om byggetilladelse, subsidiært at sagen hjemvises til Byggeklageenheden for fornyet behandling af klagen af 8. december 2016.

Sagsøgte, Nævnenes Hus, Byggeklageenheden, har over for både den principale og den subsidiære påstand påstået frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Det er ubestridt, at der i maj 2005 på ejerlejlighed nr. ^x med Københavns Kommunes samtykke er tinglyst en deklaration, hvorefter den daværende ejer for sig selv og alle efterfølgende ejere af ejendommen og de parceller, hvori den måtte blive delt, erklærede sig indforstået med at de 18 nye beboelseslejligheder i baghuset på ejendommen stedse skal opretholdes som helårsbeboelseslejligheder og ingen sinde må anvendes til ferieboliger. Påtaleretten tilkommer Bygge- og Teknikforvaltningen, uden hvis samtykke deklarationen ikke kan aflyses.

I en byggetilladelse af 1. juni 2005 vedrørende ejendommen hedder det blandt andet:

”I brev af 12. juli 2004, med supplerende oplysninger senest af 26. maj 2005 fra Advokat Mads Sommerlund, har De søgt om tilladelse til at indrette 18 beboelseslejligheder og 2 erhvervslejemål i baghuset på ovennævnte ejendom.”

...

Under hensyn til kommuneplanens intentioner om anvendelse til boligformål, har vi herfra vurderet, at de omhandlede boliger bør sikres som helårsbeboelse, hvilket kan ske ved udarbejdelse af lokalplan.

Alternativt vil lejlighedernes benyttelse til helårsboliger og ikke til ferieboliger kunne sikres ved deklaration, jf. nedenfor i stk. 1. Udarbejdelse af lokalplan vil i så fald være uforholdsmæssig.

Der er med brev af 26. maj 2005 fra advokat Mads Sommerlund afgivet indstilling for, at den nedenfor i stk. 1 omhandlede deklaration vil blive tinglyst uden præjudicerende retsanmærkninger.

Det forudsættes, at deklarationen snarest muligt tilbagesendes hertil i behørig tinglyst stand, jf. vores brev af 18. maj 2005 til Dem.

...

Detaljeret beskrivelse af det ansøgte:

Omhandlede baghus har været godkendt til kontorer og mindre værksteder.

Ombygningen medfører indretning af 16 beboelseslejligheder på 117 m² til 129 m² over terræn. Under det eksisterende terræn indrettes 2 beboelseslejligheder på 132 m² og 139 m² ud mod gård 3. I Gård 3 sænkes terrænet med ca. 1,1 m. Værelset mod gård 2 i lejlighed 3 vil stadig have gulvet beliggende under terræn, og er således i strid med bestemmelserne i BR 95, kap. 4.3.2, stk. 3, jf. nedenstående betingelse. Mod Gård 2 indrettes 2 erhvervslejemål på 27 m² og 121 m². Erhvervslejemålenes anvendelse er ikke specificeret, og der må fremsendes en redegørelse for lejemålene, jf. det nedenfor anførte.

...

Vi giver herefter tilladelse til det ansøgte – under henvisning til bestemmelserne i bygningsreglement 1995 (BR 95) med tillæg – på betingelse af,

stk. 1

at ejeren af ejerlejlighederne nr. _____ i ejendommen matr.nr. ^y Sankt Annæ Øster Kvarter, København, _{adresse 2} _____, ved en forud for al pantegæld uden retsanmærkning tinglyst deklaration efter den med Bygge- og Teknikforvaltningens brev af 17. februar 2005 fremsendte formular, forpligter sig til, at de 18 nye beboelseslejligheder i baghuset på ovennævnte ejendom stedse skal opretholdes som helårsbeboelseslejligheder og ingen sinde må anvendes til ferieboliger,

...

stk. 4

at fundamenter efter sænkning af terræn er mindst 90 cm under nyt terræn,

...

stk. 39

Der er dispenseret for bestemmelserne i BR 95, kap. 4.3.2, stk. 1, om rumhøjder.

...

stk. 41

Endvidere henledes opmærksomheden på, at ibrugtagningstilladelse ikke vil blive udstedt, før den foran i stk. 1 omhandlede deklaration er tinglyst – uden retsanmærkninger og returneret til Byggesagsafdelingen.

...”

Det er ubestridt, at der er meddelt ibrugtagningstilladelse den 4. marts 2010.

Den 20. september 2016 søgte daværende ejer af ejerlejlighed ^x REAL Cph A/S, om delvis konvertering til beboelse. I ansøgningen hedder det blandt andet:

Ved nærværende ansøges der om tilladelse til at anvende den del af ejerlejligheden, der på vedhæftede plan er markeret med farven blå, til bolig. Anvendelsen af den resterende del af ejerlejligheden forudsættes opretholdt som erhverv, herunder kontor og lager for ejerlejlighedens ejer. I erhvervsdelen vil der ikke kunne ske indretning af faste, varige arbejds-

pladser for medarbejdere, da der bl.a. ikke er tilstrækkeligt med udsyn. Arealet til bolig andrager som angivet på vedhæftede plan ca. 120 m².

Om baggrunden for nærværende ansøgning kan jeg oplyse følgende:

Ejerlejligheden er beliggende i et baghus, som tidligere har været indrettet til kontorer og til mindre værkstedsvirksomheder. Hele bebyggelsen i baghuset er på nær to erhvervsenheder i bunden af bebyggelsen blevet konverteret fra erhverv til boliger, således at der i dag er to erhvervsenheder (herunder den af nærværende ansøgning omhandlede) og 16 boligenheder.

Hovedbyggetilladelse til den oprindelige konvertering er udstedt den 1. juni 2005 ...

...

Det kan lægges til grund, at der er meddelt byggetilladelse til 2 beboelseslejligheder på hhv. 132 m² og 139 m² mod Gård 3. Det er i den anledning forudsat, at terrænet ud mod gård 3, der på vedhæftede plantegning er benævnt "GÅRDHAVE", sænkes ca. 1,1 meter. Denne terrænafggravning har fundet sted i 2006-7, således at der i dag er en terrænforskel mellem gård 2 og 3 på godt 1 meter. Der vedlægges i øvrigt 3 fotos, der bl.a. viser den omtalte gårdhave efter afgravning af terræn, således som den ser ud i dag.

Disponeringen af underetagen blev delvist ændret af tidligere ejer i forhold til byggetilladelsen af 1. juni 2005, da tidligere ejer dels valgte at omdisponere med en udvidet anvendelse til pulterrum i stedet for at placere disse pulterrum andetsteds i bebyggelsen, dels at etablere erhvervsenheder, da det viste sig nemmere at udleje disse på tidspunktet for byggeriets færdiggørelse som følge af finanskrisen.

Det ændrer dog ikke på tilladelsen til delvis beboelse i den oprindelige byggetilladelse samt at enheden i dag fremdeles fremstår som en blandet enhed med fysisk adskillelse mellem "bolig" og erhverv.

I relation til bestemmelsen i 3.3.1, stk. 5 i BR 15 skal beboelsesrum udformes med en tilfredsstillende loftshøjde. Loftshøjden i det af denne ansøgning omhandlede areal er opmålt til mellem 2,53 meter og 2,57 meter. Den del af lejligheden, der ønskes godkendt til beboelse ligger ud mod gård 3. Kommunen lagde i sin hovedbyggetilladelse fra 1. juni 2005 netop vægt på, at lejlighederne mod gård 3 havde store opholdsrum og en rimelig loftshøjde. Lige præcis disse to forhold gør sig til fulde også gældende for det af nærværende ansøgning omhandlede areal. Kommunen må derfor anvende samme betragtning som sidst sagen blev vurderet, da der ikke er indtrådt nye, relevante omstændigheder, der kan begrunde et andet skøn.

I relation til 3.3.1, stk.6 i BR 15 må gulvet i beboelsesrum og køkken ikke ligge lavere end det naturlige terræn udenfor. Med hovedbyggetilladelsen fra 1.juni 2005 accepterede kommunen en ændring af det naturlige terræn med etableringen af gård 3 - det er med andre ord dette terræn, der er fastsat af kommunen på det tidspunkt, hvor der gives byggetilladelse. Som nævnt blev afgravningen af terrænet gennemført i år 2006-7 og har ligget fast lige siden. Det kan derfor lægges til grund, at der ikke med nærværende ansøgning skal ske ændringer i terrænforholdene for at leve op til kravene. Disse krav i 3.3.1, stk.6 er allerede opfyldt og herudover er der mindst en vinduesvæg, hvor gulvet ligger over terræn."

Den i ansøgningen nævnte plan og de nævnte fotos er forevist.

