

12. juni 2020
Sagsnr. 18/05109
Klagenummer: 1002494
EBRAU

AFGØRELSE FRA MILJØ- OG FØDEVAREKLAGENÆVNET

**MILJØ- OG
FØDEVAREKLAGENÆVNET**
Toldboden 2
8800 Viborg

STADFÆSTELSE af afslag på lovliggørende dispensation i sag om to udsigtsstuer på ejendom i Tøndermarsken i Tønder Kommune

Miljø- og Fødevareklagenævnet har truffet afgørelse efter tøndermarskløvens § 10, stk. 1, nr. 1, jf. § 38, stk. 1, jf. § 44, stk. 2.¹

Tlf. 72 40 56 00
CVR-nr. 37795526
EAN-nr. 5798000026070
nh@naevneneshus.dk
www.naevneneshus.dk

Miljø- og Fødevareklagenævnet stadfæster Tønder Kommunes afgørelse af 3. maj 2018 om afslag på ansøgning om lovliggørende dispensation til to udsigtsstuer på ejendommen matr. nr. F1 , beliggende A1 , 6280 Højer i Tønder Kommune.

Det indbetalte klagegebyr tilbagebetales ikke.

Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse er endelig og kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. § 17 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet² og gebyrbekendtgørelsens § 2.³

Afgørelsen er truffet af formanden på nævnets vegne, jf. § 8 i lov om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

¹ Lovbekendtgørelse nr. 123 af 26. januar 2017 om beskyttelse af de ydre koge i Tøndermarsken.

² Lov nr. 1715 af 27. december 2016 om Miljø- og Fødevareklagenævnet.

³ Bekendtgørelse nr. 132 af 30. januar 2017 om gebyr for indbringelse af klager for Miljø- og Fødevareklagenævnet mv.

1. Klagen til Miljø- og Fødevareklagenævnet

Afgørelsen er den 29. maj 2018 påklaget til Miljø- og Fødevareklagenævnet af ejendommens ejere, der er repræsenteret ved advokat.

Klager har navnlig anført, at

- klager er og har været i god tro,
- kommunen har fortabt retten til at kræve forholdet lovliggjort på grund af passivitet, da udestuerne er opført i 2000, og da kommunen var 3 år og 2 mdr. om at reagere på klagers ansøgning om lovliggørelse, og
- der ikke er risiko for præcedens.

Klagepunkterne er nærmere uddybet i afsnit 2.4.

2. Sagens oplysninger

2.1 Ejendommen/området

Ejendommen er beliggende syd for A2 i marsken godt 2 km fra kysten og ca. 650 m fra grænsen til A3 i et stort set ubebygget område præget af kanaler og græsarealer.

Ejendommen er oprindeligt opført som dobbelthus med beboelse til to familier, og er opført som bolig for grænsegendarmer efter grænsedragningen i 1920.

Det fremgår af sagen, at tidligere ejer har oplyst, at carporte, udsigtsstuer og terrasser er opført i 1999-2000.

Klager har overtaget ejendommen i 2012.

Ejendommen er beliggende i Natura 2000-område nr. 89 Vadehavet.⁴

2.2 Den påklagede afgørelse

Tønder Kommune meddelte den 3. maj 2018 afslag på ansøgning om lovliggørende dispensation til to udsigtsstuer på ejendom omfattet af tøndermarskloven, og har meddelt påbud om fjernelse af samme. Afgørelsen blev sendt til klager til varsel den 9. januar 2018.

Det fremgår af afgørelsen, at Tønder Kommune den 6. november 2016 har modtaget ansøgning om landzonetilladelse til lovliggørelse af to carporte og to udsigtsstuer på ejendommen.

Kommunen har ud fra de fremsendte fotos og tegninger af ejendommen, konstateret, at der er opført to carporte, en i hver ende af hovedbygning-

⁴ https://mst.dk/media/130289/n89_f49_2000plan_2016-21.pdf.

gen. De nye carporte er placeret der, hvor der tidligere var vindfang/hovedindgang til de to boliger. Carportene er opført, så de har en højde, der svarer til hovedbygningens kælder. Ud fra plantegningerne er størrelserne på ca. 35 m² hver. Det vil sige, at carportene er lovlige ud fra Sønderjyllands Amts tilladelse/brev af 5. januar 2000. Carportene er opført som erstatning for en tidligere nedrevet carport med et oplyst areal på 100 m², som har ligget på grunden.

