

MRF 2023.280

Retten i Esbjerg dom af 1. september 2023, sag BS-7215/2022-ESB

A og B mod Byggeklageenheden (adv. Britta Moll Bown). Biintervenient til støtte for Byggeklageenheden: Esbjerg Kommune

Ophævet Byggeklageenhedens stadfæstelse af Esbjerg Kommunes byggetilladelse til boligbyggeri med dagligvarebutik, da tilladelsen først var meddelt efter, at bygherren havde givet afkald på at rejse erstatningskrav mod kommunen, hvis en verserende klagesag om lokalplan førte til, at Planklagenævnet ophævede planen. Det gjorde ingen forskel, at Planklagenævnet havde fundet lokalplanen gyldig, før Byggeklageenheden traf afgørelse.

Baggrunden for sagen var, at Esbjerg Kommune i 2017 havde vedtaget lokalplan 01-090-0004, Rørkjær, om blandet bebyggelse. Lokalplanen blev påklaget af naboer, men Planklagenævnet fandt i afgørelse af 8. december 2020 (j.nr. 18/06354) ikke grundlag for at give klagerne medhold. Mens klagesagen verserede, ansøgte Arbejdernes Boligforening og det Faglige Hus som ejer af en af ejendommene i lokalplanområdet om byggetilladelse til opførelse af 5 etageejendom med boliger og dagligvarebutik. Efter drøftelser mellem kommunen og bygherren indgik parterne aftale om, at bygherren ikke vil gøre kommunen erstatningsansvarlig, hvis naboer fik medhold i verserende klagesag over lokalplanens gyldighed, hvorefter kommunen den 30. november 2018 meddelte byggetilladelse til byggeriet. Byggetilladelsen blev påklaget af naboer til Planklagenævnet og til Byggeklageenheden. Planklagenævnet afviste i afgørelse af 27. april 2021 (j.nr. 19/01103) at give klager medhold, og i afgørelse af 23. august 2021 afviste Byggeklageenheden at give naboerne medhold. To af naboerne, N anlagde herefter sag mod Byggeklageenheden med påstand om, (1) at Byggeklageenhedens afgørelse skulle ophæves, og (2) at ansvarsfraskrivelsen, som bygherren var blevet afkrævet, var ugyldig, hvorfor byggetilladelsen tillige var ugyldig, og sagen skulle hjemvises til fornyet behandling i Byggeklageenheden. Til støtte herfor gjorde N bl.a. gældende, at byggetilladelsen var meddelt på grundlag af bygherres afkald på at gøre kommunen erstatningsansvarlig, hvilket måtte anses for magtfordrejning. Byggeklageenheden påstod frifindelse og gjorde bl.a. gældende, at der mod kommunens udtrykkelige benægtelse ikke var grundlag for at antage, at ansvarsfraskrivelsen var tillagt betydning, og at den i alle tilfælde ikke var konkret væsentlig for kommunen. I forhold til N's påstand 2 anførte Byggeklageenheden, at

dette var en privat viljeserklæring, som ikke kunne kendes ugyldig i en sag mod Byggeklageenheden. Esbjerg Kommune gjorde som biintervenient gældende, at ansvarsfraskrivelse ikke havde aktualitet eller var relevant efter, at Planklagenævnet den 8. december 2020 ikke havde fundet grundlag for at underkende lokalplanen. Byretten bemærkede indledningsvis, at Byggeklageenheden var rette sagsøgte for kommunens byggetilladelse, men da N hverken var løftegiver eller løftemodtager ved ansvarsfraskrivelsesklausulen, havde N ikke søgsmålskompetence mht. til erklæringens gyldighed, hvorfor denne del af N's påstand 2 blev afvist. Herefter lagde byretten til grund, at der efter bevisførelsen ikke var grundlag for at antage, at ansvarsfraskrivelsen havde haft betydning for byggesagens oplysning eller for, om betingelserne for byggetilladelse var opfyldt, men at sagens kerne var, hvornår byggetilladelsen kunne udstedes henset til, at lokalplanen var påklaget, og dette ikke af Planklagenævnet var tillagt opsættende virkning. Byretten lagde herefter til grund, at 1. udkast til ansvarsfraskrivelse var udarbejdet af kommunen og efter sagens øvrige oplysninger havde ansvarsfraskrivelsen væsentlig betydning for kommunens ændrede afgørelse om ikke at afvente planklagesagens udfald. Uanset byggetilladelsens materielle rigtighed fandt byretten herefter, at kommunens afgørelse af 30. november 2018 om at udstede byggetilladelsen led af en så betydelig sagsbehandlingsfejl, at det medførte, at byggetilladelsen var ugyldig, hvorved retten supplerende henviste til, at en sag om Planklagenævnets afgørelse af 8. december 2020 verserede for domstolene. Byretten afsagde herefter dom om, at Byggeklageenheden skulle anerkende, at kommunens byggetilladelse af 30. november 2018 som tiltrådt af Byggeklageenheden var ugyldig.