Københavns Kommune, Teknik- og Miljøforvaltningen afslog den 28. november 2016 ansøgningen. Det hedder i afgørelsen blandt andet:

"Afslag på ansøgning

Vi har modtaget dit brev fra den 20. september 2016. Du søger om tilladelse til at indrette beboelse mod syd i del af to lejemål på adressen
adresse 1 og adresse 2

Lejemålet adresse 1 vil herefter udgøre 181 m2, heraf 120 m2 beboelse.

Lejemålet adresse 2 vil herefter udgøre 186 m2, heraf 126 m2 beboelse.

Husdybden er mindst 16 m og opholdsrum vil med en dybde på ca. 8 m, være ensidigt belyst.

Du anfører som støtte for din ansøgning, at hovedbyggetilladelse fra den 1. juni 2005, vores sagsnr. 212387-1 indeholder beskrivelse af ansøgning om 16 beboelseslejligheder, herunder en beskrivelse af at to lejligheder indrettes under terræn. Det fremgår af ansøgningen at terræn i gård 3 sænkes ca. 1,1 m og at værelse mod gård 2 fortsat vil have gulv beliggende under terræn, hvilket vil være i strid med bestemmelserne i BR95, kap. 4.3.2, stk. 3.

Du konkluderer på baggrund af byggetilladelsen, at der er givet tilladelse til beboelse i lejemål beliggende i underste etage.

Du oplyser med henvisning til bestemmelserne i BR15, kap. 3.3.1, stk. 5 om loftshøjde, at bestemmelsen er iagttaget.

Du henviser til BR15, kap. 3.3.1, stk. 6 om, at gulvet i beboelsesrum og køkken ikke må ligge lavere end det naturlige terræn udenfor.

Du anfører at terræn i gård 3 efter udgravning af terræn som følge af byggetilladelse fra den 1. juni 2005, er fastsat af Københavns Kommune som naturligt terræn samt at bestemmelserne i BR15, kap. 3.3.1, stk. 6 dermed er iagttaget, idet gulvet ligger over terræn langs mindst en vinduesvæg.

Du anfører desuden, at Københavns Kommune tidligere har godkendt indretning af beboelse i lejemålene og at der ikke foreligger saglig grundelse for at afvise indretning af beboelse.

Du kan **ikke** få tilladelse til det, du har søgt om, da det ikke er i overensstemmelse med de bestemmelser, du kan se nedenfor og de hensyn, der ligger bag bestemmelserne.

...

Baggrund for afslaget

Bygningsreglement 2015

Følgende bestemmelser er ikke iagttaget:

BR15, kap. 3.3.1 om boligens indretning

Stk. 5 "Beboelsesrum og køkken skal udformes med en tilfredsstillende lofthøjde. Lofthøjden skal fastsættes i forhold til boligens rumdybde, rumstørrelser og vinduers placering."

Det fremgår af vejledningsteksten at jo større og dybere et rum er, jo højere fastsættes lofthøjden. I etageboligejendomme kan kravet opfyldes med en fri lofthøjde på mindst 2,5 m.

Rumhøjden er vist som 2,3 m, hvilket ikke vurderes som hensigtsmæssigt for en bolig med den aktuelle rumdybde og den viste placering i forhold til terræn.

BR15, kap. 3.3.1 om boligens indretning

Stk. 6 "Gulvet i beboelsesrum og køkken må ikke ligge lavere end det naturlige terræn udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vinduesvæg."

Den del af kælder, hvor der ønskes indrettet beboelse, har vinduer til en lysgård som er blevet udgravet i forbindelse med tidligere byggesag. Da terræn på adressen i ^{vejnavn} er plant, betragtes terrænforholdene omkring ejendommen ikke som særlige terrænforhold, hvor man kan se bort fra kravet om at gulvet ikke må ligge lavere end terrænet udenfor.

BR15, kap. 6.5.1 om lysforhold

Stk. 2 "Arbejdsrum mv. og beboelsesrum skal forsynes med vinduer, der er anbragt, så personer i rummene kan se ud på omgivelserne. "

Med den viste indretning af lejemålet ^{adresse 2} etableres der et indeliggende køkken uden vinduer med udsyn til omgivelserne.

Øvrige forhold

Byggetilladelse 1. juni 2005, sagsnr. 212387-1.

Vær opmærksom på at sagen blev behandlet efter bygningsreglement 1995 (BR95).

Det fremgår af BR95, kap. 4.3.2 om Beboelsesrum og køkkener

Stk. 3. "Gulvet i beboelsesrum og køkken må ikke ligge lavere end terrænet udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vinduesvæg. "

Nærværende ansøgning er behandlet efter bygningsreglement 2015 (BR15).

Det fremgår af BR15, kap. 3.3.1 om Boligers indretning

*Stk. 6 " Gulvet i beboelsesrum og køkken må ikke ligge lavere end **det naturlige terræn** udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vinduesvæg." (vores fremhævning),*

Ved tilføjelsen "det naturlige terræn" er intentionen med bestemmelsen blevet præciseret. Det er således ikke muligt at indrette beboelse efter bortgravning af terræn eller udgravning af lysgård.

Da terræn mod nord (gård 3) netop er etableret efter bortgravning, betragter vi ikke terræn i lysgården som naturligt terræn for området. Forudsætningerne for at betragte omgivelserne som særlige terrænforhold er ikke opfyldt, da terrænforholdene er en konsekvens af målrettet udgravning.

Vi har desuden vurderet bestemmelserne om rumhøjde for lejemålet i lyset af bestemmelserne om terrænforhold.

Vær opmærksom på at mellemliggende versioner af bygningsreglementets bestemmelser om gulv i forhold til terræn har været ledsaget af en

snittegning af et énfamiliehus beliggende på skrånende terræn som illustration af intentionerne om særlige terrænforhold.

Efter en konkret vurdering af det ansøgte i forhold til intentionerne i bygningsreglementet ser vi ikke argument for at indrømme lempelser i forhold til bestemmelserne, da det ikke er foreneligt med de hensyn der ligger bag bestemmelserne

Der er ikke taget stilling til de øvrige spørgsmål, som sagen måtte rejse.”

REAL Cph A/S klagede den 8. december 2016 over afslaget. I klagen hedder det blandt andet:

” Dette afslag påklages hermed i medfør af byggeloens § 23 med påstand om, at der meddeles tilladelse til at foretage en delvis konvertering til bolig således som andraget.

1. Berigtigelse af faktisk forkerte forhold

Mit andragende ... angår alene ejerlejlighed nr. ^x af matr.nr. ^y SAØK, København. Denne ejerlejlighed har postadressen ^{adresse 1}, 1264 København K. Indklagede anfører i sit afslag, at der er ansøgt om konvertering af både den af nærværende andragende omhandlede ejerlejlighed og ejerlejligheden beliggende ^{adresse 2}, 1264 København K (ejerlejlighed nr. ^z af matr.nr. ^y SAØK, København. Dette er ikke korrekt. Ejerlejlighed nr. ^z af matr.nr. ^y SAØK, København er ejet af en anden juridisk person, som det også vil fremgå af tingbogen og har således ikke noget med nærværende klage at gøre. Det får særskilt betydning for behandlingen af bestemmelsen i BR 15, kap.6.5.1 om lysforhold. Mere herom nedenfor.

...

2. Almindelige bemærkninger:

Nærværende sag drejer sig om, hvorvidt klager har krav på en tilladelse til delvis konvertering til beboelse og dermed opfylder kravene i BR 15. Indklagede angiver tre forhold som begrundelse for at meddele sit afslag. Temaet i denne klage er følgelig dels, om indklagede foretager en forkert regelanvendelse, dels om indklagede i sin regelanvendelse baserer sin afgørelse på faktisk forkerte forhold. Dette vil blive behandlet nedenfor med udgangspunkt i de enkelte grunde til at meddele afslag.

Ved vurderingen af denne sag er det væsentligt at være opmærksom på, at indklagede tidligere har meddelt byggetilladelse til indretning af boliger i netop underetagen omfattet af nærværende klage. Dette er sket ved byggetilladelse af 1.juni 2005 under indklagedes sagsnummer 212387-1. Denne byggetilladelse fremlægges som bilag 3. Det er korrekt som anført

af indklagede, at byggetilladelsen fra 2005 (bilag 3) er behandlet efter et andet bygningsreglement (BR 95). Det er imidlertid væsentligt at være opmærksom på, at de tre af nærværende sag omhandlede grunde til afslag helt overordnet er forblevet uændrede over den relevante tidsperiode og igennem de forskellige bygningsreglementer, der har været gældende gennem den relevante tidsperiode. Det er derfor de samme forhold, som indklagede har været inde at vurdere i 2005, der udløste en begunstigende forvaltningsakt, som indklagede vurderer i dag med det resultat, at der udstedes en bebyrdende forvaltningsakt. ...

