Fimmtudaginn 29. apríl 1999.

Nr. 272/1998. **Einar Þ. Loftsson**
(Jón Magnússon hrl.)
gegn
Ágústu Atladóttur og
Heiðari Halldórssyni
(Kristinn Hallgrímsson hrl.)

Byggingarleyfi. Fjöleignarhús. Stjórnvaldsákvörðun. Sameign.

G átti efri hæð og T neðri hæð í húsi þegar T hófst handa við byggingu á sólpalli og skjólvegg við það. Meðan á framkvæmdum stóð seldi G Á og H íbúð sína. Eftir að T seldi íbúð sína í húsinu rúmum tveimur árum síðar risu deilur um eignarrétt yfir sólpallinum. Tæpum fjórum árum eftir bygginguna sótti T um byggingarleyfi vegna framkvæmdanna og ritaði G á umsóknina sem lóðarhafi og var umsóknin samþykkt. Kærðu Á og H útgáfu byggingarleyfis til umhverfisráðherra sem staðfesti ákvörðun byggingarnefndar. Talið var að rétt hefði verið að fá samþykki sameigenda sem eignina áttu þegar umsókn um byggingarleyfi var lögð inn. Þar sem samþykki Á og H skorti var niðurstaða héraðsdóms um að ógilda bæri umrætt byggingarleyfi og úrskurð umhverfisráðherra staðfest.

Dómur Hæstaréttar.

Mál þetta dæma hæstaréttardómararnir Garðar Gíslason, Gunnlaugur Claessen og Markús Sigurbjörnsson.

Stefnda í héraði, Thelma Ólafsdóttir, skaut málinu til Hæstaréttar 30. júní 1998. Hún lést 5. júlí sama árs og hefur eftirlifandi eiginmaður hennar, Einar Þ. Loftsson, sem situr í óskiptu búi, tekið við aðild málsins. Krefst hann sýknu, auk málskostnaðar í héraði og fyrir Hæstarétti.

Stefndu krefjast staðfestingar héraðsdóms og málskostnaðar fyrir Hæstarétti.

I.

Í húsinu nr. 8 við Selvogsgrunn í Reykjavík eru tvær íbúðir, efri hæð og neðri hæð, og skiptist kjallari á milli þeirra að jöfnu. Áfrýjandi og eiginkona hans bjuggu á neðri hæð, en hún seldi íbúðina núverandi eigendum 3. nóvember 1995. Gunnþóra Jónsdóttir bjó á efri hæðinni, en seldi hana stefndu 3. ágúst 1993.

Samkvæmt fyrirliggjandi teikningum er gengið úr svefnherbergi íbúðar á neðri hæð út á svalir og niður tröppur í garðinn bak við húsið. Þar myndar húsið horn í garðinum. Áfrýjandi og eiginkona hans byggðu í horni þessu sólpall úr timbri, um 20 m^2 að stærð, tengdan svölunum og tröppunum, auk skjólgarðs. Þau kveðast hafa haft leyfi sameiganda síns til þessara framkvæmda og hafa lagt fram um það yfirlýsingu hans, sem hefur verið staðfest fyrir dómi. Réðust þau í framkvæmdirnar sumarið 1993, í þann mund sem Gunnþóra, eigandi efri hæðar, seldi íbúðina stefndu í máli þessu. Eftir að eiginkona áfrýjanda seldi íbúðina í nóvember 1995 risu deilur milli nýrra eigenda neðri hæðar og stefndu um eignarrétt yfir sólpallinum. Hafa stefndu krafist þess að pallurinn yrði annaðhvort talinn sameign beggja hæða eða fjarlægður.

II.

Svo sem greint er í héraðsdómi fóru stefndu fram á það með bréfi til byggingarfulltrúans í Reykjavík 28. nóvember 1996 að fyrrnefndur sólpallur ásamt skjólvegg á sameiginlegri lóð hússins, sem byggður hafi verið af eiganda neðri hæðar á tímabilinu frá 15. júlí til septemberloka 1993, yrði fjarlægður, þar sem aldrei hafi verið fengið byggingarleyfi fyrir framkvæmdinni, sem þó hafi verið skylt samkvæmt 1. mgr. 9. gr. þágildandi byggingarlaga nr. 54/1978 og byggingarreglugerð. Sagði í bréfinu meðal annars: „Byggingarleyfi í framangreinda veru, ef eftir yrði leitað, verði aldrei samþykkt ... nema framkvæmdin verði jafnframt sameign eigenda hússins.“ Byggingarnefnd Reykjavíkur ákvað á fundi sínum 13. febrúar 1997 „að eigendum neðri hæðar skyldi gert að sækja um áður gerðan sólpall og skjólgirðingu“. Thelma Ólafsdóttir, sem hafði eins og áður segir selt neðri hæðina með kaupsamningi 3. nóvember 1995, lagði inn 17. mars 1997 umsókn um byggingarleyfi fyrir „áður reistum sólpalli og skjólvegg“, og hafði Gunnþóra Jónsdóttir, fyrri eigandi efri hæðarinnar, ritað á umsóknina sem lóðarhafi. Umsóknin var samþykkt á fundi byggingarnefndar 25. mars 1997. Krefjast stefndu ógildingar þeirrar samþykktar.

III.