Kommentar: Dommen understreger, at en kommune ikke har mulighed for at gøre byggetilladelser betinget af, at en bygherre afskriver sig mulighed for at gøre et erstatningsansvar gældende, hvis en verserende klage for Planklagenævnet, som ikke er tillagt opsættende virkning, måtte ende med, at det tilladte byggeri skal lovliggøres fysisk. Dette er på linje med anden praksis om magtfordrejning, jf. bl.a. U 2010.2311/2 Ø og **MRF 2022.185 Ø**. Der er således som klart udgangspunkt ikke en saglig sammenhæng mellem de udvekslede ydelser, der kan begrunde en sådan aftales lovlighed, jf. Grønved Nielsen, *Forvaltningskontrakter*, 2021, s. 308 ff. Dommen illustrerer i øvrigt, at det ganske ofte vil være tredjeparter, der påvirkes negativt af forvaltningskontrakter, jf. a.st., s. 631 ff. Dommen understreger samtidig, at denne ugyldighedsvirkning også gælder, selv om byggetilladelsen i øvrigt har et fuldt ud lovligt indhold, hvilket kan begrundes med, at såfremt kommunen er i tvivl om udfaldet af klagen over lokalplanen, har kommunen mulighed for at undlade at meddele byggetilladelse. Denne baggrundsviden er central i forhold til Planklagenævnets afgørelse af 27. april 2021, hvor nævnet afviste, at byggetilladelsens indhold var i modstrid med lokalplanen, idet nævnet i en sådan prøvelse af kommunens indirekte afgørelse ved byggetilladelsens overensstemmelse med lokalplanen ikke har mulighed for at prøve, om byggetilladelsens vedtagelse må anses for udtryk for magtfordrejning. Om kommuners erstatningsansvar i forhold til bygherre, når Planklagenævnet ophæver plangrundlaget, kan fra seneste praksis nævnet **MRF 2023.262 V**. Se tillige **MRF 2022.24/2 V**, hvor en kommune under dissens blev frifundet for ansvar for byggetilladelse til byggeri, der medførte indbliksgener. I den af byretten omtalte sag mod Planklagenævnet om lokalplanens gyldighed afsagde Retten i Esbjerg dom den 13. september 2023 (sag BS-21805/2021-ESB), hvor Planklagenævnet blev frifundet. Da denne dom er anket, bringes den først på et senere tidspunkt på MRF. Som det fremgår af ovenstående, vil udfaldet af dommen dog ikke ændre ved byrettens dom i den foreliggende sag. Byrettens dom betyder, at Byggeklageenhedens afgørelse er ugyldig, og at sagen derfor må hjemvises til Esbjerg Kommune, som herefter skal træffe en ny afgørelse i byggesagen. Efter det oplyste er sagen ført af N som selvmøder, hvilket kan forklare, at dommens sagsfremstilling er svært læselig. Ved udarbejdelse af dette resumé har det derfor været nødvendigt at indhente de relevante afgørelser fra Planklagenævnet, hvor der i øvrigt også har verseret en sag om ibrugtagningstilladelsens modstrid med lokalplanen, hvilket Planklagenævnet afviste at behandle den 2. februar 2022, hvilken afgørelse dog efterfølgende blev genoptaget og fastholdt med en mere udførlig begrundelse, jf. afgørelse af 16. maj 2023 (j.nr. 22/06733).



RETEN I ESBJERG DOM

afsagt den 1. september 2023

Sag BS-7215/2022-ESB

A

og

B

mod

Byggeklageenheden
(advokat Britta Moll Bown)

Som biintervenient: Esbjerg Kommune

Denne afgørelse er truffet af dommer Lisbeth Christensen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Retten har modtaget sagen den 22. februar 2022.

Sagen drejer sig om gyldigheden af en byggetilladelse udstedt af Esbjerg Kommune og påklaget til Byggeklageenheden.

Sagsøgerne, A og B, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1: Byggeklageenhedens afgørelser af 23. august 2021 i sagsnummer 20/12072-24 og 20/04909-28 ophæves.

Påstand 2: Principalt: Ansvarsfraskrivelsen som Bygherren er blevet afkrævet erklæres ugyldig, og dertil hørende byggetilladelse som er udstedt på baggrund af ansvarsfraskrivelsen. Subsidiært hjemvises sagen til fornyet behandling hos Byggeklageenheden.

Sagsøgte, Byggeklageenheden, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 – Ophævelse af Byggeklageenhedens afgørelser af 23. august 2021
Byggeklageenheden påstår frifindelse

Påstand 2 – Ansvarsfraskrivelse og byggetilladelse ugyldig
Principal påstand: Byggeklageenheden påstår afvisning, subsidiært frifindelse.
Subsidiær påstand: Byggeklageenheden påstår frifindelse.

Esbjerg Kommune er indtrådt i sagen som biintervenient for Byggeklageenheden.

Retten har ved kendelse af 4. maj 2022 bestemt, at sagen ikke skal behandles efter reglerne i retsplejelovens kapitel 39.

Oplysningerne i sagen

Dommen indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, idet referat af sagens dokumenter er udeladt.

Der er afgivet partsforklaring af ^A og ^B
og vidneforklaring af ^C, ^D og ^E.

^A har forklaret, at han er uddannet ingeniør. Han gik på pension for et par år siden og var senest ansat ved Forsvarets Ejendomsstyrelse, hvor han arbejdede i 23 år bl.a. med byggesager og miljøopgaver.

Han så på et tidspunkt, at den gamle brandstation blev revet ned. Der var ikke lavet en lokalplan for stedet. Han søgte aktindsigt hos kommunen, herunder i møder mellem bygherren og forvaltningen, og han kunne heraf se, at grunden var meget kraftigt forurenede, og at forureningen muligvis havde spredt sig ned mod hans grund. Hans anden søn, ^C, kontaktede kommunen, idet han frygtede, at forureningen, når belægningen og gulvene blev fjernet, ville synke længere ned. Der var bl.a. cyanid i jorden. De blev indbudt til et miljøtilsyn og mødtes i februar 2017 med kommunen på stedet. De fik oplyst, at det var helt utænkeligt, at forureningen ville sprede sig til deres grunde med grundvandet. Hans grund var på daværende tidspunkt ikke kortlagt som forurenede.