3.Gennemgang af de enkelte grunde for afvisning:

a) BR 15. kap.3.3.1, stk.5

De fleste kan formentlig erklære sig enige i, at loftshøjden har stor betydning for boligens rumlige kvalitet. I bilag 3 har indklagede i sin begrundelse for at bortse fra ringere loftshøjde (2,18 meter) end i nærværende klage lagt vægt på, at der er tale om en eksisterende bygning. Dette er et nuanceret synspunkt, som indklagede i dag tilsyneladende helt vælger at se bort fra. Dette kan kun undre yderligere, når man i arealet omfattet af nærværende klage har en større loftshøjde end tilfældet har været visse steder længere oppe i samme bygningskrop - jf. udtrykkeligt bilag 3, hvor man på trods af den ringere loftshøjde fandt, at boligerne var egnede til beboelse. Det er ikke sagligt ikke at inddrage det hensyn, at der i bebyggelsen omfattet af nærværende klage er tale om et bygværk i den ældre boligmasse, hvor man i sagens natur ikke kan etablere loftshøjde og andre forhold som det er tilfældet ved nybyg. Det er endvidere ikke sagligt at tillade lavere loftshøjde til boliger i 2005 og slet ikke inddrage forholdet omkring eksisterende bebyggelse i en situation som nærværende klagesag, hvor der rent faktisk er en større loftshøjde.

Det fremgår direkte af BR 15, kap.3.3.1, stk.5, at loftshøjden skal fastsættes i forhold til rumdybder, rumstørrelser og vinduers placering. Som angivet ovenfor under punkt 1, så har indklagede taget udgangspunkt i en faktisk forkert rumdybde i sin vurdering af sagen. Endvidere fremgår det direkte af begrundelsen for afslaget, at man ikke har vurderet vinduers placering. Som det fremgår af det billedmateriale, der ledsagede andragendet, så består hele den ene væg i opholdsarealet af glaspartier bestående af to glasdøre fra gulv til loft samt to vinduer. Indklagede har med andre ord undladt at inddrage forhold der ifølge bestemmelsens ordlyd skal inddrages i vurderingen. Denne del af begrundelsen for afslaget lider derfor af konkrete ugyldighedsgrunde.

b) BR 15, kap.3.3.1, stk.6

Indklagede lægger i sin afgørelse vægt på, at det afgravede areal ikke kan betragtes som naturligt terræn. Klager er ikke enig med indklagedes regelforståelse. Klager er enig i, at det ikke har været tanken med reglen i

BR 95 og heller ikke reglen i BR 15, at man som privat bygherre énsidigt og spekulativt skulle kunne "grave sig til" en boligmæssig status uden kommunal medvirken. Ændring af terrænreguleringen kræver således kommunal medvirken. Det er ikke det, der er temaet i nærværende sag.

Med indklagedes byggetilladelse fra 2005 (bilag 3) stillede man krav om afgravning for at opnå tilladelse til beboelse i den del af bebyggelsen, der er omfattet af nærværende klage. På side 4, 1. afsnit i bilag 3 fremgår følgende:

"Værelset mod gård 2 i lejlighed 3 vil stadig have gulvet beliggende under terræn, og er således i strid med bestemmelserne i BR 95, kap.4.3.2, stk.3, jf. nedenstående betingelse."

Det ligger således fast, at indklagede i 2005 foretog den vurdering, at den del af ejerlejligheden i denne klagesag, der er beliggende ud mod gård 2 ville ligge under terræn og dermed ikke lovligt kunne anvendes til beboelse men til erhverv. Samtidig fremgår det, at den del af opholdsrummene omfattet af denne klage med den nye terrænregulering kunne anvendes til beboelse, da der netop ikke længere var det forhold, at gulvet lå under terræn. Denne vurdering ligger helt på linje med den vurdering, som indklagede i dag burde have foretaget med mindre indklagede har saglig grunde for at fravige en én gang foretaget vurdering. Dette fremgår ikke af afslaget.

Herudover medførte byggetilladelsen fra 2005 (bilag 3), at der rent faktisk blev etableret et naturligt terræn. Af SBI anvisningen til den relevante bestemmelse fremgår da også:

"Ved naturligt terræn forstås det oprindelige terræn som fastsat eller forudsat af kommunen ved ansøgning om byggetilladelse."

Det areal der i dag udgør gårdhave på de vedlagte fotos er et indtagende område, der er lyst og venligt og som derfor naturligt også indgår i indklagedes beregning af friareal. Der er med andre ord ikke tale om et sekundært areal, der vil kunne fremkalde klaustrofobiske fornemmelser inde hos brugere af opholdsarealerne i denne sag. Det har indklagede haft øje for i 2005, hvorfor arealet ikke kan opfattes som andet end det naturlige terræn. Lige så klart det er, at en privat bygherre ikke kan grave sig til en boligmæssig status med ændring af terrænregulering uden kommunal medvirken, lige så klart må det være, at indklagede ikke kan "flekse" sit syn på et givent areal. Når indklagede aktivt medvirker til at etablere gårdhaven for at acceptere beboelse i 2005, så må "bordet fange" og så vil gårdhaven i 2016 være det naturlige terræn som er forudsat af indklagede ved ansøgning både i 2005 og 2016 - jf. ordlyden i SBI anvisningen. I denne sag har indklagede accepteret terrænregulering og har dermed også accepteret en ændring i det naturlige terræn tilbage i 2005.

Indklagedes anvendelse af BR 15, kap. 3.3.1, stk.6 beror således på en forkert anvendelse af bestemmelsen, da indklagede én gang har godkendt det naturlige terræn, således som dette nu en gang fremstår i form af gård 3.

c) BR 15, kap.6.5.1, stk.2

Med inddragelsen af den fysiske indretning i ejerlejlighed nr. ^z beliggende ^{adresse 2}, kælderen i nærværende sag, der ikke er omfattet af sagen må det være rimeligt at bortse fra kap.6.5.1, stk.2 som en saglig begrundelse for afslag. I den af nærværende sag omhandlede lejlighed er der som oplyst ovenfor vindue i køkkenområdet og denne lejlighed er derfor ikke omfattet af denne bestemmelse.

I Nævnenes Hus, Byggeklageenhedens afgørelse af 4. oktober 2019 hedder det blandt andet:

"AFGØRELSE

i klagesag om afslag på byggetilladelse til at indrette beboelse i kælderetagen på ^{adresse 1} i København

Københavns Kommune meddelte den 28. november 2016 afslag på en ansøgning om at indrette beboelse i en kælderlejlighed på ^{adresse 1}, 1264 København K.

Statsforvaltningen modtog den 8. december 2016 en klage over afslaget. Sagen blev pr. 1. januar 2019 overført til Byggeklageenheden, Nævnenes Hus ..., jf. § 23 i byggeloven ...

Byggeklageenheden stadfæster kommunens afgørelse. Det betyder, at kommunens afgørelse står ved magt.

Sagens oplysninger

Ejerlejligheden, som ansøgningen vedrører, ejes af REAL Cph A/S, og er på nuværende tidspunkt indrettet til erhverv. Klagen er indgivet af selskabets bestyrelsesformand på vegne af selskabet.

Ejerlejligheden ligger i kælderen i et baghus, som tidligere i sin helhed var indrettet til erhverv. Nordøst for baghuset ligger gård 2, mens gård 3 ligger sydvest for baghuset.

Københavns Kommune meddelte den 1. juni 2005 tilladelse til at indrette beboelseslejligheder i ejendommen. Der er uenighed mellem klageren og kommunen om, hvorvidt denne tilladelse tillige omfattede tilladelse til at indrette beboelse i ejendommens kælder.

Der er dog enighed om, at der ikke blev indrettet beboelseslejligheder i ejendommens kælder, og at ejendommens kælder efter konverteringen

fremstod med to erhvervsenheder.

Det er den ene af disse to erhvervsenheder, som klageren har fået afslag på at indrette til beboelse.

Som et led i projektet blev terrænet i gård 3 sænket 1,1 m ved afgravning.

Efter afgravningen ligger gulvkoten i samme niveau som terrænkoten i gård 3. Enhedens vinduesvæg vender ud mod denne gård.

Klageren begrundet særligt klagen med, at kommunen har lagt en forkert regelforståelse til grund for afgørelsen, da kommunen ikke mener, at terrænet i gård 3 kan betragtes som naturligt terræn.

Klageren begrundet herudover klagen med, at kommunen har lagt en forkert rumdybde og loftshøjde til grund for afgørelsen, og at kommunen fejlagtigt har lagt til grund, at opholdsrummet er ensidigt belyst.

Endelig henviser klageren til, at kommunen ved byggetilladelsen af 1. juni 2005 gav tilladelse til indretning af beboelse i kælderen. Klageren mener, at der ikke i mellemtiden er sket væsentlige ændringer af de regler, der har begrundet afslaget. Det er derfor klagerens opfattelse, at kommunen ved afslaget på usaglig vis har behandlet ens forhold forskelligt.