Hin umdeilda samþykkt byggingarnefndar Reykjavíkur 25. mars 1997 var á því reist, að sameigandi á þeim tíma, sem framkvæmdir áttu sér stað, hafi samþykkt þær og þá ráðstöfun sameignarinnar, sem af

þeim leiddi. Með því hafi áskilnaði um samþykki sameigenda samkvæmt 11. gr. byggingarlaga verið fullnægt. Á þetta var fallist í úrskurði umhverfisráðherra, sem gekk 15. júlí 1997 um kæru stefndu á fyrrgreindri ákvörðun byggingarnefndar frá 25. mars sama árs. Aðilarnir deila um hvort fullnægjandi hafi verið að umsókninni fylgdi einungis samþykki frá þeim, sem var sameigandi að fasteigninni á þeim tíma er ákvörðun um framkvæmdir var tekin og framkvæmt var, eða hvort nauðsyn hafi borið til að fá samþykki þeirra, sem voru sameigendur þegar sótt var um byggingarleyfið.

IV.

Ágreiningslaust er að beita skuli við úrlausn málsins ákvæðum byggingarlaga nr. 54/1978, sem voru í gildi þegar byggingarleyfið umdeilda var veitt. Í IV. kafla laganna var fjallað um byggingarleyfisumsóknir og byggingarleyfi. Í 1. mgr. 9. gr. var sett sú meginregla, að óheimilt væri að grafa grunn, reisa hús, rífa hús eða breyta því eða notkun þess eða gera önnur þau mannvirki, sem áhrif hefðu á útlit umhverfisins, nema að fengnu leyfi viðkomandi byggingarnefndar. Í 11. gr. sagði: „Sá, sem óskar leyfis til framkvæmda samkvæmt 9. gr., skal senda um það skriflega umsókn til hlutaðeigandi byggingarnefndar ásamt nauðsynlegum uppdráttum og skilríkjum, þar með talið samþykki meðeigenda ef um sameign er að ræða. ... “.

Af 9. gr. laganna er ljóst að sækja bar um byggingarleyfi áður en hafist yrði handa um framkvæmdir, sem háðar væru slíku leyfi. Samþykki sameigenda var skilyrði fyrir veitingu leyfis samkvæmt 11. gr. laganna þegar framkvæmdir vörðuðu sameign. Var þar eðli málsins samkvæmt miðað við að samþykki væri fengið frá þeim, sem var sameigandi þegar sótt var um leyfi. Að þessu gættu verður að líta svo á að þegar sótt var fyrst um leyfi eftir að framkvæmdir voru hafnar eða þeim jafnvel lokið, yrði að sama skapi að fá samþykki sameigenda, sem áttu eignina þegar umsókn var lögð inn. Þar sem samþykki stefndu skorti þegar umsókn Thelmu Ólafsdóttur var lögð inn 17. mars 1997 var skilyrðum 11. gr. byggingarlaga ekki fullnægt. Verður því fallist á niðurstöðu hins áfrýjaða dóms um að ógilda beri umrætt byggingarleyfi, svo og úrskurð umhverfisráðherra 15. júlí 1997, þar sem ákvörðun um veitingu leyfisins var staðfest. Samkvæmt því verður héraðsdómur staðfestur um annað en málskostnað.

Dæma verður áfrýjanda til að greiða stefndu málskostnað í héraði og fyrir Hæstarétti, sem er ákveðinn í einu lagi handa hvorum stefndu eins og í dómsorði greinir.

D ó m s o r ð :

Hinn áfrýjaði dómur á að vera óraskaður.

Áfrýjandi, Einar Þ. Loftsson, greiði stefndu, Ágústu Atladóttur og Heiðari Halldórssyni, hvorum um sig samtals 125.000 krónur í málskostnað í héraði og fyrir Hæstarétti.

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 29. apríl 1998.

Ár 1998, miðvikudaginn 29. apríl, er á dómþingi Héraðsdóms Reykjavíkur í málinu nr. E-5266/1997: Ágústa Atladóttir og Heiðar Halldórsson gegn Thelmu Ólafsdóttur kveðinn upp svohljóðandi dómur.

I.

Mál þetta, sem tekið var til dóms að loknum munnlegum málflutningi 15. þ. m., var höfðað fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur við þingfestingu þess 18. nóvember 1997.

Stefnendur eru Ágústa Atladóttir, kt. 290462-7119, og Heiðar Halldórsson, kt. 220153-2909, bæði til heimilis að Selvogsgrunni 8, Reykjavík.

Stefnda er Thelma Ólafsdóttir, kt. 140355-2089, Engihjalla 17, Reykjavík.

Dómkröfur stefnenda eru eftirfarandi:

I. Að felldur verði úr gildi með dómi úrskurður umhverfisráðuneytisins, dags. 15. júlí 1997, um að ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur, frá 25. mars 1997, um að samþykkja byggingarleyfi fyrir áður gerðum sólpalli og skjólvegg á lóðinni nr. 8 við Selvogsgrunn í Reykjavík, skuli standa óhögguð, og jafnframt verði tilvitnuð ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur, frá 25. mars 1997, felld úr gildi og viðkomandi byggingarleyfi ógilt með dómi.

II. Að stefndu verði gert að þola ógildingardóm í samræmi við kröfur samkvæmt I. lið hér að framan.

III. Að stefnda verði dæmd til að greiða stefnendum málskostnað samkvæmt mati dómsins. Auk þess er krafist virðisaukaskatts af málflutningsþóknun.