Han gjorde også indsigelse mod den manglende miljøvurdering. Den var ikke foretaget i forbindelse med lokalplanen, og han klagede til Natur- og Miljøklagenævnet, som da var klageinstans. Kommunen havde igen kvajet sig og skrevet nogle helt forkerte datoer i klagevejledningen til både kommuneplanen og lokalplanen, så efter noget tid fik han at vide fra nævnet, at klagen ikke kunne behandles, når lokal- og kommuneplan ikke var vedtaget eller offentliggjort. Han tænkte, at processen så ville starte forfra, men man meddelte Miljø- og Fødevareklagenævnet, at hans klage over den manglende screening og miljøvurdering ville blive inddraget som partshøringer til lokalplan og kommuneplan. Han fastholdt klagen, og den sag har været behandlet ved retten i sidste uge. Planklagenævnet indrømmede under retsmødet, at der var lavet fejl i sagsbehandlingen.

Efter indstilling fra kommunen har regionen siden kortlagt hans ejendom som forurenede på vidensniveau 1. Han gik i dialog med regionen. Der havde aldrig været gasværk eller værksteder dertil på hans grund. Man har ikke undersøgt noget. Det var nok fordi, at kommunen håbede, at bygherren så kunne købe grundene til favørpris. Han har aldrig fået et købstilbud.

Brandstationen har været brugt til brandøvelse med PFAS-skum, og det er foregået i mange år. Det er det kommunale brandværn, og det er rigtigt, at det er foregået efter 2001.

Han har ikke i sit arbejde som ingeniør oplevet, at bygherren er blevet afkrævet en ansvarsfraskrivelse. Han har kendskab til et tilfælde med byggeri af drive-in til et bageri i Haderslev. Kommunen betingede sig, at vedkommende skulle betale en del til omlægningen af vejen, hvilket blev underkendt af Statsforvaltningen.

Under et retsmøde den 1. maj 2023 sagde **D**, at han vidste, at ansvarsfraskrivelsen eksisterende, men at han ikke i øvrigt kendte noget til den. Retssagen, som blev ført mod kommunen, vedrørte § 8 tilladelsen.

B har forklaret, at han er uddannet kemiingeniør og arbejder ved et firma i Varde, hvor han er i udviklingsafdelingen. Han bor i adr. 1 .

Han fik udleveret byggetilladelsen i fuld form, 200 sider, i januar 2019. Det tog ham ca. 1- 2 timer at se, at koterne var overskredet. Han klagede derfor til Planklageenheden. I begyndelsen af februar 2019 klagede han også til Byggeklagenævnet, idet han ville have byggetilladelsen underkendt, da den var i strid med anden lovgivning. Han fik ikke klagen realitetsbehandlet i første omgang.

Ansøgningen om § 8 tilladelse er indsendt den 4. oktober 2017 ifølge den retssag, som er berammet til januar. Det tager mere end 1 år at få § 8 tilladelsen, og byggetilladelsen kan ikke gives, før § 8 tilladelsen foreligger.

D sagde i et retsmøde i maj, at han var bekendt med, at ansvarsfraskrivelsen var der, men at han ikke vidste, hvad der lå til grund for den. D er byggesagsbehandleren.

Ifølge Dansk Industri var sagsbehandlingstiden for en byggetilladelsen hos Esbjerg Kommune i 2018/2019 41 dage. Denne byggesag har taget over 120 arbejdsdage. Det har altså taget meget længere tid end sædvanligt, hvilket kan undre.

C har som vidne forklaret, at han er uddannet blikkenslager og kølemontør. Han bor nabo til byggeriet, som kaldes Teglværkskvarteret.

Han gjorde indsigelse fra begyndelsen, idet han bl.a. var nervøs for miljøpåvirkningen generelt, herunder i forhold til støj og skyggevirkning samt spredning af forurening og betydning for truede arter, herunder § 4 arter. Det er rigtigt, at A og han deltog i et miljøtilsyn med kommunen efter nedrivning af den eksisterende Falck station. Han var lidt knotten over den måde, nedrivningen foregik på, idet der ikke var styr på noget. Der var spredning af bl.a. pcb, bly og alt muligt. Han tog fat i kommunens byggesagsbehandler, som sendte det videre til en anden, der foreslog, at de deltog i et miljøtilsyn. Det ville han gerne. Kommunens geolog kom, og hun kunne godt se, at det, som lå der, ikke var noget, man ville finde på en almindelig strand, men var cyanidudfældninger. Han spurgte, hvorfor man ikke havde gjort, som der stod i nedbrydningstilladelsen; at der skulle tildækkes, beplantes og opsættes hegn. Hun kunne ikke svare på det, men ville få gjort noget ved det. Cyanid er bl.a. kendt fra nazisternes gasninger under 2. verdenskrig, og han var særligt nervøs for de folk og hunde, som gik på stedet.

Han var også nervøs for spredning af forureningen via grundvandet. Ved nedrivningen blev terrændækket fjernet, og regnvandet kunne nu trænge ned, så man kunne risikere at få andre strømningsretninger for grundvandet. Geologen var helt sikker på, at det ville strømme i retning mod havet, og at der derfor ikke var nogen risiko for, at det kunne ramme hans grund.

Efterfølgende bad han om aktindsigt ved regionen, idet han ikke rigtig kunne få noget ved kommunen. Han kunne da se, at geologen havde skrevet til G fra regionen, at hun havde bedt dem flytte byggepladshegnet, selvom det aldrig havde været et hegn. Det kom først, da han havde bedt om aktindsigt.

G mente, at han kunne bidrage med en masse og bad om et møde. Kommunen var med til mødet, som blev afholdt i marts 2018. Han viste en helt masse,

idet han havde været 18 hylde meter igennem hos kommunen, bl.a. tegninger og billeder, som viste, at der havde været holdt brandslukningsøvelser med brug af væsker og skum. Mødet blev afholdt hos ham, som da var blevet forureningskortlagt, hvilket han efter vurderingen fra kommunens geolog ikke rigtig kunne forstå. Kommunen siger om brandslukningerne, at det ikke har fundet sted, men det er nok fordi, man ikke har haft en miljøgodkendelse. Der er nok videomateriale og dokumentation, herunder for at det er foregået efter 2001.

