



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060205

DOM
2014-12-22
Stockholm

Mål nr
M 2920-14

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2014-03-04 i mål nr M 3071-13, se bilaga

KLAGANDE

RM Wind AB

MOTPART

Länsstyrelsen i Kalmar län
391 86 Kalmar

SAKEN

Ansökan om tillstånd för vindkraftverk på fastigheterna X och Y samt Z i Kalmar kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen avslår RM Wind AB:s yrkande om syn.
2. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom undanröjer Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsens i Kalmar län, Miljöprövningsdelegationen, beslut den 1 juli 2013, dnr 551-3784-11, och återförvisar målet till miljöprövningsdelegationen för fortsatt handläggning.

Dok.Id 1167488

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50 E-post: svea.avd6@dom.se www.svea.se	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

RM Wind AB (Bolaget) har i första hand yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska bevilja bolaget tillstånd att anlägga och bedriva en gruppstation om maximalt fyra vindkraftverk på fastigheterna X, Y och Z. I andra hand har bolaget yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom i tillståndsfrågan och förklara att ansökt verksamhet är tillåtlig samt föreskriva att målet ska återförvisas för att det ska meddelas tillstånd samt föreskrivas nödvändiga villkor och bestämmelser i övrigt för verksamheten.

Bolaget har vidare yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska genomföra syn på platsen.

Länsstyrelsen i Kalmar län har tillstyrkt bolagets överklagande.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har återoppat samma omständigheter och utvecklat sin talan på i huvudsak samma sätt som i mark- och miljödomstolen, dock med följande förtydliganden och tillägg.

Bolaget har anfört bl.a. följande. Mark- och miljödomstolens slutsats om avsiktligt dödande av fåglar är felaktig och grundar sig på en felaktig rättslig bedömning och en missbedömning av utredningen i målet. Vindkraftverken är tänkta att uppföras på intensivt brukad öppen jordbruksmark, vilket ur fågelperspektiv är att betrakta som ett typiskt lågriskläge där kollisionfrekvensen är betydligt lägre än i andra omgivningar. Såvitt gäller havsörn beräknas kollisionrisken för hela vindkraftparken till en havsörn vart femte år, vilket ger ett värde om 0,05 per vindkraftverk och år. Detta är att betrakta som låga risktal vid jämförelse med andra etableringar. Det framgår av fågelrapporten och utredningen i målet att området för de planerade vindkraftverken inte visar någon stadig förekomst av ”känsliga arter” och inte i sig är särskilt fågelrikt.

Inte för någon rovfågel utgör området en ”koncentration” enligt klassificeringen i Vindval 6467.

Den riskbedömning som mark- och miljödomstolen tillämpar leder till orimliga konsekvenser. Det skulle leda för långt att generellt beteckna etablering av vindkraftverk som sådant avsiktligt handlande som utlöser förbuden enligt artskyddsförordningen. I Vindval 6467 framgår att en bokstavlig tolkning innebär i princip att varken vindkraftverk eller någon annan mänsklig verksamhet skulle kunna beviljas och att följa förordningen till punkt och pricka är följaktligen praktiskt orimligt.

Mark- och miljödomstolens slutsats, att platsen för vindkraftparken utgör ett fortplantningsområde i artskyddsförordningens mening, är felaktig. Enligt Vindval 6467 är den direkta förlusten av habitat till följd av vindkraftetableringar ganska begränsad och de störningsavstånd som kan noteras uppgår inte till mer än 100-500 m. Det står klart att de fyra vindkraftverken inte ligger inom något revir för vare sig havsörn eller röd glada, utan på betryggande avstånd och utanför rekommenderade buffertzoner från de skyddade arternas häckningsplatser. Havsörnsboet, som ligger 2,5 km bort, har inte använts sedan år 2006 och ligger dessutom på ett betryggande avstånd från vindkraftetableringen. Fyra vindkraftverk placerade i ett parallelogram mitt i Kalmar kommuns största sammanhängande slättjordbruksområde innebär inte någon habitatsförlust av betydelse för fågellivet.

Något belägg för att fågelrikedomen år 2012 i undersökningsområdet skulle vara ett utslag av mellanårsvariation saknas. Uträkning av kollisionsrisken enligt Bandmetoden är vedertagen. Utöver fågelutredningen har bolaget under våren 2013 låtit utföra en uppföljning av häckningsplatser och under 2014 har ytterligare studier av häckningsplatser utförts. Dessa visar ingen förekomst av nya häckningar inom undersökningsområdet.