Oven på begge carporte er der bygget udsigtsstuer på ca. 15 m² og terrasser på ca. 7,5 m². Oven på udsigtsstuerne er der lavet terrasser på ca. 26 m². I hver af carportene er der lavet en trappe, som går op til udsigtsstuerne og de øverste terrasser. Arealet for hver af trapperne er ca. 9 m².

Størrelsen på udsigtsstuerne og trappearealerne er ifølge kommunen betydeligt større end de oprindelige karnapper og er opført i strid med tøndermarsklovens restriktive bestemmelser. Byggeriet er ydermere opført, selv om Sønderjyllands Amt har givet afslag til byggeriet.

Der er således ifølge kommunen ikke givet dispensation til udsigtsstuerne med terrasse oven på og heller ikke til trapperne. Der er dog givet dispensation til åbne terrasser oven på carportene.

Tønder Kommune har anført, at såfremt der var søgt om tilladelse til udsigtsstuerne inden opførelsen, ville der være blevet meddelt afslag med begrundelse i, at der ikke må opføres yderligere bebyggelse i området eller foretages væsentlige om- og tilbygninger til eksisterende bebyggelse.

At tilbygningen allerede er udført, giver ifølge kommunen ikke grund til at se bort fra tøndermarsklovens restriktive bestemmelser. Desuden er der tidligere blevet meddelt påbud om at fjerne ulovlig opført bebyggelse på ejendommen, så tidligere ejer har været bekendt med tøndermarsklovens restriktive bestemmelser.

Det fremgår af afgørelsen, at afslaget, på at lovliggøre forholdet retligt og påbud om at fjerne udsigtsstuerne, er begrundet med, at den samlede bygningsmasse fremstår som mere dominerende i landskabet end den oprindelige bygning. Tilbygningen af udsigtsstuerne er en væsentlig udvidelse af bygningsmassen, der med sin relativt fremtrædende beliggenhed og arkitektur nu fremstår mere bombastisk end den oprindelige bygning. Der er høj bevoksning rundt om bygningen, men kommunen har vurderet, at det ikke giver anledning til at se bort fra lovens formål og den restriktive praksis.

Tøndermarsklovens formål er ifølge kommunen blandt andet, at bevare landskabet som et samlet naturområde af national og international betydning, herunder det åbne marsklandskab med spredt bebyggelse, men uden dominerende anlæg og bebyggelser.

Det fremgår af afgørelsen, at der ikke må opføres yderligere bebyggelse i området eller foretages væsentlige om- og tilbygninger til eksisterende bebyggelse, dog må der opføres bebyggelse, der er erhvervsmæssig nødvendig for driften af en landbrugsejendom. Den konkrete ejendom er ikke en landbrugsejendom, hvorfor det ikke er tilladt at opføre yderligere bebyggelse til ejendommen.

Det fremgår videre, at der oprindeligt var et bebygget areal på 113 m² stuehus og 30 m² carport, i alt 143 m². I dag er det bebyggede areal på 113 m² stuehus og 2 carport á 35 m², i alt 183 m². Det bebyggede areal er således blevet 50 m² større end oprindeligt. Beboelsesarealet er desuden forøget med de to udsigtsstuer fra 226 m² til 278 m², hvilket ifølge kommunen må siges at være en væsentlig forøgelse af eksisterende bebyggelse.

Det fremgår desuden af afgørelsen, at der ad flere omgange er søgt om diverse bygninger, herunder vindfang, terrasser, havestuer og carporte, og der er flere gange givet afslag på dispensationer og endog meddelt påbud om at fjerne allerede opførte bygninger. Der er givet dispensation til opførelse af to carporte med åbne terrasser med rækværk ovenpå. Trods gentagne afslag til diverse bygninger har den tidligere ejer alligevel opført de ulovlige udsigtsstuer.