Han var i retten i maj og hørte, at D blev spurgt ind til sit kendskab til ansvarsfraskrivelsen. D svarede, at han vidste, at den fandtes, men ikke vidste, hvad der lå til grund for den.

Foreholdt dom i BS 37705/2018, side 468, forklarede han, at dommen vedrører en tvist mellem en nabo og ham. Sagen blev afvist, idet han havde stævnet hovedforeningen og ikke afdelingen. Han tog fat i forfatteren til almenboligloven og fik svaret, at dommen var ok, og at afdelingen er en selvstændig juridisk enhed. Han tænker, at ansvarsfraskrivelsen burde været underskrevet af afdelingen og ikke hovedorganisationen.

D har som vidne forklaret, at han arbejder som byggesagsbehandler ved Esbjerg kommune, hvilket han har gjort i godt 25 år. Han er uddannet ingeniør. Han har været byggesagsbehandler, fra kommunen modtog den første ansøgning på de forskellige projekter i det, som kaldes Teglværkskvarteret. Der har været i alt 4 byggesager. Den sag, som ligger tættest mod sagsøgnernes ejendom, vedrører et byggeri med dagligvarebutik og boliger ovenpå. Det er et samlet set pænt stort projekt.

Foreholdt at ansøgningen om byggetilladelse er indgivet i maj 2018, og at byggetilladelsen er givet i november 2018, forklarede han, at det ikke er usædvanligt med en sagsbehandlingstid på ca. ½ år for et projekt, som involverer flere ejendomme og byggerier. I forhold til det tekniske var han den eneste byggesagsbehandler. Han var altså den eneste sagsbehandler i forhold til bygge loven.

Foreholdt at kernepunktet i sagen er ansvarsfriholdelseserklæringen, som blev afgivet relativ kort tid før byggetilladelsen blev givet, forklarede han, at han ikke var inddraget i drøftelser om erklæringen. Han har ikke deltaget i møder, hvor der blev talt om, at erklæringen skulle laves. Han har ikke lagt vægt på erklæringen i sin sagsbehandling af byggeansøgningen. Han har ikke holdt en byggetilladelse tilbage for at vente på erklæringen.

Byggeriet er færdigopført og har været det i nu et par år, og der er butik og beboere i boligdelen.

Der har været mange klagesager fra familien X1, nok op mod 35 klagesager i alt. Nogle har også været anlagt ved retten. Kommunen er direkte involveret i tre retssager. Denne sag er den 4., og han har hørt om en 5. retssag, som er mod Planklagenævnet. Af de ca. 35 klagesager er hovedparten afsluttet, og alle med undtagelse af en, som er hjemvist, er enten afvist eller klager er ikke givet medhold. Der verserer vist kun 3 tilbage. Den hjemviste sag vedrørte et nedgravet affaldssystem, som ikke var i umiddelbar overensstemmelse med lokalplanen. Der er givet en lovliggørende dispensation, hvilket også er påklaget.

Det er rigtigt, at der var en sikkerhedstrappe, som ikke umiddelbart var i overensstemmelse med lokalplanen. Det kan man godt kalde en svipser. Da han blev opmærksom på det, blev den del kaldt tilbage. Der blev efterfølgende givet en lovliggørende dispensation og byggetilladelse. Han har ikke forberedt sig på spørgsmålet om, hvor mange dispensationer han i alt har givet indenfor lokalplanområdet, men det er muligvis 5.

Foreholdt pkt. 17 om sikring af indeklime i § 8 tilladelsen, side 412, forklarede han, at han alene har behandlet byggetilladelsen og ikke miljøtilladelsen.

Kommunen har modtaget ansøgning om et kommende byggeri, hvor bygherre i første omgang har ønske om ikke at bygge så højt, som lokalplanen foreskriver. Det er der dispenseret for.

Han vidste, at der var et forhold om ansvarsfraskrivelse, men han var ikke involveret i det. Det blev også politisk behandlet, og man bliver som byggesagsbehandler orienteret om sådant, men det indgik ikke i hans sagsbehandling.

Foreholdt brev af 29. juni 2020 til Byggeklageenheden, side 500, forklarede han, at kommunens jurist K har leveret input til klagesagerne, hvor han også var med som sagsbehandler. Han kan godt se, hvad der står. Han var vidende om, at der var en sag.

Han kan ikke huske, hvor mange timer han brugte på byggetilladelsen.

Foreholdt 12 timer, forklarede han, at byggesagsgebyret alene opgøres efter de timer, der er anvendt på sagsbehandlingen efter byggeloven og bygningsreglementet og ikke tillige efter de timer, man bruger på lokalplanforhold eller øvrig lovgivning. Gebyret opgøres efter det, som angår bygningsreglementet og afspejler derfor ikke al den tid, han har brugt på sagen.

Vedrørende den hjemviste sag underskrev F efterfølgende dispensation til molokkerne, idet hun da var fungerende chef for hans afdeling. Han var sagsbehandler.

Han har ikke været inde over klagerne over lokalplanen.

Da kommunen fik ansøgningen om byggetilladelse i maj, gik han i gang med at sagsbehandle. Hen over sommeren blev han informeret om, at der foregik et arbejde, ikke i hans afdeling, men ved planchefen. Han fik ikke besked på, at han skulle stoppe med at sagsbehandle, så det gjorde han ikke. Han vidste, at der var noget i gang mellem planchefen og projektudvikleren. Det blev også offentliggjort, at man havde det, altså sagen om ansvarsfraskrivelsen, på møde i Plan og miljøudvalget. Han fik ikke at vide, at han skulle sætte i bero eller afvente noget.