Endanlegar dómkröfur stefndu eru þær að hún verði sýknuð af öllum kröfum stefnenda og þau dæmd in solidum til að greiða málskostnað, samkvæmt mati dómsins, auk virðisaukaskatts á málskostnað.

Reykjavíkurborg var í upphafi stefnt til að þola dóm í málinu við hlið stefndu Thelmu en með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 15. mars sl. var aðild

borgarinnar vísað frá dómi en frávísunarkröfu stefndu Thelmu hafnað. Sá úrskurður var ekki kærður til Hæstaréttar. Við upphaf aðalmeðferðar málsins 15. apríl sl. féll stefnda frá hluta af upphaflegum dómkröfum sínum og krefst nú eingöngu sýknu af dómkröfum stefnenda, auk málskostnaðar, eins og að ofan greinir.

II.

Óumdeild málsatvik.

Stefnendur festu kaup á efri hæð og kjallara hússins nr. 8 við Selvogsgrunn í Reykjavík með kauptilboði sem samþykkt var af seljanda, Gunnþóru Jónsdóttur, 15. júlí 1993. Kaupsamningur var undirritaður 3. ágúst sama ár. Þegar stefnendur fengu íbúðina afhenta í september sama ár hafði verið byggður sólpallur og skjólveggur á lóðinni framan við íbúð á neðri hæðinni og settar upp þvottasnúrur. Á þeim tíma var faðir stefndu þinglýstur eigandi íbúðarinnar á neðri hæðinni en hann afsalaði íbúðinni til hennar 13. janúar 1995.

Með kaupsamningi dags. 3. nóvember 1995 seldi stefnda Thelma þeim Gunnari Þór Friðleifssyni og Sigríði Ingu Guðmundsdóttur neðri hæðina. Töldu kaupendur sig hafa keypt sólpallinn og skjólvegginn með íbúðinni.

Lögð hefur verið fram í málinu yfirlýsing Gunnþóru Jónsdóttur, dags. 11. september 1996, þess efnis að eigendur neðri hæðar að Selvogsgrunni 8 hefðu fengið leyfi hennar, sem eiganda íbúðar á efri hæð, m.a. til að byggja eigin sólpall. Núverandi eigendur íbúðarinnar á efri hæðinni hefðu skoðað eignina í júlí 1993 og þá hefði pallurinn verið kominn upp. Hann (sic) hefði spurt um pallinn og hún tjáð honum að sólpallurinn væri eign neðri hæðar og hún gefið leyfi fyrir uppsetningu hans, enda allur kostnaður greiddur af eigendum neðri hæðar.

Þessu vildu stefnendur ekki una og skutu málinu til kærunefndar fjöleignarhúsamála 30. september 1996. Kærunefndin skilaði áliti 20. nóvember 1996 og er þar vísað til framangreindrar yfirlýsingar Gunnþóru. Kærunefndin áleit, að fullgilt samþykki sameigenda samkvæmt fjöleignarhúsalögum hefði legið fyrir uppsetningu sólpalls og þvottasnúra. Þá segir í álitinu að annað mál sé að ekki virðist hafa verið fengið leyfi hjá byggingaryfirvöldum fyrir umræddum framkvæmdum en slíkt sé ekki á valdi nefndarinnar að fjalla um. Í niðurstöðu segir síðan að það sé álit kærunefndar að sólpallur og þvottasnúrur séu í séreign eiganda neðri hæðar og samþykki sameigenda hafi legið fyrir við gerð þeirra. Því bæri að hafna kröfu álitsbeiðenda um að sólpallur yrði fjarlægður.

Lögmaður stefnenda ritaði byggingarfulltrúanum í Reykjavík bréf, dags. 28. nóvember 1996, þar sem farið var fram á að umræddur 20 m^2 sólpallur, ásamt skjólvegg, yrði fjarlægður af sameign lóðarinnar. Vísað var til þess að aldrei hefði verið sótt um byggingarleyfi fyrir framkvæmdinni, sem þó væri skylt

samkvæmt 1. mgr. 9. gr. þágildandi byggingarlaga og byggingarreglugerð. Í kjölfarið gaf byggingarnefnd eigendum neðri hæðar kost á að sækja um leyfi fyrir áður gerðum sólpalli og skjólgirðingu og tilkynnti byggingarfulltrúi lögmanni stefnenda um þá ákvörðun með bréfi dags. 18. febrúar 1997.

Stefnda lagði síðan fram umsókn um byggingarleyfi 17. mars 1997 og ritaði Gunnþóra Jónsdóttir nafn sitt á umsóknina sem lóðarhafi á þeim tíma sem framkvæmdir áttu sér stað. Samþykkti byggingarfulltrúi umsóknina 25. sama mánaðar og var lögmanni stefnenda tilkynnt ákvörðunin með bréfi dags. 4. mars 1997. Stefnendur kærðu útgáfu byggingarleyfisins til umhverfisráðherra 18. apríl 1997.