Det fremgår af afgørelsen, at når de ulovlige udsigtsstuer er fjernet, må der, uden yderligere dispensation, etableres åbne terrasser oven på de to carporte. Rækværket på terrasserne må højst have en højde på 1,20 meter og må ikke være muret, bestå af beton eller anden fast/massiv konstruktion.

2.3 Sagens forhistorie

Den 3. marts 1999 blev der søgt om tilladelse til at opføre to havestuer på hver 30 m² og med fuld kælder under og åbne terrasser oven på. Den 15. april 1999 gav Sønderjyllands Amt afslag på det ansøgte og gav samtidig påbud om at fjerne det allerede opførte byggeri.

Den 5. juli 1999 blev der søgt om dispensation til at opføre to vindfang af 11 m² og to terrasser på hver 24 m². Sønderjyllands Amt vurderede ved afgørelse af 5. juli 1999, at det ansøgte byggeri var mindre end det oprindeligt ansøgte den 3. marts 1999, men vurderede fortsat, at det ansøgte var ganske omfattende, og at der ikke var væsentlige ændringer i det ansøgte, som gjorde at Sønderjyllands Amt ville foretage fornyet sagsbehandling af det ansøgte.

Der blev således ikke dispenseret til at opføre de ansøgte havestuer, vindfang eller terrasser. Der blev dog dispenseret til at genopføre en bygning på 12 - 15 m², som erstatning for et nedrevet vindfang. De 12 - 15 m² skulle opføres i én etage i plan med kælderen, hvilket betyder, at der ikke

blev givet dispensation til de to vindfang, som i dag er etableret som udsigtsstuer.

Sønderjyllands Amt meddelte den 5. januar 2000 dispensation efter tøndermarskloven til at genopføre to carporte på hver 40 m² som erstatning for en tidligere carport på 100 m². Dette lå ifølge Sønderjyllands Amt inden for lovens rammer, hvorefter man kan erstatte nedrevne bygninger med nye bygninger. Der blev samtidig givet tilladelse til at udnytte carportenes dække/tag til terrasser med rækværk på med en maksimal højde på 1,20 m. De to carporte er inklusive trappearealerne ca. 70 m², og er således lovlige.

Den 9. oktober 2014 henvendte klager sig til Tønder Kommune, da han var blevet opmærksom på, at der var uoverensstemmelse mellem BBR og den faktiske bygningsmasse på ejendommen.

Den 20. oktober 2016 har Tønder Kommune meddelt klager, at kommunen efter et besøg på ejendommen, har konstateret, at der er bygningsmasse på ejendommen, som der ikke er givet byggetilladelse til.

På den baggrund har klager indsendt den af sagen omhandlede ansøgning om landzonetilladelse til 70 m² carport/garage og 52 m² udsigtsstue.

2.4 Klagens indhold

Klager har navnlig anført, at de var i god tro ved overtagelsen af huset, og at de gik ud fra, at det handlede om en formalitet, da de søgte om lovliggørende tilladelse i 2014.

Formålet med ansøgningen var, at oplysningerne i BBR skulle stemme overens med de faktiske forhold. Udestuerne havde jo været på ejendommen siden år 2000.

Klager har desuden anført, at der er gået 3 år og 2 mdr. inden klager hørte noget fra kommunen. Klager har allerede af den grund indstillet sig på, at forholdene var lovlige. Kommunen har derfor, ifølge klager, ved passivitet, mistet sin ret til at påbyde udestuerne revet ned. Klager har videre anført, at kommunen efter det forudgående forløb med den tidligere ejer med afslag på dispensationer og påbud mv. burde have fulgt op på byggeriet, og hvis kommunen havde gjort det, så kunne det ved selvsyn have været konstateret, at de to udestuer stod færdigbyggede allerede i år 2000.

Endelig har klager påpeget, at der ikke er nogen risiko for uønsket præcedens i sagen, idet hændelsesforløbet er meget specielt og idet en afgørelse vil blive helt konkret og individuel.

2.5 Tønder Kommunes bemærkninger til klagen

Tønder Kommune har i sine bemærkninger til klagen af 11. juni 2018 anført, at de to udestuer er opført af tidligere ejer til trods for, at der var blevet meddelt afslag på opførelsen af dem. Kommunen har fastholdt, at udestuerne er ulovlige og opført mod bedre vidende.