Han har ikke i andre byggesager stødt på en sådan ansvarsfraskrivelse.

Foreholdt § 8 tilladelse, side 409, forklarede han, at byggesagen ikke har været sat i bero. Han kan ikke sige, hvorfor sagsbehandleren på § 8 tilladelsen skriver sådan.

Foreholdt udvalgsmøde af 4. september, side 192, forklarede han, at han, da beslutningen var truffet, kendte den. De bliver altid informeret om udvalgsmøderne. Han vidste, at den sag havde været på. Den havde i og for sig ikke betydning for hans behandling af byggeansøgningen. Han var i gang med det, han var i gang med. Han satte ikke turbo på og afventede hen ad vejen dokumenter fra ansøgeren, bl.a. var der en del dokumenter omkring deklARATIONER og servitutter, som ikke var på plads. Han har ikke afventet noget, og udvalgsbeslutningen gjorde heller ikke, at han satte gang i noget. De får også dagsorden sendt rundt, så han tænker, at han har set, at sagen var sat på, lige såvel som han efterfølgende blev orienteret om, at den var vedtaget eller godkendt. I perioden fra 4. september og frem til 30. november var der i byggesagsbehandlingen nogle forskellige drøftelser med bygherren bl.a. om brandtekniske ting, støjdokumentation og nogle deklARATIONER. Bygherren havde heller ikke miljøgodkendelsen på plads.

Han modtog ikke en underskrevet ansvarsfraskrivelse. Han har ikke modtaget noget i byggesagen på det. Der blev ikke journaliseret noget på hans sag. Den skulle vist også tinglyses på ejendommen, men han ved ikke, hvornår det er sket.

Foreholdt udvalgsmødereferat, side 192, forklarede han, at han ikke har været involveret i, hvad der står om Det Faglige Hus som bygherre. Hans sag foregik på den sædvanlige måde, hvor en bygherre giver en fuldmagt til en ansøger, her ^X og nogle rådgivere, og det var dem, han kommunikerede med.

Foreholdt telefonnotat, side 437, forklarede han, at hans oplysning er baseret på det, som var hans overbevisning. Det er muligt, at der da var to bygherrer. Arbejdernes Boligforening overtog byggerierne, men han kan ikke sige hvornår. Han troede da nok, at de havde overtaget.

E har som vidne forklaret, at hun er uddannet geolog og siden kommunalreformen har arbejdet som miljøsagsbehandler. Hun arbejder ved Esbjerg Kommune. Når der skal bygges på en forurenede grund, kommer hun ind over, idet hun arbejder med jordforurening. Kernen i hendes opgave vedrørende projektet i sagen var at udarbejde en § 8 tilladelse.

G er sagsbehandler ved region Syddanmark og en af flere der, som arbejder med § 8 sager. Det er kommunen, som meddeler tilladelsen, men regionen skal høres. Det er rigtigt, at kommunen skal følge regionens høringsvar.

Foreholdt mail af 26. marts 2018, side 187, forklarede hun, at hun fik en ansøgning om § 8 tilladelse allerede i slutningen af 2015. Derefter var der en masse om, hvorvidt de foretagne undersøgelser var gode nok. Den endelige ansøgning kom vist i slutningen af 2017. Ved en forurenede grund, som ikke er undersøgt ret meget, er det typisk, at man, når man finder noget, undersøger yderligere. Det er bygherrens rådgiver, som undersøger.

§ 8 tilladelsen skal foreligge, inden der kan udstedes en byggetilladelse. Det er to forskellige tilladelser, og § 8 tilladelsen skal altså være først i tid.

Foreholdt mailens ordlyd om berostillelse, forklarede hun, at hun ikke var klar over, at der ikke var nogen ansøgning om byggetilladelse på det tidspunkt. Hendes sag var ikke så fremskreden, at det var et problem. Det tager årevis med de her lidt problematiske sager. Hun må have fået at vide, at plangrundlaget var påklaget. Mailen var mest for at informere G om, hvorfor han ikke hørte fra hende i noget tid. Hun troede, at § 8 sagen, når der var en planklage, gik i stå. Hun arbejder ikke med planloven til hverdag.

Hun har på et tidspunkt hørt om ansvarsfriholdelseserklæringen, men husker ikke hvornår. Det var efter, at hun havde meddelt tilladelsen. Da hun i marts 2018 sendte mailen, havde hun ikke hørt om en erklæring. Formulering om at stille i bero var måske lidt formelt, og hun skulle måske bare have skrevet, at der ikke skete noget i et stykke tid. Hun havde heller ikke hørt om erklæringen, da hun senere på året gav § 8 tilladelsen, men hun hørte om den på et tidspunkt. De snakker jo med hinanden. Hun har ikke været med til møder, hvor man drøftede indholdet af erklæringen.

Foreholdt at hun gav § 8 tilladelsen, inden planklagen var afgjort, forklarede hun, at hun jo må have fået at vide, at det kunne man godt alligevel.

Foreholdt mødereferat, side 183, og mail af 7. maj 2018 fra vidnet, side 181, forklarede hun, at det ser ud til, at hun da var bekendt med, at byggetilladelse og § 8 tilladelse ikke kunne udstedes, før Planklagenævnet havde truffet afgørelse.

Oplysningen i § 8 tilladelsen, side 409, om, at sagen yderligere har været sat i bero grundet klager over lokalplanen, vedrører den sag, hun behandlede, altså § 8 sagen. Der er ikke nogen, som har bedt hende sætte sager i bero. ^F

har ikke brugt det udtryk. ^F var hendes chef på daværende tidspunkt og er nu ved Middelfart kommune.