Kommunen har i sin udtalelse af 8. marts 2017 oplyst, at det ved sagens behandling blev lagt til grund, at loftshøjden er 2,30 m, da dette fremgår af en snittegning, der blev indsendt sammen med ansøgningen om byggetilladelse i 2005.

Det er kommunens opfattelse, at byggetilladelsen af 2005 ikke omfattede en konvertering af lejligheden til beboelse, men blot en beskrivelse af det ansøgte.

Kommunen henviser i øvrigt til, at der er sket en ændring af bygningsreglementet. Hvor det i BR95, der var gældende i 2005, var et krav, at gulvet i beboelsesrum ikke måtte ligge under det omgivende terræn, er det i BR15 bestemt, at beboelsesrum ikke må ligge under det omgivende *naturlige* terræn.

Byggeklageenhedens bemærkninger og afgørelse

Det fremgår af byggelovens § 23, stk. 1, at kommunalbestyrelsens afgørelser vedrørende forhold, der er omfattet af byggeloven, kan påklages til Byggeklageenheden, for så vidt angår retlige spørgsmål. Ifølge lovens § 23, stk. 3, kan kommunalbestyrelsens afgørelse påklages af afgørelsens adressat og andre, der har en individuel, væsentlig interesse i sagens udfald.

Terrænforhold

Af BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, fremgår:

"Gulvet i beboelsesrum og hukken må ikke ligge lavere end det naturlige terræn udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vinduesvæg."

Det afgørende for om gulvet ligger lavere end det naturlige terræn er, hvilken terrænkote, der skal anses for naturlig.

Det er Københavns Kommunes opfattelse, at det naturlige terræn, må være terrænet før afgravningen. Kommunen henviser derfor i sin udtalelse til, at det vil være i strid med BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, at indrette beboelsesrum med gulv 1,1 m under naturligt terræn. Det er således kommunens opfattelse, at dette forhold i sig selv kan begrunde afslaget på ansøgningen.

Det er derimod klagerens opfattelse, at terrænet efter afgravningen skal anses som naturligt terræn. Klageren henviser til, at afgravningen i gård 3 var en del af det projekt, der blev meddelt byggetilladelse til den 1. juni 2005. Klageren mener derfor, at den terrænkote, der er fremkommet efter afgravningen, må anses som forudsat som naturligt terræn af kommunen. Klageren henviser i den forbindelse til kommentaren i SBI-anvisning 258, "Anvisning om Bygningsreglement 2015". Af anvisningens kommentar til BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, fremgår:

"Ved naturligt terræn forstås det oprindelige terræn som fastsat eller forudsat af kommunen ved ansøgningen om byggetilladelsen."

Spørgsmålet om, hvad der er "naturligt terræn" er et fortolknings spørgsmål, hvis afgørelse hører under Byggeklageenhedens kompetence. Det samme gælder den konkrete regelanvendelse, selvom denne kan rumme elementer, der minder om et skøn, da forskellige kriterier skal afvejes overfor hinanden.

Ifølge Håndbog for Bygningsmyndigheder, SB 143, s. 2, ligger der i begrebet "naturligt", at terrænets udseende ikke fornyligt har været gjort til genstand for opfyldning, afgravning, opførelse af bebyggelse eller konstruktioner af nogen art. I begrebet "terræn" ligger ifølge håndbogen, at der er tale om en jordoverflade, og ikke en overflade, der er kunstigt skabt.

I gamle byer kan det middelalderlige kulturlag ligge adskillige meter under det nuværende terræn. Andre områder kan være skabt ved opfyldning på søterritoriet.

Det kan derfor ikke følge af bestemmelsen, at det er terrænet i den form, det er formet af naturen og uberørt af menneskelig aktivitet, der skal lægges til grund ved vurderingen af, hvad der er naturligt terræn.

Bestemmelsen kan samtidig ikke udelukke, at en terrænregulering kan frembringe et nyt terræn, der i relation til bygningsreglementet kan anses for naturligt.

Bestemmelsens angivelse af, at terrænet skal være "naturligt", må dog forhindre, at man ved en lokaliseret afgravning, f.eks. i en bræmme på nogle meter omkring et eksisterende byggeri, sænker det omkringliggende terræn til samme eller et lavere niveau end gulvet i kælderen, for herved at opfylde bygningsreglementets krav til gulvkotens placering i forhold til terrænet udenfor.

I denne situation, hvor terrænet i gård 3 er fremkommet ved afgravning af 1,1 m på bygningens ene side, og hvor det regulerede terræn alene strækker sig ca. 5 meter fra bygningens ydervæg, kan det herved fremkomne terræn derfor ikke anses som naturligt.

Det forhold, at afgravningen i gård 3, var forudsat i det projekt, der blev givet byggetilladelse til i 2005, fører ikke til, at terrænkoten i gård 3 nu må anses som det naturlige terræn. En terrænregulering, der ikke medfører ulempe for de omkringliggende grunde, og som derfor kan accepteres, er ikke ensbetydende med, at den kote, som terrænet findes i efter afgravningen, nu er forudsat som naturligt terræn.

SBI-anvisningen, som klageren henviser til, forklarer og fortolker bestemmelserne i BR15, men er ikke retligt bindende. Kommentaren giver desuden ingen anvisning på, hvad kommunen kan eller skal fastsætte eller forudsætte som naturligt terræn, men udelukkende, at naturligt terræn er det, som kommunen har fastsat eller forudsat ved ansøgningen. Kommentaren kan derfor ikke føre til et andet resultat.

BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, 2. pkt., giver mulighed for, at man ved særlige terrænforhold kan se bort fra kravet om, at gulvet ikke må ligge under terræn. Dette kræver som nævnt, at gulvet ligger over terræn langs mindst én vinduesvæg. Formålet med bestemmelsen tilsiger, at der også i denne situation skal være tale om det naturlige terræn. Da gulvet langs vinduesvæggen ligger under naturligt terræn finder bestemmelsen derfor ikke anvendelse i den aktuelle sag.

Tidligere tilladelse

Det følger af lighedsgrundsætningen, at væsentlig ens forhold skal behandles ens i retlig henseende. Dette forpligter en myndighed til at træffe afgørelser, der er i overensstemmelse med egen gældende praksis.

Kommunen har i sin udtalelse oplyst, at det er kommunens opfattelse, at

kommunen ikke med byggetilladelsen af 1. juni 2005 meddelte tilladelse til at indrette beboelse i ejendommens kælder, men at byggetilladelsen alene indeholdt en beskrivelse af det projekt, der var søgt om tilladelse til. Kommunen gør i udtalelsen desuden opmærksom på, at byggetilladelsen fra 2005 blev meddelt med hjemmel i BR95, mens den aktuelle ansøgning, der blev indgivet den 20. september 2016, er behandlet efter BR15.

Af BR95, kap. 4.3.2, stk. 3, fremgik:

"Gulvet i beboelsesrum og køkken må ikke ligge lavere end terrænet udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vinduesvæg."

I den tilsvarende bestemmelse i BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, er det tilføjet, at udgangspunktet for bedømmelsen skal være det naturlige terræn:

*"Gulvet i beboelsesrum og køkken må ikke ligge lavere end det **naturlige** terræn udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vinduesvæg."*

Der er således i mellemtiden sket en ændring af retsgrundlaget, således kravene til, hvornår gulvet er i et niveau, der kan tillade anvendelse til beboelse er skærpet.

Denne ændring af retsgrundlaget betyder, at en ændring af praksis, hvis en sådan har fundet sted, vil være sagligt begrundet. Kommunens afgørelse er allerede af denne grund ikke i strid med lighedsgrundsætningen. Byggeklageenheden har ved sin afgørelse ikke taget stilling til, om byggetilladelsen af 1. juni 2005 omfattede en konvertering af lejligheden til beboelse.

Øvrige klagepunkter

Da kommunen blev opmærksom på, at der ikke var overensstemmelse mellem den rumhøjde klageren oplyste i sin ansøgning, og rumhøjden, der er angivet på snitte tegningen fra 2005, burde kommunen i overensstemmelse med officialprincippet have søgt at afklare spørgsmålet, inden kommunen traf afgørelse i sagen. Dette kunne f.eks. være sket ved at bede ansøgeren dokumentere de højder, der var oplyst i ansøgningen.

Kommunen burde desuden ved sin stillingtagen til, om lysforholdene var tilfredsstillende, have forholdt sig til, at der ifølge den indsendte tegning findes et vindue i køkkenet mod gård 2.

Disse fejl medfører, at afgørelsen lider af retlige mangler.

Da lejlighedens gulv ligger under det naturlige terræn, og da det allerede af den grund vil være i strid med BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, at indrette beboelse i lejligheden, har de retlige mangler dog ikke haft betydning for afgørelsens indhold.