Kommunen har endvidere bemærket, at klager har købt en ejendom, hvor bygningsmassen ikke stemmer overens med BBR, og hvor der efter tøndermarskloven er opført ulovlige udestuer. Dette er et anliggende mellem køber og sælger.

Tønder Kommune har bemærket, at ud fra de dokumenter, som kommunen har til rådighed, har den tidligere Højer Kommune ikke bedt den tidligere ejer om at indsende ansøgning om byggetilladelse, og Højer Kommune har heller ikke fulgt op på sagen. Den nye Tønder Kommune blev opmærksom på de ulovlige udestuer, da klager i 2014 søgte om at få lovliggjort bygningsmassen, og rettet i BBR.

Kommunen har beklaget den lange sagsbehandlingstid i forhold til tøndermarskloven, men har ikke fundet, at det giver anledning til at tilside-sætte håndhævelsen i henhold til tøndermarskloven. En væsentlig årsag til, at det ulovlige forhold har stået på i en længere periode, kan tilskrives byggesagsbehandlingen, og bør derfor ikke lægges administrationen af tøndermarskloven til last.

3. Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger og afgørelse

3.1 Miljø- og Fødevareklagenævnets bemærkninger

Miljø- og Fødevareklagenævnet bemærker indledningsvist, at kommunens afgørelse om påbud ikke kan påklages efter tøndermarskloven, jf. § 44, stk. 1-5, hvorfor alene den del af afgørelsen, der vedrører afslag på ansøgning om lovliggende dispensation er behandlet.

Tøndermarskloven gælder bl.a. ifølge lovens § 1, stk. 1, nr. 2, gammel Frederikskog, hvor ejendommen er beliggende.

Det følger af § 2, stk. 1, at loven har til formål at bevare Tøndermarskens ydre kog og den nedre del af Vidå-systemet som et samlet naturområde af national og international betydning samt at oplyse offentligheden om Tøndermarskens fredningsmæssige værdier.

Det fremgår videre af § 2, stk. 2, nr. 1, at lovens beføjelser skal anvendes til at sikre opretholdelse af de biologiske, kulturhistoriske og landskabelige værdier, der knytter sig til driften af store sammenhængende, vedvarende græsningsarealer med bevanding.

Det følger af lovens § 10, stk. 1, nr. 1, at der ikke må opføres yderligere bebyggelse i området eller foretages væsentlige om- og tilbygninger til eksisterende bebyggelse.

Kommunalbestyrelsen kan i medfør af § 38, stk. 1, tillade fravigelser fra bestemmelserne i § 10, stk. 1, når det ansøgte ikke vil komme i strid med lovens formål. Kommunalbestyrelsen påser efter § 40, stk. 1, overholdelsen af loven, og kan efter stk. 3, meddele påbud med henblik på at søge ulovlige forhold lovliggjort.

Det følger af lovens § 41, at det påhviler den til enhver tid værende ejer eller bruger af en ejendom at berigtige et ulovligt forhold.

Det er i Miljø- og Fødevareklagenævnets praksis antaget (jf. Naturklagenævnet Orienterer nr. 334 fra oktober 2004), at myndighedens ret til at forlange fysisk lovliggørelse kan fortabes, når der er gået en vis længere tid. Der kan ikke fastsættes en generel tidsgrænse for, hvornår retten til at forlange fysisk lovliggørelse ophører. Dette afhænger af en konkret vurdering. I vurderingen indgår bl.a. karakteren af den ulovlige indretning samt en afvejning af den almene interesse i lovliggørelse over for hensynet til ejeren/brugeren af den ulovlige indretning.

Det må således som udgangspunkt antages, at jo stærkere en beskyttelsesinteresse desto flere år skal der gå, før retten til fysisk lovliggørelse fortabes.