Foreholdt pkt. 17, side 412, forklarede hun, at man godt kan skrive noget i § 8 tilladelsen, som ikke står i byggetilladelse.

Hun har ikke tjekket på stedet, om der er aluminiumskappe i pel-rørene.

Parternes synspunkter

A og B har til støtte for deres påstande gjort gældende, at Esbjerg Kommunes afgørelse af 30. november 2018 om udstedelse af byggetilladelse til det pågældende byggeri er ugyldig som følge af magtfordrejning. Kommunen var forpligtet til at påse forholdet til anden lovgivning, og lokalplanvedtagelsen var påklaget. Det fremgår tydeligt af sagens bilag, at kommunen først havde valgt at sætte i hvert fald § 8 tilladelsen i bero. § 8 tilladelsen skal foreligge, før byggetilladelsen kan udstedes, hvorfor udstedelsen af byggetilladelsen altså også var sat i bero. Det fremgår af materialet endvidere, at ansvarsfraskrivelsen blev afkrævet af kommunen, og at den skulle sikre kommunen mod en evt. erstatningssag. Klagen over lokalplanen er ikke afsluttet. Der verserer en retssag. Det fremgår af ansvarsfraskrivelsens ordlyd, at den også angår sådan.

Ansvarsfraskrivelsen kunne ikke underskrives af hovedorganisationen, idet hver afdeling er en selvstændig juridisk person.

Der er ikke grundlag for at tillægge biintervenienten sagsomkostninger.

Byggeklageenheden har i sit påstandsdokument anført bl.a.:

”

3. ANBRINGENDER

3.1 Påstand 1 – Ophævelse af Byggeklageenhedens afgørelser af 23. august 2021
Til støtte for påstanden om frifindelse overfor påstand 1 gøres det gældende, at Byggeklageenhedens afgørelser af 23. august 2021 er gyldige. Afgørelserne er

ikke behæftet med retlige mangler eller med sagsbehandlingsfejl, som kan føre til, at afgørelserne skal ophæves.

Byggeklageenheden har med rette ikke fundet tilstrækkeligt grundlag for mod kommunens udtrykkelige benægtelse at fastslå, at kommunen har tillagt den afgivne erklæring om ansvarsfraskrivelse betydning

Byggeklageenhedens sagsbehandling foregår på skriftligt grundlag. Hvis der i en sag fremkommer modstridende oplysninger eller forklaringer, har Byggeklageenheden ikke mulighed for at afklare de hermed forbundne bevismæssige spørgsmål ved f.eks. at afhøre vidner, som domstolene har mulighed for. Byggeklageenheden har derfor ikke haft tilstrækkeligt grundlag for mod kommunens udtrykkelige benægtelse at fastslå, at erklæringen faktisk var afgørende for kommunens afgørelse.

Der henvises til begrundelsen i Byggeklageenhedens afgørelser, jf. bilag 1, side 4 og navnlig side 12 ff.

Som anført gælder et almindeligt princip om, at myndighedernes afgørelser skal være båret af saglige hensyn. Det er for vurderingen ikke afgørende, hvem der tog initiativ til, at ansvarsfraskrivelsen blev udarbejdet. Det er heller ikke afgørende, om ansvarsfraskrivelsen faktisk vil blive tillagt betydning i en efterfølgende retssag. Det afgørende er, om ansvarsfraskrivelsen faktisk havde betydning for kommunens afgørelse om at meddele byggetilladelse, og i givet fald om dette var usagligt.

Sagsøgerne har henvist til, at det fremgår af Arbejdernes Boligforenings mødereferat af 25. oktober 2018 (bilag 8), at Esbjerg Kommune har krævet, at foreningen og Det Faglige Hus underskriver en ansvarsfraskrivelse. Mødereferatet beviser efter Byggeklageenhedens opfattelse ikke, at kommunen har krævet en ansvarsfraskrivelse, jf. de modstridende oplysninger i selve ansvarsfraskrivelsen (bilag 6) og i kommunens udtalelser af 14. januar 2019 og 3. juli 2020 (bilag D og S).

Det vil ikke være sagligt at tage hensyn til, om kommunen kan undgå at ifalde erstatningsansvar. I U2010.2311/2Ø blev et tillæg til en lokalplan, der lovliggjorde et ulovligt byggeri, fundet ugyldigt. Landsretten fandt, at økonomiske hensyn havde haft afgørende betydning for vedtagelsen af tillægget, da kommunen herved tilsigtede at undgå at ifalde erstatningsansvar.

Ved udstedelse af forvaltningsakter er udgangspunktet, at det ikke vil være sagligt at lægge vægt på hensynet til offentlige finanser. En fortolkning af retsgrundlaget kan dog føre til, at bevillingsmæssige eller økonomiske hensyn kan være relevante for, hvordan en lovbestemmelse anvendes. Inden for bygge-

lovens anvendelsesområde er der ingen holdepunkter for, at kommunens finanser kan inddrages i afgørelsen af, om der skal gives byggetilladelse.

Ville kommunen have sat sagen i bero, hvis bygherren ikke havde underskrevet erklæringen, har afgørelsen om at meddele byggetilladelse derfor været båret af usaglige hensyn.

Byggeklageenheden har forstået Esbjerg Kommunes henvisning i udtalelsen af 14. januar 2019 til sagen om Dommergården på den måde, at kommunen mener, at ansøgerens erklæring alene gentager, hvad der i forvejen er gældende ret, og at erklæringen ikke kan have påvirket afgørelsens indhold på usaglig måde.

Som anført af Byggeklageenheden tyder kommunikationen mellem kommunen og bygherren på, at kommunen ved afgørelsen om ikke at afvente Planklagenævnets afgørelse har tillagt det betydelig vægt, at kommunen som følge af erklæringen ikke kunne blive mødt med et efterfølgende erstatningskrav. Der foreligger ingen oplysninger om, hvilke overvejelser kommunen i øvrigt gjorde sig i forbindelse med valget mellem berostillelse og meddelelse af byggetilladelse.