Af de nævnte grunde stadfæster Byggeklageenheden Københavns Kommunes afgørelse af 28. november 2016.

..."

I et høringssvar, som Københavns Kommune, Teknik- og Miljøforvaltningen den 8. marts 2017 har afgivet til brug for klagesagen hedder det blandt andet:

"Klager har blandt andet anført, at der tidligere er givet tilladelse til beboelse i kælderetagen, og at der er lagt forkerte oplysninger til grund for så vidt angår rumhøjde. Desuden mener klager, at det terræn, som er beliggende udenfor det omhandlede lejemål, skal betragtes som naturligt terræn.

Indledningsvist henvises der til begrundelsen i den påklagede afgørelse.

Et eller flere lejemål

Forvaltningen beklager, at vi fik det indtryk, at ansøgningen drejede sig om 2 lejemål i stedet for 1. Dette skyldtes, at ansøgningen var vedlagt en tegning, som også viser nabo lejemålet.

Tidligere godkendelser

Det fremgår af byggetilladelsen fra den 1. juni 2005 vedrørende hele ejendommen, at der nederst på s. 3 og øverst på s. 4 er foretaget en detaljeret beskrivelse af det ansøgte, hvilket også fremgår af afsnittets overskrift. Forvaltningen mener dog ikke, at der hermed er godkendt beboelse i kælderen, og ibrugtagningstilladelsen omfatter desuden heller ikke kælderlejemål til hel eller delvis beboelse.

Rumhøjde

For så vidt angår det anførte om en rumhøjde på 2,30 eller 2,53 - 2,57 m skal det bemærkes, at det i forbindelse med en tidligere sag om afslag på beboelse i lejemålet blev oplyst, at rumhøjden var 2, 3 m. Der henvises til den vedlagte snittegning fra den tidligere sag 513713.1 den konkrete sag var der ikke medsendt snittegning. Hvis klager via tegningsmateriale eller på anden dokumenteret vis kan godtgøre, at rumhøjden er mellem 2.53 - 2,57 m, vil forvaltningen naturligvis lægge dette til grund i eventuelle, fremtidige byggesager.

For så vidt angår det anførte om, at der er godkendt lavere rumhøjder længere oppe i bygningen fremgår det af byggetilladelsen fra 2005 stk. 39, at der er dispenseret fra det dagældende bygningsreglements kap. 4.3.2 stk. 1 om rumhøjder. Ved vurderingen af loftshøjden i den konkrete sag har ikke blot højden indgået i vurderingen men også rumdybden og lej-

lighedens beliggenhed i forhold til terræn, hvilket fremgår af den påklagede afgørelse på side 2, jf. formuleringen "den viste placering i forhold til terræn". Der er således i denne sag netop ikke tale om en lejlighed beliggende længere oppe i bebyggelsen

Rumdybde

Lejemålets dybde er af forvaltningen oplyst til at være ca. 8 m. Klager oplyser, at lejemålets dybde er ca. 6,5 m. Begge oplysninger er korrekte, idet der er tale om bruttomål og nettomål, hvori lejemålets ydervægge er henholdsvis medregnet og ikke medregnet.

Lysforhold

Med hensyn til det anførte om vindue i køkken er det korrekt, at der findes vinduer i det rum, der på ansøgningstegningen benævnes som "køkken/ alrum/ophold". Den sektion af rummet, der er indrettet som køkken, befinder sig imidlertid i sin helhed bag en værelsesvæg, og der er derfor efter forvaltningens opfattelse tale om et indeliggende køkken uden udsyn til omgivelserne, hvilket ikke er i overensstemmelse med BR kap. 6.5.1 stk. 2.

Terrænforhold

Herudover skal det bemærkes, at afgørelsen hovedsageligt er begrundet i terrænforholdene, idet forvaltningen fastholder det anførte i den påklagede afgørelse om, at det ansøgte ikke kan godkendes i medfør af det nugældende bygningsreglements regler om terrænforhold.

Det er forvaltningens opfattelse, at beboelsesrum 1,1m under naturligt terræn ikke kan godkendes til beboelse, da dette ikke er i overensstemmelse med BR 3.3.1., stk. 6.

Bestemmelsens ordlyd i det nugældende bygningsreglement adskiller sig fra ordlyden i den tidligere bestemmelse på følgende vis:

BR95. kap. 4.3.2, stk. 3

Gulvet i beboelsesrum og køkken må ikke ligge lavere end terrænet udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vindues væg.

BR15, kap. 3.3.1. stk. 6

Gulvet i beboelsesrum og køkken må ikke ligge lavere end det naturlige terræn udenfor. Ved særlige terrænforhold kan der ses bort fra dette krav, hvis gulvet ligger over terrænet langs med mindst en vinduesvæg.

Som det fremgår af den påklagede afgørelse, er terrænet udenfor lejemålet bortgravet som led i udgravningen af en lysgård og kan dermed ikke betragtes som værende naturligt terræn i bygningsreglementets forstand. Det er i øvrigt ikke korrekt, at bortgravningen blev krævet af forvaltningen, idet bortgravningen var en del af de byggearbejder, som

der blev ansøgt om i forbindelse med den tidligere byggesag.

Supplerende kan det oplyses, at der er etableret flere boliger i København, der er placeret i kældre, før bygningsreglementets bestemmelser blev gældende.

De fleste kælderboliger er dog gennem de seneste årtier blevet kondemneret på grund af sundhedsmæssige årsager.

Forvaltningen fastholder den påklagede afgørelse fra den 28. november 2016.”

Det fremgår af en BBR-meddelelse udskrevet den 13. juli 2020, at ejerlejligheden er registreret med et samlet areal på 181 m², der er erhvervsareal. Boligareal er således registreret som 0 m². Kilde til arealer er angivet som Teknisk Forvaltning. Der er registreret 4 værelser, 1 toilet og 2 bade.

Parterne er enige om, at byggetilladelser, der er udstedt senere end den ovenfor nævnte, ikke har betydning for sagen.

Der er forevist fotos af lejligheden og dens omgivelser.

Forklaringer

Ingen har afgivet forklaring.

Parternes synspunkter

Amaliegade 12 ApS har i sit påstandsdokument anført følgende:

” ...

Sagsøgers påstande

Sagsøgers påstand 1 vedrører en rettelse af den trufne afgørelse, således at Beboelsesdelen må anvendes til beboelse. Som redegjort for nedenfor er påstanden baseret på et anbringende om, at der reelt alene er tale om en berigtigelse af anvendelsen, idet Beboelsesdelen siden 2006-07 alene lovligt kunne anvendes til beboelse. Hvis Retten er enig heri, behøver sagen ikke at blive hjemvist til myndighedsbehandling, idet den relevante myndighedsbehandling allerede er afsluttet med byggetilladelsen og ibrugtagningstilladelsen.

Påstand 2 vedrører en hjemvisning til myndighedsbehandling.

Byggetilladelse af 1. juni 2005

Til støtte for påstand 1, subsidiært påstand 2, gør Amaliegade gældende, at Københavns Kommune ved byggetilladelse af 1. juni 2005 (bilag 1) gav tilladelse til indretning af beboelse i kælderen, hvilket omfatter Beboelsedelen af Ejerlejligheden. Ingen af de supplerende byggetilladelser i bilag 8-11 har ændret på, at der er indrettet beboelse i kælderen, og ved ibrugtagningstilladelsen af 4. marts 2010 (bilag 12) gav kommunen tilladelse til ibrugtagning af beboelseslejligheden i kælderen.

Den lovlige benyttelse af Beboelsedelen har således siden byggetilladelsen været beboelse.

Til støtte herfor henvises til indholdet af byggetilladelsen, herunder de i tilladelsen anførte betingelser i stk. 1 og 29, samt det af Københavns Kommune anførte vedrørende godkendelse af den ansøgte ombygning, jf. byggetilladelsens s. 3, "Godkendelse af det ansøgte", hvorved der forstås følgende:

"Ombygningen medfører indretning af 16 beboelseslejligheder på 117 m² til 129 m² over terræn. Under det eksisterende terræn indrettes 2 beboelseslejligheder på 132 m² og 139 m² ud mod Gård 3. I Gård 3 sænkes terrænet med ca. 1,1 m." (mine understregninger)

Det fremgår videre af den som bilag 2 tinglyste deklARATION, at ejer af ejendommen matr.nr. ^y Sankt Annæ Øster Kvarter, København, _{adresse 2}, ejerlejlighederne nr. , samt alle efterfølgende ejere af ejendommen, erklærer sig indforstået med, at de 18 nye beboelseslejligheder i baghuset, herunder ejerlejlighed nr. ^x til enhver tid skal opretholdes som helårsbeboelseslejligheder. Deklarationen er også tinglyst på Ejerlejligheden.

Som følge af byggetilladelsen og den tinglyste deklARATION har den til enhver tid værende ejer af Ejerlejligheden altså haft både en ret og en pligt til at anvende Beboelsedelen til beboelse.