Bolaget har visat att vindkraftverken uppfyller av Vindval 6467 och Sveriges Ornitologiska Förening rekommenderade skyddsavstånd till samtliga häckningsplatser, att ingen av de aktuella arterna har sina kärnrevir eller huvudsakliga födosökstråk inom

det planerade vindkraftområdet, samt att inga barriäreffekter kan förväntas att uppstå. Det kan därför svårligen påstås att vindkraftetableringen innebär avsiktligt dödande i artskyddsförordningens mening. Bolaget har således fullgjort sin bevisbörda såvitt avser platsens lämplighet utifrån miljöbalkens lokaliseringsprincip.

Länsstyrelsen har anfört bl.a. följande. Mark- och miljödomstolen har skärpt tolkningen av artskyddsförordningen och inte gjort någon avvägning av tillåtligheten. Domstolens strikta tolkning av förordningen får vid tillämpningen stora konsekvenser för samhället, inte bara inom vindkraftsutvecklingen. Resonemanget att den kontinuerliga funktionen av ett fortplantningsområde hotas på grund av kollisionsrisker som inträffar kanske vart femte, åttonde eller nionde år är alltför snävt. Länsstyrelsen vill framhålla vikten av att få klarlagt var gränsdragningen går för en tillåten lokalisering. Mark- och miljödomstolens dom innebär att inga avvägningar kan göras.

Remissinstanser

Naturvårdsverket har anfört bl.a. följande. Naturvårdsverket avstyrker bifall till överklagandet. En etablering av vindkraftverk på den sökta platsen skulle innebära förhöjda risker för kollisionskänsliga rovfåglar i det aktuella området. Till följd av osäkerhet i underlaget är det inte möjligt att med säkerhet säga hur stor denna risk är. Det går emellertid inte att utifrån nuvarande underlag entydigt säga att risken är så liten att artskyddsbestämmelserna med säkerhet inte faller ut. Bolaget har därmed inte visat att lokaliseringen är lämplig, varför tillstånd inte ska meddelas.

Uppförande av vindkraftverk med kännedom om att de med viss sannolikhet kommer att döda eller störa fåglar anses utgöra ett avsiktligt dödande eller störande i den mening som avses i 4 § artskyddsförordningen. Bolaget har försökt att göra en beräkning av kollisionsrisken enligt en teoretisk beräkningsmodell, den s.k. Bandmetoden. Generellt sett anser Naturvårdsverket att det inte är lämpligt att använda teoretiska beräkningsmodeller för att bedöma sannolikheten för skada på det sätt som anges i artskyddsförordningen. Teoretiska beräkningsmodellens tillförlitlighet är beroende av vilka variabler som man väljer att ta hänsyn till (exempelvis flyghöjd och

flygfrekvens) och säkerheten i dessa. Uppgifter om dessa variabler har inhämtats under en begränsad period, under en enda säsong, vilket gör att det finns en osäkerhet i dessa faktorer och därmed i resultatet av den beräknade kollisionrisken. Det råder dessutom stor osäkerhet kring flyttstråkens omfattning (d.v.s. flygfrekvens) då man inte tagit hänsyn till den kunskap om fåglar i området som finns att inhämta från lokala ornitologer eller de observationer som inrapporterats i Svalan. Naturvårdsverket delar mark- och miljödomstolens bedömning om beräkningens tillförlitlighet.

Riskbedömningen bör ske utifrån ett kvalitativt sannolikhetsresonemang där samtliga relevanta omständigheter vägs samman.

Den fågelutredning som bolaget låtit utföra (Fågelundersökningar vid Bottorp och Robacken i Kalmar län säsongen 2012) omfattar sträckande, födosökande och häckande fåglar under endast en säsong. Naturvårdsverket rekommenderar att en sådan utredning ska sträcka sig över två säsonger dvs. 1,5 år, för att undvika mellanårsvariationer. När det gäller havsörn, röd glada och fjällvråk finns dessutom olika uppgifter i målet om hur många fåglar som sträcker i området. Osäkerheten i denna del bör falla tillbaka på bolaget vid prövning av om bevisbördan uppfyllts. Havsörn, röd glada och fjällvråk är upptagna i bilaga 1 till fågeldirektivet. De tillhör också de arter som riskerar att drabbas hårdast av negativ påverkan från vindkraften. Det finns inte några lämpliga och relevanta skyddsåtgärder som kan minska risken för kollisioner i detta fall. Eventuella buffertzoner påverkar exempelvis inte risken för kollisioner med sträckande fåglar. Med hänsyn till vad som framkommit om områdets betydelse som fågelokal och de risker för rovfåglar som en etablering skulle medföra anser Naturvårdsverket att bolaget inte visat att den valda platsen uppfyller kraven på en lämplig lokalisering enligt 2 kap. 6 § miljöbalken.