Heroverfor står kommunens forklaring, hvorefter kommunikationen alene havde til formål at sikre, at bygherren var opmærksom på, at udnyttelse af tilladelsen, mens denne var påklaget, i forbindelse med en efterfølgende erstatningssag kunne betragtes som egen skyld.

Det gøres i anden række gældende, at hvis det måtte antages, at kommunen har tillagt den afgivne erklæring om ansvarsfraskrivelse vægt, er dette ikke konkret væsentligt.

Der henvises til, at Planklagenævnet i afgørelsen af 8. december 2020 ikke gav medhold i klagerne over vedtagelse af lokalplanen og screeningsafgørelsen, og at Planklagenævnet i afgørelse af 27. april 2021 ikke gav medhold i klagen over kommunens afgørelse af 30. november 2018 om, at det ansøgte projekt var i overensstemmelse med lokalplanen. Kommunens vurdering af, at byggetilladelsen var i overensstemmelse med plangrundlaget, var dermed korrekt, og byggetilladelsen blev udstedt med rette. Ansvarsfraskrivelsen ses derfor ikke at have nogen betydning.

Det bestrides, at Byggeklageenhedens afgørelser skulle være ugyldige som følge af, at byggetilladelsen i denne sag er sendt til bygherrens arkitektfirma X, jf. det i replikken side 3 anførte.

3.2 Påstand 2 – Ansvarsfraskrivelse og byggetilladelse

3.2.1 *Principal påstand*

Til støtte for påstanden om afvisning og den subsidiære påstand om frifindelse gøres det gældende, at påstanden om, at ansvarsfraskrivelsen skal erklæres ugyldig, er uegnet til pådømmelse. Ansvarsfraskrivelsen i bilag 6 er en privatretlig viljeserklæring, som ikke kan kendes ugyldig. Afgørelsen om byggetilladelse er truffet af Esbjerg Kommune og kan ikke kendes ugyldig i en sag alene anlagt mod Byggeklageenheden.

3.2.2 *Subsidiær påstand*

Til støtte for påstanden om frifindelse gøres de samme anbringender gældende som til støtte for påstanden om frifindelse.

..."

Byggeklageenheden har under hovedforhandlingen procederet i overensstemmelse hermed og nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

Esbjerg Kommune har henvist til, at spørgsmålet om ansvarsfraskrivelsens betydning ikke har nogen aktualitet eller konkret væsentlighed, idet Planklagenævnet efterfølgende har truffet afgørelse. Der ville have foreligget magtfordrejning, hvis kommunen gav en byggetilladelse, fordi man havde modtaget en friholdelseserklæring. Her var spørgsmålet imidlertid om, kommunen skulle give tilladelse før eller efter Planklagenævnet havde truffet afgørelse, altså ikke om, men hvornår byggetilladelsen skulle gives. Planklagenævnet har nu ved afgørelsen af 8. december 2020 stadfæstet lokalplanvedtagelsen. Ansvarsfriholdelseserklæringen har herefter været uden aktualitet og er død. Retten kan derfor træffe en "allerede fordi" afgørelse om, at der ikke foreligger ugyldighed fordi friholdelseserklæringen er uden aktualitet.

For det tilfælde, at retten ikke træffer en sådan afgørelse, henvises til, at det i byggesager er en kendt problemstilling, om man tør bygge, når lokalplanen er påklaget. I den konkrete sag er ansvarsfriholdelseserklæringen reelt uden værdi, idet bygherren vidste, at lokalplanen er påklaget. Medmindre kommunen har lavet fejl ved planvedtagelsen, og fejlen er grandios, vil der ikke være grundlag for erstatningsansvar for kommunen.

Ansvarsfriholdelseserklæringen var nice to have og ikke need to have. Initiativet kom fra bygherren, og det er ikke godtgjort, at byggetilladelsen ikke ville være blevet givet, hvis erklæringen ikke forelå. Det fremgår ikke af udvalgsmandereferatet, at erklæringen var en betingelse. Byggetilladelsen nævner intet om erklæringen, og ^D har forklaret, at den ikke havde betydning for hans sagsbehandling. ^E var miljøsagsbehandlinger og ikke byg-

gesagsbehandler og var af den fejlagtige opfattelse, at en lokalplanklage automatisk havde opsættende virkning.

Esbjerg Kommune bør tillægges sagsomkostninger jf. retsplejelovens § 252, stk. 4, idet kommunen er opfordret til at biintervenere grundet sagsøgernes anbringende om kommunal magtfordrejning. Sagsøgerne har del i stort antal klagesager.

Rettens begrundelse og resultat

Sagen angår gyldigheden af Esbjerg Kommunes afgørelse af 30. november 2018 om udstedelse af byggetilladelse til opgørelse af etagebyggeri på adr. 2 , Esbjerg, herunder særligt om afgørelsen er ugyldig som følge af magtfordrejning.

Kommunens afgørelse blev påklaget til Byggeklageenheden, som jf. bygge-lovens § 23, stk. 1, foretog en prøvelse af klagepunktet om magtfordrejning, hvorfor søgsmål med samme indsigelse skal ske mod Byggeklageenheden, idet det bemærkes, at Esbjerg Kommune vil være forpligtet til at følge afgørelsen i sagen.

Vedrørende 1. led i sagsøgernes principale påstand 2 bemærkes, at hverken A eller B er løftegiver eller løftemodtager i forhold til ansvarsfraskrivelsen, hvorfor de ikke har søgsmålskompetence i forhold til erklæringens gyldighed.

Byggeklageenhedens påstand om afvisning af sagsøgernes principale påstand 2, 1. led, tages herefter til følge.