En anvendelse af Beboelsedelen til erhverv har således været ulovlig som stridende med deklARATIONEN i bilag 2.

Selv hvis den tidligere ejer måtte have anvendt Beboelsedelen til erhverv i en årrække i strid med den tinglyste deklARATION, ændrer det ikke ved, at den lovlige benyttelse af Beboelsedelen alene er beboelse.

Jf. herved om den modsatte situation U 2004.2072 H, hvor der var tinglyst en deklARATION om, at en ejendom ikke måtte anvendes til

helårsbeboelse. Ejendommen blev i en periode på næsten 40 år anvendt til helårsbeboelse, hvilket kommunen tolererede. Da ejendommens ejer døde, anlagde dødsboet sag mod kommunen om, at kommunen skulle anerkende, at ejendommen lovligt kunne anvendes til helårsbeboelse. Højesteret gav ikke dødsboet medhold. Højesteret lagde vægt på, at ejeren ikke havde ansøgt om godkendelse af en ændret anvendelse. Ejendommen havde følgelig ikke ændret status, og den tinglyste deklaration om, hvad ejendommen skulle anvendes til, var stadig gældende.

Ansøgningen om tilladelse til at anvende Beboelsesdelen til beboelse udgør således blot en ansøgning om berigtigelse af et ulovligt forhold. En ulovlig anvendelse af en ejendom kan ikke indebære, at den lovlige anvendelse bliver ulovlig.

Amaliegade gør videre gældende, at byggetilladelsen af 1. juni 2005 er en begunstigende forvaltningsakt, som kun i særlige tilfælde kan tilbagekaldes.

Københavns Kommunes afslag på ansøgningen om tilladelse til indretning af beboelse i kælderlejligheden har, for så vidt angår dette forhold, reelt karakter af en tilbagekaldelse af den tidligere meddelte byggetilladelse.

Der skal foreligge tungtvejende tilbagekaldelsesgrunde, såfremt Københavns Kommune skal være berettiget til at tilbagekalde den begunstigende forvaltningsakt. Det gøres gældende, at der ikke foreligger sådanne tungtvejende grunde.

I nærværende sag er der tale om tilbagekaldelse af en tidligere meddelt byggetilladelse, der alene bygger på en ren omvurdering af faktiske oplysninger, som allerede forelå for Københavns Kommune, da Københavns Kommune meddelte tilladelsen i juni 2005, og det gøres derfor gældende, at der ikke er adgang til at tilbagekalde den oprindeligt meddelte byggetilladelse til at anvende Beboelsesdelen til beboelse.

Det følger herudover af lighedsgrundsætningen, at sammenlignelige forhold skal behandles ens i retlig henseende og således som udgangspunkt have samme resultat. Der skal således være en saglig begrundelse for at nå til forskellige resultater, hvis der er tale om forhold, der i det væsentlige er ens. En sådan saglig begrundelse foreligger ikke i nærværende sag.

Ibrugtagningstilladelsen og BBR-registreringen

Da bygningsmyndigheden den 4. marts 2010 meddelte ibrugtagningstilladelse (bilag 12), overgik Ejerlejligheden til at være en beboelseslejlighed.

På trods heraf har kommunens tekniske forvaltning registreret i BBR, at Ejerlejligheden har erhvervsstatus.

I udgangspunktet er det bygningssejer, der har ansvaret for at holde BBR-registret ajour for sin egen ejendom. Dette gælder dog ikke i sager, hvor kommunen som bygningsmyndighed har udstedt bygge- og ibrugtagningstilladelse. Her er det teknisk forvaltning, der har ansvaret for at opdatere BBR, jf. bekendtgørelse nr. 1010 af 24. oktober 2012 om ajourføring af Bygnings- og Boligregistret, § 19, stk. 2. Det fremgår da også af BBR, at oplysningerne er tilvejebragt af teknisk forvaltning.

Ejeren af ejerlejligheden har ikke ansøgt om at få ændret ejerlejlighedens status til erhverv, og det gøres derfor gældende, at ejerlejligheden siden 2010 har haft status af beboelseslejlighed.

Fejlregistreringen i BBR kan ikke ændre lejlighedens status fra beboelses- til erhvervslejlighed.

Terrænforhold

Til støtte for påstand 2 gør Amaliegade gældende, at gulvet i Beboelsesdelens beboelsesrum og køkken ikke ligger lavere end det naturlige terræn udenfor, og at det således ikke er i strid med BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, at anvende Beboelsesdelen til beboelse.

Terrænreguleringen i Gård 3 blev foretaget, længe inden BR15 trådte i kraft. Det følger af almindelige principper om loves ikrafttræden, at man ikke med tilbagevirkende kraft kan annullere en allerede foretagne terrænregulering.

Formålet med ændringen i formuleringen fra BR95 til BR15 var, at man fra og med 2015 ikke længere skulle kunne foretage terrænreguleringer med det formål at ændre anvendelsen til beboelse. Derimod var det ikke formålet, at man skulle se bort fra alle menneskeskabte terrænreguleringer.

Dette anerkender Byggeklageenheden da også i sin afgørelse, s. 3, hvori Byggeklageenheden anfører, at en terrænregulering *"kan frembringe et nyt terræn, der i relation til bygningsreglementet kan anses for naturligt"*.

Byggeklageenheden anfører videre s. 3, at bestemmelsen må "forhindre, at man ved en lokaliseret afgravning ... sænker det omkringliggende terræn ... for herved at opfylde bygningsreglementets krav til gulvkotens placering i forhold til terrænet udenfor."

Den sænkning af terrænet, som er foretaget i nærværende sag, er imidlertid sket længe forud for ansøgningen og længe forud for det tidspunkt, hvor reglerne blev skærpet. Realiteten er, at kommunen og Byggeklageenheden anvender BR15 på en afgravning, som fandt sted i 2006-07, og som var undergivet reglerne i BR95.

Amaliegade gør gældende, at den nugældende regel i BR15 må forstås sådan, at der ved "naturligt terræn" forstås det terræn, som er lovligt etableret forud for ikrafttrædelsen af BR15.

Herudover følger det af vejledningen til BR18 citeret ovenfor og kommentaren til SBI-anvisning 258, "Anvisning om Bygningsreglement 2015", at der ved "naturligt terræn", i bygningsreglementets forstand, forstås det oprindelige terræn, som fastsat eller forudsat af kommunen ved ansøgning om byggetilladelse.

Amaliegade gør gældende, at det naturlige terræn skal forstås i overensstemmelse med denne udtalelse, og at der også af denne årsag må lægges vægt på det terræn, som forelå 20. september 2016, da ansøgningen om byggetilladelse (bilag 3) blev indgivet.

Den terrænkote, der fremkom efter afgravningen i 2006-07, og som var en del af ansøgningen om og forudsætningerne for ombygningen i 2005, må således anses som forudsat som det naturlige terræn af Københavns Kommune i forbindelse med meddelelse af byggetilladelse af 1. juni 2005.

De terrænmæssige forhold, som de foreligger efter afgravningen i henhold til byggetilladelse af 1. juni 2005, er således at betragte som naturlige.

Byggeklageenhedens pligt til at tage stilling til, om byggetilladelsen omfattede en konvertering til beboelse

Følgende anføres i svarskriftet s. 4:

"Byggeklageenheden har i overensstemmelse med parternes synspunkter og oplysninger i klagesagen begrænset prøvelsen i klagesagen til at angå Københavns Kommunes afslag på indretning af kælderlejligheden til beboelse, til en

prøvelse af, om det er i strid med BR15 at give byggetilladelse til beboelse i kælderens, når gulvet ligger under det naturlige terræn.

Byggeklageenheden har med rette ikke vurderet spørgsmålet, om byggetilladelsen af 1. juni 2005 omfattede beboelse i kælderlejligheden. Prøvelsen af Byggeklageenhedens afgørelse under retssagen er afgrænset tilsvarende."

Det bestrides, at parternes synspunkter og oplysninger i klagesagen ikke indeholdt en vurdering af, om byggetilladelsen af 1. juni 2005 omfattede beboelse i Ejerlejligheden.

Det fremgår således af klagen (bilag 5), at klager anførte:

"Ved vurderingen af denne sag er det væsentligt at være opmærksom på, at indklagede tidligere har meddelt byggetilladelse til indretning af boliger i netop underetagen omfattet af nærværende klage. Dette er sket ved byggetilladelse af 1. juni 2005 under indklagedes sagsnummer 212387-1. Denne byggetilladelse fremlægges som bilag 3."

Det fremgik videre af den oprindelige ansøgning i bilag 3, at ansøger påberåbte sig byggetilladelsen og anførte, at ejers ændrede disponering af lejligheden (bilag 3 s. 2):

"...ændrer dog ikke på tilladelsen til delvis beboelse i den oprindelige byggetilladelse."