Sveriges Ornitologiska Förening har anfört bl.a. följande. Området är rikt på fågel under de flesta årstider. Havsörn, röd glada och fjällvråk (under flyttning) uppträder frekvent och i sådan koncentration att avsevärd risk för kollision föreligger. Området hyser långt större fågelvärden än ”landet i övrigt”. Platsen måste med hänvisning till dessa fågelvärden undantas från vindkraftexploatering. Kollisionsberäkningarna som redovisas i fågelrapporten baseras på ett proportionellt sett mycket litet antal observationer och utgör således teoretiska extrapoleringar av stora mått. Det är inte

osannolikt att mångdubbelt fler fåglar kan komma att förolyckas. De slutsatser som dras i fågelrapporten är felaktiga vad gäller riskerna för påverkan på fåglar i allmänhet och rovfåglar i synnerhet. De planerade vindkraftverken riskerar att utöva oacceptabelt stor negativ påverkan på områdets naturvärden så att platsen inte uppfyller kravet på lämplig lokalisering enligt 2 kap. 6 § miljöbalken. Att uppförande av vindkraftverk är att likställa med ”avsiktligt dödande” om de placeras där risken för störning av och/eller kollision med exempelvis örnar är påtaglig, såsom i detta fall, är en korrekt och rimlig tillämpning av artskyddsförordningen.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Förbud enligt 4 § artskyddsförordningen?

Mark- och miljödomstolen har bedömt att driften av de planerade vindkraftverken skulle utgöra ett avsiktligt dödande av vilda fåglar och att verksamheten skulle skada fortplantningsområden i sådan grad att hinder mot tillstånd föreligger redan på denna grund. Bolaget har anfört att vindkraftverken ska uppföras i ett område som i sig inte är särskilt fågelrikt samt att mark- och miljödomstolens slutsats att den sökta verksamheten innebär ett avsiktligt dödande av fåglar är felaktig. Den första frågan i målet är därför om etableringen av fyra vindkraftverk inom det aktuella området strider mot 4 § artskyddsförordningen (2007:845) på det sätt mark- och miljödomstolen funnit.

Artskyddsförordningen har sin grund i artikel 12 i Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (art- och habitatdirektivet) samt i artikel 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar (fågeldirektivet).

I 4 § artskyddsförordningen föreskrivs i fråga om vilda fåglar bl.a. att det är förbjudet att avsiktligt fånga eller döda djur (p. 1) och att avsiktligt störa djur, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder (p. 2).

När det gäller tolkningen av begreppet *avsiktligt* kan följande anföras. Bestämmelserna i artskyddsförordningen genomför bestämmelser i fågeldirektivet och art- och habitatdirektivet, som i relevanta delar är likalydande. Begreppet *avsiktligt* har när det gäller art- och habitatdirektivet tolkats av EU-domstolen i två fall (domstolens domar den 30 januari 2002 i mål C-103/00 och den 18 maj 2006 i mål C 221/04). I det senare av dessa fall, C-221/04, som gällde utplacering av snaror för rävjakt i områden där den skyddade arten utter uppgavs förekomma, uttalar domstolen bl.a. följande.

Det finns i övrigt anledning att erinra om att domstolen har ansett att det är att avsiktligt störa, i den mening som avses i artikel 12.1 b i direktivet, att trots varningar köra moped på en strand på vilken den skyddade havsköldpaddan har byggt bon och att låta trambåt och småbåt förekomma inom berörda stränders havsområde [...]. (P. 70)

För att kravet på avsiktlighet i artikel 12.1 a i direktivet skall anses uppfyllt krävs att personen i fråga har velat fånga eller döda ett exemplar av en skyddad djurart, eller åtminstone godtagit risken för en sådan fångst eller ett sådant dödande. (P 71)

Det framgår emellertid att det omtvistade tillståndet avser rävjakt. Följaktligen är inte avsikten med tillståndet i sig att tillåta fångst av utter. (P 72)

Dessutom erinrar domstolen om att förekomsten av utter i det berörda området inte formellt har fastställts, vilket innebär att det inte heller är bevisat att de spanska myndigheterna, genom att utfärda det omtvistade tillståndet för rävjakt, var medvetna om att de därigenom riskerade att utsätta uttern för fara. (P 73)

EU-kommissionens dokument ”Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer” (slutlig version, februari 2007) har också betydelse för tolkningen av begreppet. Kommissionen uttalar där bl.a. följande (s. 35):

Utgående från det synsätt som domstolen tillämpat i målen C-103/00 och C-221/04 skulle följande definition kunna framläggas: ”Avsiktliga” gärningar är gärningar som utförs av en person som vet, i ljuset av gällande lagstiftning för den aktuella arten, och den allmänna information som riktats till allmänheten, att hans gärning sannolikt kommer att orsaka skada för en djurart, men strävar efter att åstadkomma denna skada, eller åtminstone medvetet accepterar det förutsägbara resultatet av gärningen. Med andra ord är det inte bara en person som faktiskt strävar efter att fånga eller döda ett exemplar av en djurart som begår ett brott: ett brott begås också av en person som kanske inte avser att fånga eller döda ett exemplar av en skyddad art, men som är tillräckligt informerad och medveten om de sannolika följderna av hans gärning, och trots detta genomför denna, så att exemplar fångas eller dödas (t.ex. som

en önskad men accepterad sidoeffekt), med uppenbar likgiltighet för kända förbud (villkorligt uppsåt). Det är självklart att ovarsamhet inte täcks av begreppet ”avsiktligt”.