Í úrskurði umhverfisráðherra frá 15. júlí 1997 er m.a. greint frá umsögn Skipulagsstjórnar ríkisins. Í þeirri umsögn sagði m.a., að Skipulagsstjórn ríkisins teldi ljóst að þar sem samþykki meðeiganda sé gert að skilyrði fyrir veitingu leyfis í 11. gr. byggingarlaga nr. 54/1978 sé átt við meðeiganda þegar sótt er um byggingarleyfi. Þar sem samþykki meðeiganda hefði skort þegar byggingarfulltrúinn í Reykjavík samþykkti umsókn Thelmu Ólafsdóttur fyrir áður gerðum sólpalli og skjólvegg á lóðinni nr. 8 við Selvogsgrunn, hinn 25. mars 1997, bæri að fella leyfið úr gildi.

Í úrskurði umhverfisráðherra er fallist á þá túlkun byggingarnefndar Reykjavíkur að við aðstæður sem þessar beri að gæta þess að sameigendur, á þeim tíma sem framkvæmdir áttu sér stað, hafi samþykkt ráðstöfun sameignarinnar og að það samræmist tilgangi laganna. Þá segir að fallast megi á það með kærendum að miðað við aðstæður hefði verið eðlilegt að þeim hefði verið gefinn kostur á að tjá sig um mál þetta fyrir byggingarnefnd en ekki yrði þó fallist á að byggingarnefndin hefði brotið gegn 13. gr. stjórnsýslulaga við afgreiðslu málsins, enda hefðu legið fyrir í gögnum málsins afstaða og rök kærenda. Ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur var því staðfest.

III.

Málsástæður og lagarök stefnenda.

Stefnendur kveðast hafa skoðað íbúðina á efri hæð hússins nr. 8 við Selvogsgrunn um miðjan maí 1993 og hafi þá engin ummerki um byggingarframkvæmdir verið í garðinum. Þau hafi skoðað íbúðina öðru sinni 15. júlí 1993 og hafi þá verið búið að koma fyrir nokkrum þverbitum á þeim stað sem sólpallurinn standi nú og nokkrar fjalir legið ofan á þeim. Seljandi íbúðarinnar hafi aðspurð um þetta byggingarefni svarað „þau á neðri hæðinni væru að smíða“. Svo hafi virst sem hún vildi ekki ræða það frekar. Stefnendur hafi álitið að Gunnþóra þekkti ekkert til málsins þar sem ekki hafi fengist nákvæmari svör. Ekkert hafi verið minnst á að þarna ætti að reisa sólpall eða skjólvegg. Þá hafi ekkert verið minnst á að þetta væri séreign neðri hæðar eða Gunnþóra hefði gefið leyfi til

framkvæmdanna. Ekki hafi heldur verið rætt um kostnað í þessu samhengi. Stefnendur kveðast hafa haft undir höndum yfirlit frá Eignamiðluninni hf. þar sem tekið hafi verið fram að engar endurbætur væru fyrirhugaðar á fasteigninni. Auk þess hafi þau haft teikningu af húsinu þar sem enginn sólpallur hafi verið sýndur.

Við undirritun kaupsamnings sem fram hafi farið nokkru síðar hafi ekkert verið minnst á sólpallinn eða skjólvegginn af hálfu seljanda og hafi stefnendum þá enn verið ókunnugt um tilvist hans. Það hafi ekki verið fyrr en við afhendingu íbúðarinnar í september 1993 að stefnendur hafi orðið þess varir að búið var að byggja framangreindan sólpall og skjólvegg. Nokkru eftir að stefnendur hafi verið fluttir inn hafi þeim verið kynnt af stefndu að sólpallurinn og skjólveggurinn væru sameiginleg aðstaða fyrir alla eigendur og íbúa að Selvogsgrunni 8. Stefnendur hafi sætt sig við framkvæmdina á þeirri forsendu og hafi umgengist sólpallinn í samræmi við það allt til þessa dags.

Þegar stefnda hafi síðan selt íbúðina á neðri hæðinni til núverandi eigenda, tveimur árum eftir að stefnendur fluttu inn í sína íbúð, hafi umrædd mannvirki verið talin séreign neðri hæðarinnar. Þá hafi stefnda tilkynnt kaupendunum að fyrri eigandi efri hæðarinnar hefði samþykkt byggingu sólpallsins sem séreign neðri hæðarinnar.

Stefnendur telja yfirlýsingu þá sem Gunnþóra Jónsdóttir ritaði í tilefni af kæru þeirra til kærunefndar fjöleignarhúsa vera ranga og ómarktæka. Yfirlýsingin hafi verið gefin út þremur árum eftir að hún seldi íbúðina og því um eftirfarandi samþykki að ræða á byggingarframkvæmdum sem byggingarleyfi hafi skort fyrir.

Stefnendur byggja á því að formlegur og efnislegur réttur hafi verið brotinn á þeim með úrskurði umhverfisráðherra og krefjast ógildingar á honum og þar með ógildingar á ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur frá 25. mars 1997. Staðhæfing standi gegn staðhæfingu milli stefnenda og stefndu um mikilvæga málavexti.

Stefnandi telur í ljós leitt að sólpallurinn hafi ekki verið fullbyggður 15. júlí 1993 þegar stefnendur skoðuðu íbúðina á efri hæðinni og því verði að leggja til grundvallar þá fullyrðingu stefnenda að einungis hafi verið búið að koma fyrir þverbitum á þeim tíma. Þá sé upplýst að yfirlýsing sú sem Gunnþóra Jónsdóttir undirritaði hafi ekki verið frá henni komin og þar sé ranglega frá greint að hún hafi veitt leyfi fyrir sólpallinum í apríl 1993 og sömuleiðis að framkvæmdum hafi verið lokið þegar stefnendur skoðuðu íbúðina. Þá liggi fyrir að stefnendur hafi ekkert rætt við eigendur neðri hæðarinnar um eignaryfirráð yfir pallinum meðan stefnda og eiginmaður hennar bjuggu á neðri hæðinni. Loks sé upplýst að enginn ágreiningur sé um notkun stefnenda á sólpallinum fram til þessa dags en þau hafi ætíð haft af honum frjáls afnot eins og um sameign væri að ræða.