Forvaltningen anførte herudover i sin afgørelse (bilag 4) og i sin udtalelse af 8. marts 2017 (bilag 6), at forvaltningen ikke mente, at der i byggetilladelsen var godkendt beboelse i kælderen.

Oplysningen om den tidligere meddelte byggetilladelse fremgik således både af ansøgningen og af klagen, og forvaltningen havde taget stilling til den juridiske betydning heraf.

Klager havde heller ikke i sin klage indskrænket klagen på en sådan måde, at den ikke omfattede en stillingtagen til det, som var anført i ansøgningen, eller at den ikke omfattede en stillingtagen til den tidligere meddelte byggetilladelse.

Men selv hvis Retten måtte finde, at klager ikke i klagebrevet har påberåbt sig den tidligere byggetilladelse, kan Byggeklageenheden ikke lovligt indskrænke sin prøvelse til en stillingtagen til de anbringender, som eksplicit er gjort gældende. Tværtimod havde Byggeklageenheden

en pligt til at tage stilling til, hvilken betydning det havde for sagen, at der tidligere var givet byggetilladelse til beboelse.

Byggelovens § 23 foreskriver således, at myndighedernes afgørelser efter byggeloven kan indbringes for Byggeklageenheden "for så vidt angår retlige spørgsmål".

Spørgsmålet om, hvorvidt lejligheden som følge af byggetilladelsen allerede har opnået status af beboelseslejlighed, er utvivlsomt af retlig karakter.

I modsætning til ved domstolsprøvelse, hvor retten kun skal tage stilling til parternes anbringender, er der ikke i forbindelse med behandlingen af en administrativ klagesag lovhjemmel til, at Byggeklageenheden kun skal tage stilling til den argumentation, som indeholdes i klagen.

Jf. f.eks. Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave, 2002, s. 992:

"Det principielle udgangspunkt er enkelt: Prøvelsen er en fuldstændig efterprøvelse af ... alle sagens retlige spørgsmål (sagens jus) – og i forlængelse heraf en stillingtagen til den konkrete subsumption i sagen..."

Samt s. 1000:

"Under alle omstændigheder gælder dog det almindelige forvaltningsretlige undersøgelsesprincip (officialprincippet) for rekursinstansen..."

Jf. tillige FOB 2009-4-1, hvori Ombudsmanden anførte i en sag, hvor rekursinstansen havde gået ud fra, at klager kun havde indbragt én delafgørelse, men havde undladt at klage over en anden delafgørelse:

"En klage over en ... afgørelse ... der består af flere delafgørelser - hvor det ikke klart og utvetydigt fremgår af klagen at der kun klages over en eller flere af de delafgørelser som den samlede afgørelse består af, mener jeg som udgangspunkt må opfattes som en klage over alle de dele af den samlede afgørelse som ikke giver den pågældende fuldt ud medhold. Der gælder således en formodning om at der med en uklart formuleret klage er klaget over alle de delafgørelser som den samlede afgørelse består af, og som ikke giver den pågældende fuldt ud medhold. Dette skal også ses i lyset af at det - som nævnt ovenfor - ikke er et krav at klagen er begrundet.

En myndighed skal derfor, i overensstemmelse med denne formodningsregel, gå ud fra at en klage over en samlede afgørelse angår alle de delafgørelser

der ikke giver den pågældende fuldt ud medhold, medmindre andet klart og utvetydigt fremgår af klagen."

Det gøres på den baggrund gældende, at Byggeklageenheden var forpligtet til at tage stilling til, om byggetilladelsen omfattede en konvertering til beboelse.

..."

Nævnenes Hus, Byggeklageenheden har i sit påstandsdokument anført følgende:

" ...

Overordnede anbringender

Til støtte for påstandene om frifindelse gøres det overordnet gældende, at Byggeklageenhedens afgørelse af 4. oktober 2019 er lovlig og gyldig. Afgørelsen er ikke truffet på et mangelfuldt eller fejlagtigt grundlag, og den er ikke behæftet med mangler, som medfører, at afgørelsen er ugyldig.

Byggeklageenheden har med rette stadfæstet København Kommunes afslag på byggetilladelse til at indrette beboelse i kælderetagen på ^{adresse 1} i København, da gulvet i kælderetagen må anses for at ligge under naturligt terræn. Det indebærer, at kælderlejligheden ikke – som det er anført i sagsøgerens principale påstand - må anvendes til beboelse.

Klagesagens genstand

Byggeklageenheden har i overensstemmelse med parternes synspunkter og oplysninger i klagesagen begrænset prøvelsen i klagesagen til at omfatte en prøvelse af, om det er i strid med BR15 at give byggetilladelse til beboelse i kælderen, når gulvet ligger under det naturlige terræn.

Byggeklageenheden har med rette ikke vurderet spørgsmålet om, hvorvidt byggetilladelsen af 1. juni 2005 omfattede beboelse i kælderlejligheden. Prøvelsen af Byggeklageenhedens afgørelse under retssagen er herefter afgrænset tilsvarende.

Det bestrides derfor, at sagsøgerens synspunkt i stævningen og i den supplerende stævning om, at byggetilladelsen af 1. juni 2005 - og nu ibrugtagningstilladelsen af 4. marts 2010 (bilag 12) - godtgør, at der

er givet en (fortsat gældende) tilladelse til beboelse i kælderlejligheden, kan prøves under denne sag.

Byggeklageenheden bestrider desuden, at klagesagen behandler spørgsmålet om det faktiske indhold af byggetilladelsen af 1. juni 2005, idet sagsøgeren eksplicit i klagen ensidigt anførte (bilag 5, side 2), at klagesagen "drejer sig om, hvorvidt klager har krav på en tilladelse til delvis konvertering til beboelse og dermed opfylder kravene i BR 15."

Det forhold, at sagsøgeren (ved en enkel sætning) i klagens afsnit 2 om "Almindelige bemærkninger" (modsat klagers materielle gennemgang af afvisningsgrundene i afsnit 3) lægger til grund, at kommunens byggetilladelse også omfattede boliger i underetagen, ændrer ikke på, at klagen måtte forstås som en klage over, at sagsøgeren havde fået afslag på konvertering af lejligheden fra erhverv til beboelse.

Byggeklageenheden havde ikke anledning til at tage stilling til de nærmere forståelse af byggetilladelsen af 1. juni 2005 (bilag 1) i situationen, hvor lejligheden i hele perioden fra ombygningen havde været anvendt til erhverv, og den nuværende ejer søgte om konvertering til beboelse. Reale betragtninger taler for, at en eventuel tilladelse til anvendelse til beboelse i dag må anses for bortfaldet.

Det fremgår af Byggeklageenhedens afgørelse (bilag 7), at Københavns Kommune i sin udtalelse af 8. marts 2017 (bilag 6) bekræftede sin tidligere afgørelse af 28. november 2016 (bilag 4) vedrørende det faktiske omfang af byggetilladelsen af 1. juni 2015 (bilag 1). Byggeklageenheden anførte således (bilag 7, side 5):

"Kommunen har i sin udtalelse oplyst, at det er kommunens opfattelse, at kommunen ikke med byggetilladelsen af 1. juni 2005 meddelte tilladelse til at indrette beboelse i ejendommens kælder, men at byggetilladelsen alene indeholdt en beskrivelse af det projekt, der var søgt om tilladelse til."

Byggeklageenheden må anses for at være berettiget til at lægge denne oplysning til grund.

Byggelovens § 23

Som det korrekt er anført af sagsøgeren (replikken, side 3), er adgangen til prøvelse af kommunens afgørelser afgrænset til alene at omfatte retlige spørgsmål, jf. byggelovens § 23.

Byggeklageenheden afviser af den grund sagsøgerens henvisning til det principielle udgangspunkt om fuldstændig efterprøvelse ved administrativ rekurs, idet byggelovens § 23 netop er en lovhjemlet undtagelse til dette forvaltningsretlige udgangspunkt.

Det bestrides, som det er anført af sagsøgeren (replikken, side 3), at Byggeklageenheden i medfør af undersøgelsesprincippet var forpligtet til at tage stilling til byggetilladelsens faktiske omfang.

Som det er anført af Revsbech m.fl., Forvaltningsret – Sagsbehandling, 8. udgave (2019), side 148, kan man "... kun kræve, at en sag oplyses og undersøges så langt, som det er nødvendigt i det enkelte tilfælde for at træffe en materielt lovlig og rigtig afgørelse" [min understregning].

Byggeklageenheden havde i nærværende sag - i overensstemmelse med det af sagsøgeren i klagen anførte – til opgave at vurdere, hvorvidt sagsøgeren levede op til kravene i BR15.

Dette medførte, at der ikke bestod en pligt for Byggeklageenheden til at inddrage forhold, der ikke havde betydning for denne vurdering, herunder i forhold til det faktiske omfang af byggetilladelsen.