Mark- och miljödomstolen har i sina domskäl hänvisat till Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen 2009:2 del 1. Handboken synes i stor utsträckning bygga på EU-kommissionens vägledningsdokument. Den har dock endast en rådgivande funktion och kan inte tillmätas någon självständig betydelse för hur begreppet *avsiktligt* ska tolkas.

Risken för fågelkollisioner i det aktuella området kan med ledning av tillgängligt material bedömas vara relativt begränsad. Det står helt klart att bolagets avsikt med vindkraftetableringen inte är att döda eller störa fågellivet. Inte heller finns det någon som helst grund för att tro att bolaget med uppenbar likgiltighet för artskyddsförordningens förbud avser att uppföra vindkraftverken. En etablering av vindkraftverken kan därför inte anses i sig stå i strid med bestämmelserna i 4 § artskyddsförordningen.

Mark- och miljödomstolens slutsats att ansökan ska avslås redan på grund av att verksamheten skulle utgöra ett avsiktligt dödande av fåglar är således inte riktig.

Mark- och miljööverdomstolen övergår härefter till att pröva verksamhetens tillåtlighet enligt 2 kap. miljöbalken.

Verksamhetens tillåtlighet

Vid tillståndsprövning har verksamhetsutövaren att visa att de förpliktelser som följer av hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken iakttas. Mark- och miljööverdomstolen har tidigare (se bl.a. domstolens dom den 29 maj 2012 i mål M 7639-11 och, särskilt, rättsfallet MÖD 2013:13) funnit att artskyddsförordningen är att se som en precisering av vad som kan följa av de allmänna hänsynsreglerna när det gäller skydd av arter. En del i prövningen blir då att med tillämpning av relevanta fridlysningsbestämmelser i artskyddsförordningen bedöma hur de skyddade arterna påverkas av den planerade

verksamheten. Prövningen kan leda fram till att verksamheten inte kommer i konflikt med fridlysningsbestämmelserna och att det därför inte blir aktuellt med dispensprövning, men självfallet kan utgången också bli att verksamheten trots planerade försiktighetsmått bedöms strida mot fridlysningsbestämmelserna. Om förutsättningar för dispens då inte finns är verksamheten olämpligt lokaliserad och inte tillåtlig.

Av den fågelutredning med kompletteringar som bolaget har gett in framgår att vindkraftverken bör kunna uppföras utan att skada fågellivet påtagligt. Länsstyrelsen framförde redan i mark- och miljödomstolen denna bedömning, och Mark- och miljööverdomstolen finner inte skäl att på nu tillgängligt material ifrågasätta fågelutredningens slutsats. Utredningen får anses ge vid handen att det inte med hänsyn till fågelintresset finns något absolut hinder mot den valda lokaliseringen och miljöprövningsdelegationens beslut bör därför omprövas.

Mark- och miljödomstolen har inte prövat verksamhetens tillåtlighet utifrån några andra aspekter än de som gäller störningar på fågellivet. Miljöprövningsdelegationen har gjort en lokaliseringsprövning, som dock med hänsyn till nu tillgängligt material kan ifrågasättas. Alla frågor av betydelse vid prövningen, exempelvis buller och skuggning, har heller inte behandlats i beslutet. Det är inte lämpligt att Mark- och miljööverdomstolen som första instans gör en fullständig prövning av den valda lokaliseringens lämplighet enligt 2 kap. 6 § miljöbalken.

Slutsats

Eftersom alla relevanta förutsättningar för beviljande av tillstånd inte har prövats av underinstanserna bör mark- och miljödomstolens dom ändras och målet, med undanröjande av miljöprövningsdelegationens beslut, återförvisas dit för fortsatt handläggning.

Vid denna utgång finns inte skäl för Mark- och miljööverdomstolen att hålla syn i målet.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Ulla Bergendal, tekniska rådet Anna-Lena Rosengården samt hovrättsråden Gösta Ihrfelt, referent, och Eywor Helmenius.

Föredragande har varit Åsa Talvik.



VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2014-03-04
meddelad i
Växjö

Mål nr M 3071-13

KLAGANDE
RM Wind AB

MOTPART
Länsstyrelsen i Kalmar län
391 86 Kalmar

ÖVERKLAGAT BESLUT
Länsstyrelsen i Kalmar Län, Miljöprövningsdelegationens beslut 2013-07-01 i ärende nr 551-3784-11, se bilaga 1

SAKEN
Gruppstation om max. fyra vindkraftverk på fastigheterna X, Y och Z i Kalmar kommun.