Efter bevisførelsen, herunder forklaringen fra D , er der intet grundlag for at antage, at der – som anført af sagsøgerne - mellem bygherren og Esbjerg Kommune er handlet med byggetilladelsen forstået på den måde, at ansvarsfraskrivelsen skulle have haft en betydning i forhold til kommunens vurdering af f.eks. om byggeansøgningen var tilstrækkelig oplyst, eller om betingelserne efter bygge-loven mv. for at udstede byggetilladelse var opfyldt. Retten lægger således til grund, at Esbjerg Kommune foretog en sædvanlig og fyldestgørende sagsbehandling i forhold til vurderingen af, om byggetilladelse kunne udstedes. Der er således ikke er grundlag for at anfægte afgørelsens materielle rigtighed.

Sagens kerne vedrører spørgsmålet om kommunen varetog usaglige hensyn ved afgørelsen om, hvornår byggetilladelsen kunne udstedes, henset til at plangrundlaget var påklaget.

Da klagerne til Planklagenævnet ikke var tillagt opsættende virkning, var Esbjerg Kommune som udgangspunkt ikke forpligtet til at afvente udfaldet af planklagesagen.

Det er imidlertid ubestridt, at kommunen havde en selvstændig pligt til at vurdere, om planklagen skulle tillægges opsættende virkning, og at kommunen ved den vurdering og dermed ved vurderingen af, hvornår evt. byggetilladelse kunne udstedes, ikke lovligt kunne lægge vægt på ansvarsfraskrivelsen. Ville kommunen have sat sagen i bero, hvis bygherren ikke havde underskrevet erklæringen, har afgørelsen om at meddele byggetilladelse således været båret af usaglige hensyn, som det anføres af Byggeklageenheden i påstandsdokumentet.

Efter mailen af 7. maj 2018 fra bygherrens daværende repræsentant, H, om møde med kommunen i november og bygherrens ændrede opfattelse i forhold til at holde byggeansøgningen tilbage sammenholdt med miljøsagsbehandler E mail af samme dato til H om det aftalte i forhold til meddelelse af både byggetilladelse og § 8 tilladelse, og mail af samme dato fra miljøchef F til samme med forslag om afholdelse af møde med deltagelse af bl.a. planchef I og J, lægger retten til grund, at Esbjerg Kommune forud for maj 2018 havde besluttet, at afgørelsen om udstedelse af byggetilladelse skulle afvente i hvert fald Planklagenævnets afgørelse, men at sagsbehandlingen af bygge- og miljøsagerne kunne fortsætte, så sagerne, når afgørelsen forelå, var klar til afgørelse.

Efter bevisførelsen lægges det endvidere til grund, at 1. udkast til ansvarsfraskrivelsen kom fra Esbjerg Kommune. Dokumentet er oprettet af kommunens jurist og senest ændret af J, og blev ved mail af 5. juli 2018 fra planchef I sendt til H. Det fremgår af mailen, at forvaltningen, når erklæringen var underskrevet, ville forelægge sagen på udvalgsmødet og indstille til udstedelse af byggetilladelse.

Herefter og efter udvalgsmødereferatet af 4. september 2018, herunder forvaltningens sagsfremstilling og indstilling, samt da der efter bevisførelsen, herunder afhøring af D, ikke foreligger nogen oplysninger om, hvilke overvejelser kommunen måtte have gjort sig i forbindelse med stillingtagen til spørgsmålet om opsættende virkning, lægger retten til grund, at ansvarsfraskrivelsen havde væsentlig betydning for kommunens ændrede afgørelse om ikke at afvente planklagesagens udfald.

Esbjerg Kommunes afgørelse om at udstede byggetilladelse og ikke afvente udfaldet af klagesagerne har derfor været båret af et usagligt hensyn.

Retten finder, at der er tale om en så betydelig sagsbehandlingsfejl, at kommunens afgørelse af 30. november 2018 om udstedelse af byggetilladelsen, uanset det anførte om dens materielle rigtighed, er ugyldig. Retten har i den forbindelse lagt vægt på, at kommunens pligt til selvstændigt at vurdere, om udstedelse af byggetilladelse skal afvente udfaldet af en klage over f.eks. plangrundlaget, ifølge forarbejderne til den gældende formulering af nu byggelovens § 16, stk. 11, som citeret i Byggeklageenhedens afgørelse side 5 og 6, har til formål at reducere tilfælde, hvor byggeri, som er opført efter udstedt byggetilladelse, men som viser sig i strid med anden lovgivning, ofte ender med at blive retlig lovliggjort. Retten har endvidere lagt vægt på, at Planklagenævnets afgørelse af 8. december 2020 er indbragt for domstolene, hvor sagen fortsat verserer.

Sagsøgernes påstand 1 og principale påstand 2, 2. led, tages herefter til følge, samlet som anført nedenfor.

Efter sagens udfald har Byggeklageenheden tabt sagen og skal derfor betale sagsomkostninger til sagsøgerne. Beløbet fastsættes til 750 kr. som vedrører retsafgift.

THI KENDES FOR RET:

Sagsøgte, Byggeklageenheden, skal anerkende, at Esbjerg Kommunes byggetilladelse af 30. november 2018, som påklaget og afgjort ved Byggeklageenhedens afgørelser af 23. august 2021 i sagsnummer 20/12072-24 og 20/04909-28, er ugyldig, og at Byggeklageenhedens afgørelser derfor skal ophæves.

Sagsøgernes, A og B, påstand om ansvarsfraskrivelsens ugyldighed afvises.

Byggeklageenheden skal inden 15 dage betale 750 kr. i sagsomkostninger til A og B.

Sagsomkostningerne bliver forrentet efter rentelovens § 8 a.