Stefnendur telja að samkvæmt 11. gr. byggingarlaga nr. 54/1978 hafi samþykki meðeigenda þurft að fylgja byggingarleyfisumsókn ef um sameign var að ræða en óumdeilt sé að hið umdeilda byggingarleyfi taki til sameignar. Stefnendur telja ótvírætt að með samþykki sameigenda sé átt við sameigendur á þeim tíma sem umsókn um byggingarleyfi sé lögð fram. Því dugi ekki samþykki þeirra sem voru sameigendur á þeim tíma sem hafist var handa við byggingarframkvæmdirnar. Ósannað sé reyndar að slíkt samþykki hafi legið fyrir þegar ráðist var í framkvæmdirnar heldur hafi þess verið aflað löngu eftir að stefnendur voru orðnir eigendur efri hæðarinnar. Stefnendur hafi verið þinglýstir eigendur efri hæðar hússins að Selvogsgrunni 8 þegar umsókn um byggingarleyfi var lögð fram 14. mars 1997 og því hafi borið að leita samþykkis þeirra. Þessu til frekari stuðnings benda stefnendur á samþykkt Skipulagsstjórnar ríkisins frá 14. maí 1997.

Ljóst sé að samþykkis stefnenda hafi ekki verið aflað og raunar hafi á sama tíma legið fyrir erindi þeirra hjá byggingarnefnd Reykjavíkurborgar þar sem framkvæmd þeirri sem byggingarleyfið tók til hafi verið mótmælt. Byggingarnefndinni hafi því verið ljóst að meðeigendur fasteignarinnar væru andvígir framkvæmdunum. Stefnendur benda á að skylt sé að afla leyfis áður en hafist sé handa við framkvæmdir og stefnda en ekki stefnendur verði að bera hallann af því að svo var ekki gert.

Stefnendur benda á að skýrt komi fram í áliti kærunefndar fjöleignarhúsa að niðurstaða nefndarinnar sé eingöngu byggð á túlkun á ákvæðum fjöleignarhúsalaga en að ekki sé á valdi nefndarinnar að fjalla um skort á byggingarleyfi. Því hafi ranglega verið vísað til álits kærunefndarinnar í úrskurði umhverfisráðuneytisins.

Stefnendur telja úrskurð umhverfisráðuneytisins frá 15. júlí 1997 og þar með ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur frá 25. mars 1997 byggjast á ólögmætum grundvelli og því beri að fella hana úr gildi. Úrskurðurinn brjóti í bága við stjórnarskrárbundinn rétt stefnenda til friðhelgis eignarréttar, 11. gr. þágildandi byggingarlaga, grein 2.1.3 í byggingarreglugerð og 19., 35. og 36. gr. laga um fjöleignarhús nr. 26/1994. Með ákvörðuninni sé skertur réttur stefnenda til nýtingar á sameign þeirra án lögmætra forsendna og án bóta. Jafnframt brjóti málsmeðferðin í bága við 10., 11. og 13. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og ólögfestar meginreglur stjórnarfarsréttar. Stefnda geti ekki ein sér verið umsækjandi byggingarleyfisins, enda hafi hún þegar umsögnin hafi verið lögð fram þegar selt íbúð sína til þriðja aðila. Þá hafi stefnda ekki verið þinglýstur eigandi íbúðarinnar þegar hinar umdeildu byggingarframkvæmdir hafi átt sér stað og hafi þar af leiðandi ekki verið réttur aðili til að sækja um byggingarleyfið.

Um hafi verið að ræða sérstaklega íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun þar sem hún hafi skert lögbundinn rétt stefnenda og geri það ríkari kröfur til efnis og

forms ákvörðunarinnar en almennt gerist. Þegar svo standi á og sérstaklega í vafatilvikum eins og í þessu máli beri að skýra réttarheimildir þröngt. Af þeirri ástæðu einni og sér verði að fella hinn umdeilda úrskurð úr gildi.

Stefnendur mótmæla því sérstaklega að um tómlæti geti verið að ræða af þeirra hálfu. Þeir hafi ekki vitað um tilvist sólpallsins þegar þau keyptu íbúð sína. Þeir hafi hins vegar verið sannfærðir af stefndu um það að sólpallurinn væri sameign eigenda efri og neðri hæðar og notað hann allt til þessa dags til jafns við íbúa neðri hæðarinnar. Stefnendur hafi því ekki haft ástæðu til að hafast nokkuð að fyrr en stefnda hafði selt íbúð sína og nýir eigendur haldið því fram að sólpallurinn væri séreign þeirra.

Stefnendur benda á að sólpallurinn og skjólveggurinn hafi verið reistur á lóð sem sé í sameign þeirra og eigenda neðri hæðarinnar. Ekki sé um mjög verðmæt mannvirki að ræða og hagsmunir þeirra af því að fá að nýta eignarrétt sinn á lóðinni séu mun meiri en stefndu eða núverandi eigenda neðri hæðarinnar af því að mannvirkin fái að standa.