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår överklagandet.

Dok.Id 273070

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 81 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-560 100 E-post: mmd.vaxjo@dom.se	0470-560 125	måndag – fredag 08:00-16:30 -

BAKGRUND

Miljöprövningsdelegationen inom Länsstyrelsen i Kalmar län (MPD) har genom beslut den 1 juli 2013 avslagit en ansökan från RM Wind AB (Bolaget) om tillstånd enligt miljöbalken att uppföra och driva en gruppstation med maximalt fyra vindkraftverk på fastigheterna X, Y och Z, Kalmar kommun. Bolaget har överklagat beslutet till mark- och miljödomstolen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget har yrkat att mark- och miljödomstolen med ändring av miljöprövningsdelegationens beslut beviljar RM Wind AB:s ansökan om tillstånd enligt 9 kap. miljöbalken att anlägga och driva en gruppstation med maximalt fyra vindkraftverk på fastigheterna X, Y och Z Kalmar kommun. Vidare har Bolaget yrkat att syn på platsen ska genomföras.

Bolaget har till stöd för sina yrkanden anfört i huvudsak följande. Den planerade vindkraftsetableringen kommer inte uppföras i ett område som har någon påtaglig betydelse som fågellokal och etableringen kommer inte heller att innebära någon störning eller annars ha någon inverkan av betydelse för rovfåglar. Den valda platsen uppfyller således kravet på en lämplig lokalisering varför ansökan om tillstånd med beaktande av miljöbalkens lokaliserings- och försiktighetsprincip ska tillåtas. Den svenska MIUU vindkarteringen indikerar en god vindpotential för Bolagets föreslagna lokalisering och det har noterats att Kalmar kommun genom beslut i kommunfullmäktige den 7 maj 2013 meddelat att verksamheten tillstyrks, innebärandes att de planerade vindkraftverken planeras i ett område som var förenligt med vindbruksplan. Vidare har Samhällsbyggnadsnämnden i Kalmar kommun vid sammanträde den 25 april 2013 tillstyrkt den sökta etableringen. Miljöprövningsdelegationen har funnit den tänkta etableringen lämplig i alla avseende utom ett; den valda platsens lämplighet med hänsyn till miljöbalkens lokaliserings- och försiktighetsprincip i fråga om risken för rovfåglar. Vad gäller artskyddsförordningens tillämplighet har, såsom MPD riktigt konstaterat, Mark- och miljööverdomstolen i mål nr M 7865-12 uttryckt att artskyddsförordningen är att ses som en precisering av miljöbalkens hänsynsregler. I praxis (mål nr M 2682-11) har betydelsen av art-

skyddsförordningen ansetts innebära att en bedömning ska göras om förhöjd risk för kollision mellan den skyddade arten och vindkraftsrotorer föreligger, jämfört med vad som kan antas vara normalt för vindkraft i andra delar av regionen eller landet, och om den störning som vindkraftetableringen medför sammantaget är av sådan betydelse att den får negativ effekt på artens lokala bestånd. Faktorer som påverkar bedömningen är härvid om häckningar sker i närheten av området, om området utgör ett frekventerat stråk för födosök eller ett fågelflyttstråk. I föreliggande fall visar utredningen i målet, enligt vad som närmare utvecklas nedan, att dessa faktorer inte påverkar tillståndsprövningen negativt i fråga om den aktuella delen av odlingslandskapet mellan Robacken och Bottorp ur ett fågelperspektiv är ett lämpligt vindkraftverksområde och att vindkraftverken inte skulle påverka vare sig häckande eller flyttande fåglar på något påtagligt sätt.

Den planerade vindkraftsetableringens påverkan på rovfåglar har varit föremål för ingående utredning i ärendet. En utförlig miljökonsekvensbeskrivning och en av J P/JP Fågelvind omfattande studie har utförts i enlighet med det Förslag till riktad fågelstudie inför vindkraftsetableringen mellan Bottorp och Robacken i Kalmar kommun. Det ska understrykas att MPD ansett att miljökonsekvensbeskrivningen tillsammans med Fågelrapporten och övrigt underlag är tillfredsställande och kan godtas som underlag för tillåtlighetsprövningen. Mot bakgrund av att J P/JP Fågelvind har genomfört fågelstudien och är, vilket vitsordats såväl av Sveriges Ornitologiska Förening som naturvårdsenheten, en erkänt kunnig ornitolog, är det anmärkningsvärt att MPD utan närmare motivering avfärdar de slutsatser som JP Fågelvind efter omfattande och vetenskapliga fågelstudier kommit fram till.