Afgørelsen indeholder derimod en retlig vurdering af, hvordan "naturligt terræn" skal fortolkes og den konkrete regel anvendelse i den forbindelse, herunder bl.a. ved inddragelse af "Anvisning om Bygningsreglement 2015", "Håndbog for Bygningsmyndigheder" m.m., jf. afsnit 3.4 nedenfor.

Det gøres herefter gældende, at Byggeklageenheden således foretog de nødvendige undersøgelser med henblik på at træffe en materielt lovlig og rigtig afgørelse om, hvorvidt sagsøgeren levede op til de nærmere bestemte krav i BR15.

Det naturlige terræn

Til sagsøgerens synspunkter om regelgrundlaget bemærkes det, at byggetilladelsen af 1. juni 2005 blev meddelt med hjemmel i BR95, mens sagsøgerens ansøgning af 20. september 2016 er behandlet efter BR15. Efter BR95, kap. 4.3.2, stk. 3, må gulvet i beboelsesrum og køkken ikke ligge lavere end "terrænet udenfor", mens det af BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, fremgår, at gulvet i beboelsesrum og køkken ikke må ligge lavere end "det naturlige terræn udenfor." Kravene til, hvornår gulvet er i et ni-

veau, der kan tillade anvendelse til beboelse, er dermed præciseret eller skærpet.

Der kan imidlertid ses bort fra kravet i BR15, kap. 3.3.1, stk. 7, hvis gulvet ligger over terrænet langs mindst en vinduesvæg. Det afgørende for, om gulvet ligger lavere end det naturlige terræn, er, hvilken terrænkote, der skal anses for naturlig. Dette er et fortolknings spørgsmål.

Ifølge Håndbog for Bygningsmyndigheder, SB 143, s. 2, ligger der i begrebet "naturligt", at terrænets udseende ikke for nylig har været gjort til genstand for opfyldning, afgravning, opførelse af bebyggelse eller konstruktioner af nogen art. I begrebet "terræn" ligger ifølge håndbogen, at der er tale om en jordoverflade og ikke en overflade, der er kunstigt skabt.

Byggeklageenheden har med rette vurderet, at bestemmelsens angivelse af, at terrænet skal være "naturligt", må forhindre, at man ved en lokaliseret afgravning sænker det omkringliggende terræn til samme eller et lavere niveau end gulvet i kælderen for herved at opfylde bygningsreglementets krav til gulvkotens placering i forhold til terrænet udenfor.

I denne situation, hvor terrænet i gård 3 er fremkommet ved afgravning af 1,1 m på bygningens ene side, og hvor det regulerede terræn alene strækker sig ca. 5 meter fra bygningens ydervæg, kan det herved fremkomne terræn derfor ikke anses for naturligt, da terrænets udseende netop har været genstand for afgravning.

Det forhold, at afgravningen i gård 3 blev foretaget i perioden 2006-2007, kan desuden ikke føre til et andet resultat, da det ikke ændrer på udgangspunktet om, at der er tale om en lokal afgravning og ikke en mere vidtrækkende ændring af det naturlige terræn.

..."

Parterne har i det væsentlige procederet i overensstemmelse hermed.

Rettens begrundelse og resultat

Efter indholdet af deklARATIONEN tinglyst i maj 2005, byggetilladelsen af 1. juni 2005 og ibrugtagningstilladelsen af 4. marts 2010 finder retten, at Københavns Kommune i 2005 gav byggetilladelse og i 2010 ibrugtagningstilladelse til blandt andet 4 lejligheder i kælderetagen, hvoraf to lejligheder på henholdsvis 132 m² og 139 m², der vendte ud mod et areal, hvor der skulle afgraves ca. 1,1 m jord,

skulle anvendes til helårsbeboelse, og de to andre på henholdsvis 27 m² og 121 m² skulle anvendes som erhverv.

Det lægges efter bevisførelsen til grund, at der i forbindelse med byggesagen blev foretaget den nævnte terrænregulering. Kælderetagens lejligheder er uanset det tilladte fortsat i det hele blevet anvendt til erhverv og fremstår ikke som fire lejligheder, men to samt et areal til pulterrum.

Uanset at hele lejligheden beliggende i ^{adresse 1} i nogle år fra 2010 har været anvendt som erhverv, findes den del af den, der er godkendt som helårsbeboelse, fortsat alene lovligt at kunne anvendes som helårsbeboelse.

Ansøgningen fra 2016 angår tilladelse til at ændre anvendelsen af lejligheden beliggende i ^{adresse 1} til delvis at være beboelse. I kommunens afslag er det angivet, at lejligheden udgør 181 m², hvoraf der søges om anvendelse af 120 m² som beboelse.

Under disse omstændigheder findes der ikke godtgjort en sådan identitet mellem, hvad der er søgt om i 2016, og hvad der i 2005 blev givet byggetilladelse og i 2010 ibrugtagningstilladelse til for det tilsvarende areal, at retten finder grundlag for at fastslå, at der allerede var givet tilladelse til det, der blev søgt om i 2016. Herefter tages sagsøgerens principale påstand ikke til følge.

Det fremgår af Københavns Kommunes hørings svar af 8. marts 2017, at Kommunen var af den opfattelse, at der ikke med tilladelserne i 2005/2010 er godkendt beboelse i kælderens. Som anført ovenfor finder retten, at der blev givet tilladelse til to kælderlejligheders anvendelse som helårsbeboelse. Den ene af disse godkendte lejligheder må efter det foreliggende anses for at være i hvert fald stort set identisk med den del af lejligheden beliggende i ^{adresse 1}, som der i 2016 blev søgt om at ændre til beboelse. Ud fra det i hørings svaret om rumdybde anførte findes det ikke at kunne udelukkes, at forskellen på de 120 m², som kommunen har anført i afslaget, og de 132 eller 139 m², der er godkendt som beboelse, kan bero på, om ydermure er medregnet i arealet eller ej, sådan at der reelt er tale om identiske arealer i tilladelsen fra 2005/2010 og ansøgningen fra 2016.

Sagsøgeren har i sin klage over kommunens afgørelse blandt andet fremhævet den omstændighed, at der allerede var sket godkendelse som beboelse tidligere. Københavns Kommune har som nævnt i hørings svaret anført at være uenig heri, og Nævnens Hus, Byggeklageenheden har i sin afgørelse valgt ikke at tage stilling hertil. Retten finder, at der er tale om et retligt forhold, som det ikke kan udelukkes kunne have betydning ved afgørelsen af 2016-ansøgningen. Efter den ovenfor anførte finder retten ikke at kunne udelukke, at ansøgningen reelt måtte forstås som en ansøgning om at sammenlægge en af de tidligere tilladte

kælderlejligheder godkendt til beboelse med et areal (eventuelt en anden lejlighed) godkendt til erhverv sådan, at der ikke blev ændret på den lovlige anvendelse af nogen af arealerne.

Ved kommunens behandling af ansøgningen har kommunen efter rettens opfattelse fejlfortolket den tidligere tilladelse. Denne fejl må anses for konkret væsentlig, da det efter det anførte ikke kan udelukkes, at udfaldet af sagen var blevet et andet, hvis rette fortolkning var lagt til grund.

Retten finder, at Nævnenes Hus, Byggeklageenheden, efter det i klagen anførte ved sin retlige prøvelse burde have prøvet, om der i 2005/2010 var givet tilladelse til beboelse i kælderetagen, sådan som klageren gjorde gældende. Retten finder ikke at kunne udelukke, at Nævnenes Hus, Byggeklageenheden, var kommet til et andet resultat, hvis det som led i afgørelsen var blevet fastslået, at Københavns Kommune havde fejlfortolket sine tidligere bygge- og ibrugtagningstilladelse, eventuelt at sagen var blev hjemvist til fornyet behandling. Retten finder herefter, at undladelsen har været konkret væsentlig.

Retten finder under disse omstændigheder, at Nævnenes Hus, Byggeklageenhedens afgørelse bør ophæves, og at sagen bør hjemvises til fornyet behandling ved Københavns Kommune.

Efter sagens udfald og forløb forholdes som nedenfor bestemt med hensyn til sagens omkostninger. Beløbet udgøres af 4.000 kr. til dækning af retsafgift og 15.000 kr. som et passende beløb til delvis dækning af udgifter til advokatbi-stand. Det er oplyst, at sagsøgeren er momsregistreret.

THI KENDES FOR RET:

Nævnenes Hus, Byggeklageenhedens afgørelse af 4. oktober 2019 ophæves, og sagen hjemvises til Københavns Kommune for fornyet behandling af ansøgning af 20. september 2016.

Nævnenes Hus, Byggeklageenheden skal inden 14 dage til Amaliegade 12 ApS betale sagsomkostninger med 19.000 kr.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.