IV.

Málsástæður og lagarök stefndu.

Í greinargerð stefndu er því haldið fram að stefnda sem þá hafi verið íbúi neðri hæðar hússins að Selvogsgrunni 8 hafi leitað eftir því við Gunnþóru Jónsdóttur, þáverandi eiganda efri hæðarinnar, hvort reisa mætti sólpall, ásamt skjólvegg, við stofuglugga og glugga að svefnálmugangi íbúðar neðri hæðarinnar og að byggingin yrði séreign neðri hæðarinnar. Ljóst hafi verið að pallurinn kæmi aldrei til með að verða nema til sérafnota fyrir neðri hæðina vegna röskunar á friðhelgi heimilisins.

Stefnda kveður Gunnþóru hafa veitt leyfið. Sólpallurinn hafi síðan bæði verið reistur og kostaður af íbúum neðri hæðarinnar. Hafi framkvæmdir staðið yfir sumarið 1993 og þeim lokið um mánaðamótin júlí/ágúst. Aldrei hafi verið neinn ágreiningur með íbúum efri og neðri hæðarinnar um að mannvirkin væru séreign neðri hæðarinnar.

Gunnþóra hafi er hún seldi stefnendum íbúðina á efri hæðinni gert þeim grein fyrir að sólpallurinn væri gerður með fullu leyfi hennar og að hún væri ekki að selja hlutdeild í sólpallinum og skjólveggnum en þau mannvirki væru séreign neðri hæðarinnar.

Stefnda kveður stefnendur ekki hafa gert athugasemdir vegna framkvæmdanna fyrr en eftir að hún hafði selt neðri hæðina og óskað eftir að gengið yrði frá eignaskiptasamningi en það hafi verið nærri fjórum árum eftir að mannvirkin voru reist.

Stefnda kveðst hafa selt þeim Gunnari Þór og Sigríði Ingu íbúð sína og hafi kaupendur átt að eignast eignarhlutann að fullu 1. október 1996. Þegar leitað

hefði verið eftir því við íbúa efri hæðar að gengið yrði frá eignaskiptasamningi hafi þeir sett það skilyrði að þeir yrðu skráðir eigendur að 50% af sólpalli ásamt skjólvegg og þvottasnúrum. Af þessum sökum hafi enn ekki verið unnt að gefa út afsal fyrir neðri hæðinni og hálfum kjallara og hafi kaupendur haldið eftir af kaupverði kr. 350.000.

Stefnda telur grundvallaratriði í málinu að samþykki allra eigenda húseignarinnar nr. 8 við Selvogsgrunn hafi legið fyrir um gerð sólpalls og skjólveggs og einnig hafi alltaf legið fyrir að mannvirkin yrðu séreign neðri hæðar, enda myndi annað raska friðhelgi einkalífs íbúa neðri hæðar svo verulega að óásættanlegt væri. Eigendur hafi slíkan rétt skv. 1. mgr. 19. gr. og 4. mgr. 35. gr. laga um fjöleignarhús nr. 26/1994.

Gerð sólpallsins og skjólveggsins hafi verið framkvæmd af íbúa neðri hæðar og alfarið á hennar kostnað. Stefnda vísar í þessu sambandi til þeirrar niðurstöðu kærunefndar fjöleignarhúsamála að fullkomið samþykki eigenda efri hæðar hafi legið fyrir framkvæmdunum og að þær séu séreign neðri hæðarinnar.

Stefnda hafi lagt inn umsókn um byggingarleyfi fyrir þegar gerðum sólpalli og skjólvegg og hafi byggingarnefnd orðið við þeirri umsókn, enda hafi það tíðkast að þegar borgarar hafa vegna þekkingarleysis lagt út í kostnaðarsamar framkvæmdir sé þeim gefinn kostur á að sækja um byggingarleyfi eftir á. Stefnda telur að gætt hafi verið ákvæða stjórnsýslulaga við meðferð umsóknarinnar. Hvað andmælarétt stefnenda varðar vísar stefnda til þess að afstaða þeirra varðandi sólpallinn og skjólvegginn hafi þegar legið fyrir í bréfi þeirra til byggingarnefndar Reykjavíkur frá 28. nóvember 1996.

Bent er á að synjun um byggingarleyfi hefði haft í för með sér eyðileggingu verðmæta sem sé andstætt meginreglu þeirri sem dómar Hæstaréttar og úrskurðir umhverfisráðuneytis hafi skapað.

Stefnda telur að þegar neðri hæð og kjallari að Selvogsgrunni 8 hafi verið seld hafi hvorki verið fyrir hendi ágreiningur milli kaupenda og stefndu né á milli stefnenda og seljanda efri hæðarinnar, stefndu eða kaupenda neðri hæðarinnar um eignaraðild að sólpallinum og skjólveggnum. Engin krafa hafi komið fram af hálfu stefnenda fyrr en gera átti eignaskiptasamninginn. Hafi stefnendur því átt einhvern rétt til eignaraðildar að sólpallinum sé sá réttur tapaður fyrir tómlætis sakir.

Þá telur stefnda að ef stefnendur hefðu viljað gera kröfu um eignaraðild að sólpallinum hefði þeim borið að taka það fram í kauptilboði, kaupsamningi eða afsali milli þeirra og seljanda efri hæðarinnar. Ekkert slíkt hafi verið gert enda hafi seljandi tjáð þeim þegar þau skoðuðu eignina að mannvirkin væru séreign neðri hæðar.