När det gäller det aktuella området så konstaterar Bolaget att det råder förvirring vad avser användandet av termer som beskriver olika markområden som förekommer i såväl de yttranden som inkommit i ärendet som i själva det överklagade beslutet. Detta har lett till att MPD kommit fram till felaktiga slutsatser. De områden som framförallt är av intresse i ärendet är, som framgår av punkterna 2 och 3 på sidan 3 i beslutet, dels det område som avses med Bolagets tillståndsansökan, d.v.s.

det yttre område som av Bolaget bedömts lämpligt och inom vilket erforderligt nyttjanderättsavtal träffats med berörda markägare, en yta som uppgår till ca 0,5 kvadratkilometer, d.v.s. 50 hektar (härefter anläggningsområdet), dels det område som, med beaktande av naturvärden, fornminnen, markbeskaffenhet, närliggande bebyggelse och inbördes avstånd mellan verk etc har bedömts som mest lämpliga placering av vindkraftverken, ett etableringsområde som utgörs av ytan som bildas av radien på 50 meter kring varje vindkraftverk (i detta fall 0,008 kvadratkilometer per verk eller tillsammans 0,0032 kvadratkilometer, d.v.s. 3,2 hektar (härefter "Etableringsområdet"). Till överklagandet har bifogats kartmaterial samt utlåtanden från JP Fågelvind och därtill fågelundersökningen vilken tidigare ingått i beslutsunderlaget.

Länsstyrelsen i Kalmar län har yttrat sig över överklagandet och anfört i huvudsak följande. Överklagandet ska bifallas och tillstånd bör därmed meddelas för den aktuella vindkraftsparken. Det finns ingen fastslagen terminologi kring benämningarna av områden för vindkraft vilket gör det sårbart för den här typen av missförstånd och oklarheter. Bolaget redovisar både i ansökan och i överklagandet att anläggningsområde är det område som av Bolaget bedömts lämpligt för vindkraft och där nyttjanderättsavtal har upprättats med berörda markägare. Vidare beskrivs etableringsområdet som ett område på 50 meter radie kring varje vindkraftverk. I fågelinventeringen används begreppet område och riskområde där området delas upp i två delar beroende på vilka typer av inventeringar som ska utföras inom de olika områdena. Det större området har en yttre gräns på 1000 meter radie från vindkraftverken och en mindre på 500 meter. Riskområdet bedöms som en radie på 100 meter från vindkraftverk. Miljöprövningsdelegationen använder begreppen etableringsområde och Bottorpsslätten. Bottorpsslätten är helt uppenbart ingen bekant benämning för markägarna och den benämningens betydelse i beslutet innebär en placering av området i en övergripande beskrivning. Miljöprövningsdelegationens användning av begreppet etableringsområde kan anses motsvara Bolagets anläggningsområde och då också på ett ungefär fågelinventeringens större område på 1 000 meter från vindkraftverken. Länsstyrelsen anser inte att begreppsförvirringen har haft någon inverkan på miljöprövningsdelegationens beslut. Det är inte något som pekar mot

att bedömningen grundar sig på en felaktig uppfattning om var verken är placerade eller vilket område som fågelinventeringen omfattar. Bolaget har i överklagan framfört att det inte finns några havsörnar i etablerings- eller anläggningsområdet och att miljöprövningsdelegationens skrivelse ”och dess närhet” är otydlig. Beträffande häckningar av havsörn får länsstyrelsen årligen in exakta uppgifter från Projekt Havsörn. Häckande havsörnar har ett revir men ofta förekommer flera alternativa boplatser. Två par havsörnar häckar inom 5 km från närmaste planerade vindkraftsverk. Det ena paret har tre boplatser som ligger mellan 2,5- 3,1 km bort och år 2013 häckade de i det bo som ligger knappt 3 km (2,9 km) bort och fick ut två ungar. Det bo som ligger 2,5 km bort användes senast år 2006. Fågelinventeringen visar att dessa individer inte uppehåller sig i eller flyger genom den planerade vindkraftsparken på ett sätt som innebär förhöjd risk för kollision. Länsstyrelsen bedömer därför att häckande havsörnar inte påverkas på ett oacceptabelt sätt av den planerade vindkraftsetableringen.

Länsstyrelsen delar Bolagets uppfattning om var häckningsplatserna för röd glada är belägna. Länsstyrelsen delar också Bolagets inställning till hur buffertzonen för häckande glada har tagits upp i Vindvalsrapporten 6467 och att denna är satt till 1 km. Trots att röd glada flyger igenom och uppehåller sig i den planerade vindkraftsparken samt födosöker nära de planerade vindkraftverken, så häckar de på behörigt avstånd från denna.