Miljø- og Fødevareklagenævnets praksis hviler på et almindeligt indrettelsessynspunkt, hvorefter en ejer/bruger normalt, når der er gået meget lang tid, vil have indrettet sig i tillid til, at bestående indretninger på grunden, som ikke er blevet påtalt fra nogen side, anses for lovlige. Ofte er der sket et eller flere ejerskifter, og det er derfor svært at afgøre, om ejeren i sin tid havde grund til at tro, at byggeriet var lovligt.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder, at der ikke i den konkrete sag er medgået så lang tid, fra byggeriets færdiggørelse til påbuddets fremsendelse (18 år), at dette i sig selv kan medføre, at kommunens ret og pligt til at håndhæve forholdet er fortabt. Nævnet har herved lagt vægt på, at der er tale om en forbudsbestemmelse, at praksis for at dispensere herfra er restriktiv, og at der var blevet meddelt tilladelse til terrasser og ikke udsigtsstuer samt at klager ved køb af ejendommen havde kunnet konstatere, at der ikke var overensstemmelse mellem BBR og de faktiske forhold, og således havde mulighed for at få lovligheden af byggeriet undersøgt. Det forhold, at den daværende kommune ikke aktivt har fulgt op på om kommunens afslag blev overholdt, kan ikke føre til et andet resultat.

Begrebet myndighedspassivitet anvendes i de situationer, hvor tilsynsmyndigheden er bekendt med et muligt ulovligt forhold, men ikke inden for et rimeligt tidsrum har søgt forholdet lovliggjort. Det er en betingelse for, at myndighedspassivitet slår igennem, at tilsynsmyndigheden har gjort ejeren (og brugeren) bekendt med, at en undersøgelse er indledt, f.eks. i form af partshøring/varsling af tilsynsbesøg. Ved bedømmelsen

af, hvorvidt tilsynsmyndigheden har fortabt retten til at kræve lovliggørelse som følge af myndighedspassivitet, må der generelt – foruden den forløbne tid – lægges vægt på den konkrete beskyttelsesinteresse og om ejeren (og brugeren) af ejendommen har haft grund til at tro, at kommunens tavshed i forhold til en konstateret mulig ulovlighed er udtryk for en form for accept af forholdet, og om det må anses for tilsynsmyndighedens ansvar eller risiko, at kravet om lovliggørelse ikke er blevet rejst på et tidligere tidspunkt.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder, at der i den konkrete sag ikke er medgået så lang tid, fra det tidspunkt, hvor kommunen gjorde klager opmærksom på, at der var et ulovligt forhold (20. oktober 2016), til det tidspunkt, hvor kommunen varslede afslag på ansøgning og påbud om fjernelse af forholdet (9. januar 2018), at dette i sig selv kan medføre, at kommunens ret og pligt til håndhævelse af forholdet er fortabt. Nævnet har herved vurderet, at hensynet til beskyttelsen efter tøndermarskloven vejer tungere end hensynet til klager, henset til den relativt korte sagsbehandlingstid, og at der ikke i sagen er oplysninger om andre forhold eller reaktioner fra kommunens side, der kunne have bibragt klager den opfattelse, at kommunen havde opgivet sagen.

Sagen skal derfor vurderes efter dispensationsbestemmelsen i tøndermarskloven, hvorefter det ansøgte ikke må være i strid med formålet med loven.

Miljø- og Fødevareklagenævnet finder, at der ikke i sagen er grundlag for at tilsidesætte Tønder Kommunes vurdering af, at det ansøgte er i strid med lovens formål. Nævnet har herved lagt vægt på, at praksis på området er restriktiv, og på den uønskede præcedensvirkning en dispensation ville kunne medføre. Nævnet har endvidere lagt vægt på, at de ansøgte udsigtsstuer med deres størrelse og udformning fremstår markante i forhold til det oprindelige byggeri, og at de ændrer den landskabelige oplevelse af området i strid med lovens formål.

3.2 Gebyr

Som følge af afgørelsen tilbagebetales det indbetalte klagegebyr ikke, jf. § 2.

3.3 Miljø- og Fødevareklagenævnets afgørelse

Miljø- og Fødevareklagenævnet stadfæster Tønder Kommunes afgørelse af 3. maj 2018 om afslag på ansøgning om lovliggørende dispensation til to udsigtsstuer på ejendommen matr. nr. F1 , beliggende A1 , 6280 Højer i Tønder Kommune.