Máli sínu til frekari stuðnings vísar stefnda meðal annars til fjöleignarhúsalaga nr. 26/1994, reglna um skoðunarskyldu kaupanda í fasteignavið-

skiptum, 10., 11. og 13. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993, byggingarlaga nr. 54/1978 og byggingarreglugerðar nr. 393/1979.

V.

Niðurstaða.

Í máli þessu ber að leggja til grundvallar eldri byggingarlög nr. 54/1978 sem voru í gildi til 1. janúar 1998 er skipulags- og byggingarlög nr. 73/1997 leystu þau af hólmi.

Í yfirlýsingu dags. 11. september 1996 sem Gunnþóra Jónsdóttir undirritaði, en upplýst er að hún samdi ekki, segir að hún hafi í apríl 1993 veitt eigendum neðri hæðar leyfi til að byggja eigin sólpall og setja upp þvottasnúrur á sameiginlegri lóð hússins. Í framburði hennar fyrir dómi kom hins vegar fram að hún hefði gefið umrætt leyfi ári áður en verkið hófst og áður en hún ákvað að selja íbúðina. Þá bar Einar Loftsson, eiginmaður stefndu, fyrir dómi að leyfið hefði verið fengið einu til tveimur árum áður en hafist hafi verið handa við bygginguna.

Ekki liggur fyrir að teikningar að sólpallinum og skjólveggnum hafi legið fyrir eða Gunnþóra hafi verið upplýst um stærð hans þegar hún veitti umrædda heimild löngu áður en byggingarframkvæmdirnar hófust. Verður því að leggja til grundvallar að um munnlegt vilyrði eiganda efri hæðarinnar hafi verið að ræða fremur en formlegt samþykki meðeigenda eins og krafa var gerð um í þágildandi byggingarlögum nr. 54/1978. Má því fallast á með stefnendum að í yfirlýsingu Gunnþóru frá 11. september 1996 felist eftirfarandi samþykki en ekki staðfesting á áður gefnu samþykki.

Í framangreindri yfirlýsingu sagði einnig að núverandi eigandi efri hæðarinnar hefði skoðað íbúðina á efri hæðinni í maí 1993 og þá hafi sólpallarnir ekki verið komnir upp. Hann hafi skoðað íbúðina aftur í júlí sama ár og þá hafi pallurinn verið kominn upp. Hann hafi spurt um pallinn og Gunnþóra tjáð honum að sólpallurinn væri eign neðri hæðar og hefði hún gefið leyfi fyrir uppsetningu hans, enda allur kostnaður greiddur af eigendum neðri hæðar. Fyrir dómi bar Gunnþóra að þegar kaupendurnir hafi skoðað íbúðina í júlí hafi verið byrjað að byggja pallinn og hafi Heiðar spurt um byggingarframkvæmdirnar. Hún hafi sagt Heiðari að þau á neðri hæðinni væru að byggja pallinn og ættu hann ásamt þvottasnúrum og hafi ekki verið frekar rætt um það þar sem hún hafi talið þetta liggja í augum uppi.

Eiginmaður stefndu og faðir hennar, Ólafur Helgi Jóhannesson, báru báðir fyrir dómi að þeir hefðu unnið að smíði pallsins en áttu í erfiðleikum með að tímasetja hvenær smíðinni lauk. Þykir framburður þeirra ekki ósamrýmanlegur þeim framburði stefnanda, Heiðars, að við skoðun hans á íbúðinni 15. júlí 1993 hafi hann veitt því athygli að búið var að stilla upp þverbitum við vegginn. Stefn-

andi, Heiðar, bar fyrir dómi að hann hefði spurt Gunnþóru um þessar framkvæmdir við skoðun íbúðarinnar en hún einungis sagt að þau á neðri hæðinni væru að smíða en engu fleiru svarað um þetta atriði. Hún hafi ekki nefnt að hún hefði gefið leyfi fyrir þessu, ekki að þau ættu að kosta einhverju eða hvað ætti að byggja þarna. Orðin sólpallur eða skjólveggur hefðu aldrei verið nefnd. Ekkert hafi verið minnst á framkvæmdirnar við undirritun kaupsamnings eða afsals.

Með hliðsjón annars vegar af þeim hagsmunum sem Gunnþóra kann að hafa af úrslitum máls þessa og því hvernig umrædd yfirlýsing er til komin og hins vegar af trúverðugum og nákvæmum framburði stefnenda, sem að mestu leyti samrýmist framburði Gunnþóru, verður að leggja til grundvallar í málinu að þær framkvæmdir sem hafnar voru í garðinum þegar stefnendur skoðuðu íbúðina og svör Gunnþóru við fyrirspurn Heiðars hafi ekki gefið stefnendum tilefni til að ætla að verið væri að reisa þar varanleg mannvirki. Það styður þessa niðurstöðu að ekki var minnst á þessar byggingarframkvæmdir í kauptilboði, kaupsamningi eða afsali.