Länsstyrelsen anser sammantaget att området visserligen utgör en födosökningslokal för röd glada och fjällvråk under vissa perioder av året, men att områdets värde som födosöksområde är starkt knutet till de grödor som odlas under aktuellt år och hur dessa lockar rastande småfåglar såsom exempelvis ljungpipare och stare vilka utgör föda för rovfågeln. Beträffande fjällvråk så häckar denna art inte i aktuella delar av landet däremot visar fågelinventeringen att de delvis sträcker sig igenom anläggningsområdet under sin flyttning vår och höst. Rovfåglar såsom vråkar eller örnar är beroende av s.k. termik som uppstår när solstrålningen värmer upp jordytan ojämnt och luften nära marken stiger. Det stråk av öppna åkermarker som sträcker sig i nord-sydlig riktning, samma som fåglarnas sträckriktning, längs kusten söder

om Kalmar ger goda förutsättningar för termik. Det i fågelrapporten undersökta 1000-metersområdet är mycket artrikt avseende sträckande rovfåglar. Varken glador, havsörnar eller fjällvråkar flyger enligt samma linjer år från år, deras val av riktning och avstånd från kusten beror på aktivitet, dvs. om de sträcker eller födosöker samt väder- och vindförhållanden. Fågelrapporten beräknar kollisionsrisken för havsörn till en vart femte år, en glada vart nionde år och en fjällvråk vart åttonde år.

Mark- och miljööverdomstolen har i flera domar som gällt vindkraftsetableringar (bl.a. 29 maj 2012, mål M 7639-11 och den 4 juli 2012, M 8344-11) uttalat att vindkraft som en förnyelsebar energiform syftar mot miljöbalkens mål i 1 kap.1§ om hållbar utveckling. Länsstyrelsen bedömer att parken inte utgör någon störning eller oacceptabel förhöjd risk för kollisioner för de häckande havsörnarna och de röda gladorna. Det aktuella området anses inte innehålla särskilt höga värden som födosöksområde för rovfågel eller att i övrigt ha någon påtaglig betydelse för fågellivet som är av den tyngden att ett tillstånd för parken ska nekas. Ett tillståndsgivande av vindkraftsparken är förenligt med miljöbalkens mål om hållbar utveckling och de allmänna hänsynsreglerna och därmed ska överklagandet bifallas.

Till yttrandet har bifogats en avvikande mening vari anförs att det är förenat med stora risker att uppföra en vindkraftspark så nära havsörnens boplatser och att ett uppförande av vindkraftsparken i hög grad skulle störa den röda gladan då den regelbundet födosöker i området. De rovfåglar som lider störst risk att dödas pga. kollision är röd glada, havsörn och fjällvråk. Etableringen kräver en dispens enligt 4 § artskyddsförordningen.

DOMSKÄL*Syn*

Mark- och miljödomstolen har den 13 februari 2014 avslagit bolagets begäran om syn. I samband därmed upplystes bolaget om att domstolen avsåg att avgöra målet utan sammanträde och att bolaget därför bereddes tillfälle att senast den 25 februari 2014 slutföra sin talan i målet.

Handläggningen i miljöprövningsdelegationen

Enligt 25 § förordningen (2011:1237) om miljöprövningsdelegationer ska delegationen ge länsstyrelsen i det län där verksamheten avses att bedrivas tillfälle att yttra sig. Så har skett genom remiss den 11 februari 2013. Länsstyrelsen har sedan (den 7 maj 2013 resp. 17 juni 2013) avgivit två, delvis motstridiga, internyttranden, varför länsstyrelsens inställning framstått som oklar. MPD borde därför ha gett länsstyrelsen möjlighet att förtydliga sin talan.

Mark- och miljödomstolen bedömer att denna brist kan läkas utan återförvisning genom att länsstyrelsen nu avgivit ett yttrande i målet.

Tillämplig lagstiftning

Prövningen av tillstånd till miljöfarlig verksamhet sker med utgångspunkt i de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken. Dessutom ska en avstämning ske mot miljöbalkens bestämmelser i övrigt. Det gäller bl.a. 4 § artskyddsförordningen (2007:845).

Av 4 § första stycket punkt 1 artskyddsförordningen (2007:845) framgår att det är förbjudet att avsiktligt döda vilda fåglar. Av samma bestämmelse punkt 4 framgår att det är förbjudet att avsiktligt skada eller förstöra vilda fåglars fortplantingsområden eller viloplatsar.

De förbud som uppräknas i 4 § artskyddsförordningen omfattar alla vilda fågelarter i Sverige. Såväl havsörn som rödglada är markerade med B. Sådana arter har ett

sådant gemenskapsintresse att särskilda skyddsområden (se fågeldirektivet) eller bevarandeområden (se art- och habitatdirektivet) behöver utses. Syftet med fågeldirektivet är att bibehålla och vid behov återskapa arternas populationer på en nivå som svarar mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov.

Är det i detta mål fråga om avsiktligt dödande av fåglar?