Með framburði vitnanna Einars Loftssonar, Regínu Unu Ólafsdóttur og Sigríðar Ingu Guðmundsdóttur sem í meginatriðum var í samræmi við framburð stefnenda fyrir dómi þykir sannað að stefnendur höfðu frjáls afnot af sólpallinum allt frá því að hann var byggður. Með vísan til framburðar Einars verður að leggja til grundvallar að þau Thelma hafi aldrei látið þess getið við stefnendur að sólpallurinn væri séreign þeirra.

Stefnendur báru fyrir dómi að stefnda hefði tjáð stefnanda Ágústu að pallurinn og snúrurnar væru sameign íbúa efri og neðri hæðar. Þrátt fyrir áskorun lögmanns stefnenda kom stefnda ekki fyrir dóm til skýrslugjafar og verður að leggja framburð stefnenda til grundvallar um þetta atriði.

Fyrir liggur í málinu að eftir að lögmaður stefnenda hafði sent byggingarfulltrúanum í Reykjavík kröfu um brottnám umræddra byggingarframkvæmda tók byggingarnefnd málið fyrir og bókaði að eigendum neðri hæðar skyldi gert skylt að sækja um leyfi fyrir áður gerðum sólpalli og skjólvegg. Frumkvæði að umsókn um byggingarleyfi kom því frá byggingaryfirvöldum.

Í 1. mgr. 9. gr. þágildandi byggingarlaga nr. 54/1978 segir að óheimilt sé að grafa grunn, reisa hús, rífa hús eða breyta því eða notkun þess eða gera önnur þau mannvirki, sem áhrif hafa á útlit umhverfisins, nema að fengnu leyfi viðkomandi byggingarnefndar. Samsvarandi ákvæði er nú að finna í 1. mgr. 43. gr. laga nr. 73/1997. Meginreglan var og er því sú að byggingarleyfis skal aflað áður en ráðist er í byggingarframkvæmdir sem leyfi þarf fyrir en óumdeilt er að skylt var að sækja um byggingarleyfi fyrir umræddum sólpalli og skjólvegg.

Með vísan til framangreindrar niðurstöðu um að stefnendur hafi hvorki vitað né mátt vita um að smíði á sólpalli og skjólvegg væri hafin í garðinum þegar þau

festu kaup á efri hæðinni hlýtur veiting byggingarleyfis fyrir 20 m^2 sólpalli og skjólvegg á sameiginlegri lóð fjöleignarhússins að teljast verulega íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun.

Þegar byggingarnefnd fjallaði um umrædda leyfisveitingu lá fyrir að Gunnþóra Jónsdóttir hafði selt íbúðina um það leyti sem byggingarframkvæmdirnar voru að hefjast og ljóst var að hún gat haft verulegra hagsmuna að gæta af leyfisveitingunni. Byggingarnefnd bar að skoða yfirlýsingu hennar, sem samkvæmt framangreindu fól ekki annað í sér en eftirfarandi samþykki, í því ljósi. Með framburði vitna í máli þessu þykir nægjanlega í ljós leitt að Gunnþóra samdi ekki umrædda yfirlýsingu og mörg efnisatriði hennar voru röng eða ónákvæm. Með hliðsjón af framansögðu og þar sem formlegt samþykki meðeiganda lá ekki fyrir þegar hafist var handa við byggingarframkvæmdirnar bar byggingarnefndinni með hliðsjón af meginreglu 1. mgr. 9. gr. laga nr. 54/1978 og 11. gr. sömu laga einnig að leita samþykkis stefnenda sem þáverandi meðeigenda að sameigninni.

Sjónarmið stefndu um tómlæti þykja ekki eiga við enda gaf frjáls og athugasemdalaus nýting stefnenda það til kynna að pallurinn yrði sameign íbúa efri og neðri hæðar til frambúðar og því var ekki tilefni fyrir þau til að aðhafast nokkuð.

Sjónarmið um að niðurstaða málsins stefndu í óhag muni hafa í för með sér eyðileggingu verðmæta komast ekki að í þessu máli en það snýst einvörðungu um gildi byggingarleyfis.

Samkvæmt framansögðu ber að taka til greina kröfu stefnenda samkvæmt kröfulið I um að úrskurður umhverfisráðherra frá 15. júlí 1997 verði felldur úr gildi svo og ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur frá 25. mars 1997 um samþykki byggingarleyfis fyrir umræddum sólpalli og skjólvegg. Sú niðurstaða felur í sér að stefnda verður að þola ógildingu á fyrrnefndu byggingarleyfi og er því kröfuliður II óþarfur.

Í samræmi við úrslit málsins ber stefndu að greiða stefnendum málskostnað sem telst hæfilega ákveðinn 150.000 krónur og er þá tekið tillit til málskostnaðar vegna málflutnings um frávísunarkröfu stefndu.

Sigurður T. Magnússon héraðsdómari kvað upp dóminn.

Dómsorð:

Felldur er úr gildi úrskurður umhverfisráðuneytisins, dags. 15. júlí 1997, um að ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur, frá 25. mars 1997, um að samþykkja byggingarleyfi fyrir áður gerðum sólpalli og skjólvegg á lóðinni nr. 8 við Selvogsgrunn í Reykjavík, skuli standa óhögguð. Jafnframt er umrædd ákvörðun byggingarnefndar Reykjavíkur úr gildi felld og viðkomandi byggingarleyfi ógilt.

Stefnda, Thelma Ólafsdóttir, greiði stefnendum, Ágústu Atladóttur og Heiðari Halldórssyni, 150.000 krónur í málskostnað.