Enligt Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen 2009:2 del 1 – Fridlysning och dispenser föreligger avsiktlighet om det kan visas att information har funnits tillgänglig om risker för dödande och verksamhetsutövaren därför bör ha förstått den förutsägbara konsekvensen av sitt handlande, då finns uppsåt i lagens mening. Uppförande av vindkraftverk, med kännedom om att de med viss sannolikhet kommer att döda fåglar, kan därför i princip anses innebära avsiktligt dödande enligt 4 § artskyddsförordningen. Mark- och miljödomstolen bedömer dock att det för att aktualisera frågan om avsiktlighet i artskyddsförordningens mening, rimligen bör föreligga en kalkylerad förhöjd risk för kollision mellan fågel och vindkraftsrotor i det aktuella området jämfört med landet i övrigt. Denna risk påverkas av såväl individtätet och eventuell häckning som antalet vindkraftverk i aktuellt område. Konsekvenserna på populationsnivå bör, enligt domstolens mening, inte ha direkt betydelse för bedömningen av avsiktlighet, utan enbart den höjda kollisionsrisken i sig.

I fågelrapporten beräknas kollisionsrisken för havsörn till en vart femte år, en rödglada vart nionde år och en fjällvråk vart åttonde år. För andra arter, t.ex. vitkindade gäss, bedöms risken vara lägre. Detta får anses vara en grov uppskattning med stora felmarginaler eftersom mångåriga erfarenheter av omfattande vindkraftsutbyggnad ännu saknas.

Mark- och miljödomstolen bedömer på tillgängligt underlag, och med beaktande av försiktighetsprincipen, att förhöjd risk för kollision och därmed avsiktlighet enligt 4 § första stycket punkt 1 artskyddsförordningen föreligger.

Kan fortplantningsområden eller viloplatsler skadas?

Skyddet enligt 4 § punkt 4 artskyddsförordningen tar sikte på områdets kontinuerliga ekologiska funktion för berörda arter. Med kontinuerlig ekologisk funktion avses enligt Naturvårdsverkets Handbok den ekologiska funktion som en livsmiljö normalt ständigt tillhandhåller åt en art, t.ex. som skydd eller födosöksplats. Vidare anges i nämnda handbok, s. 24, b.la. följande. ”Gemensamt för åtgärder rörande djurens olika uppehållsplatser är att dessa inte får påverkas av mänskliga aktiviteter på ett sådant sätt att platserna förlorar sin ekologiska funktion för berörda arter. Med detta avses att ingreppet inte får vara så omfattande att området tappar de egenskaper som gör det betydelsefullt för arten ifråga. Platserna behöver skyddas även när de inte används så att funktionen finns kvar när arten återvänder för att lägga ägg eller föda ungar. Detta gäller sådana områden som används regelbundet, men inte nödvändigtvis varje år”.

Av Artdatabankens faktablad framgår att havsörnens starka hemortstrohet innebär att en utgångspunkt i förvaltningen måste vara att delbestånden ska vara självbärande. Den medför också att återkoloniseringen av regioner där arten försvunnit går långsamt – först när beståndet tätnat tillräckligt i fåglarnas födelsetrakter sker en expansion utåt. Beståndet i kärnområdena vid Ostkusten är nu såpass tätt att en stor del av de fåglar som föds där väljer att söka sig längre bort för att etablera revir, och en fortsatt förtätning och expansion västerut i Sverige kan förväntas.

Med beaktande av att havsörn är en långlivad art och blir könsmogen sent torde även en kollisionsrisk med en individ vart femte år innebära en påverkan på områdets ekologiska funktion som fortplantningsområde även om avståndet till befintliga bon är 2,5 km. Samma slutsats kan dras av det förhållandet att rödglada återkommande födosöker nära de planerade vindkraftverken trots att de häckar på behörigt avstånd.

Sammanfattande bedömning

Mark- och miljödomstolen bedömer att driften av de fyra ansökta vindkraftverken skulle utgöra ett sådant avsiktligt dödande av vilda fåglar för vilket förbud råder enligt 4 § första stycket punkt 1 artskyddsförordningen. Likaså skulle verksamheten riskera att skada fortplantningsområden i sådan grad som avses i 4 § första stycket punkt 4 artskyddsförordningen. Hinder mot att lämna tillstånd föreligger redan på denna grund, varför anledning saknas att pröva platsens lämplighet enligt 2 kap. 6 § miljöbalken.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 427)

Överklagande senast den 25 mars 2014. Prövningstillstånd krävs.

Anders Enroth

Bertil Varenius

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Anders Enroth, ordförande, och tekniska rådet Bertil Varenius samt de särskilda ledamöterna Elisabet Ardö och Hans Nilsson. Föredragande har varit beredningsjuristen Charlotte Scholz.