



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060101

DOM
2018-06-13
Stockholm

Mål nr
P 7648-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Östersunds tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2017-08-04 i mål nr P 2692-14, se bilaga A

PARTER

Klagande

1. EJ

2. MJ

Motpart

1. Bygg- och miljönämnden i Söderhamns kommun

2. Eolus Vind AB

SAKEN

Bygglov för två vindkraftverk (Åsboberget) på fastigheten A i Söderhamns kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Med ändring av mark- och miljödomstolens dom upphäver Mark- och miljööverdomstolen Bygg- och miljönämnden i Söderhamns kommuns beslut den 25 februari 2014, § 40 (Dnr BMN/2009/0660), att ge bygglov för nybyggnad av två vindkraftverk (Åsboberget) på fastigheten A i Söderhamns kommun och avslår bygglovsansökan.

Dok.Id 1411123

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00–16:30
		E-post: svea.avd6@dom.se www.svea.se		

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

EJ och MJ har yrkat att mark- och miljödomstolen ska upphäva bygglovet.

Miljö- och byggnadsnämnden i Söderhamns kommun har inte angett någon inställning till överklagandet.

Eolus Vind AB (bolaget) har motsatt sig att mark- och miljödomstolens dom ändras.

UTVECKLING AV TALAN HOS MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

EJ och MJ har utöver vad de framfört tidigare uppgett i huvudsak följande:

Mark- och miljödomstolen (MMD) har inte behandlat förekomsten av pilgrimsfalk i domen. Inte heller diskuteras förekomsten av berguv, smålom och bivråk i domskälen. MMD har inte heller beaktat att det tillkommit nya uppgifter om häckning av pilgrimsfalk i området.

Bolagets fågelutredning är bristfällig. Uppgifter har inte inhämtats från Gävleborgs ornitologiska förening (GLOF), vilket skulle ha gett en mer rättvisande bild av förekomsten av fåglar i området. Enligt GLOF kunde det ha förväntats att pilgrimsfalken, inom en snar framtid, skulle återetablera sig i en känd häckningslokal, ca 1 km från de aktuella vindkraftverken. Enligt GLOF förekommer häckning och föryngring av pilgrimsfalk i området. Bolaget har inte heller i sin fågelutredning noterat att det finns häckningslokal för berguv i området. GLOF har bekräftat att det helt klart förekommer häckning av berguv. Berguven kan söka föda upp till 5 km från boplatsen. Bolagets fågelinventering begränsades till tre dagar, under totalt 15 timmar.

Nämnden har anfört i huvudsak följande: De uppgifter som framkommit i ärendet fanns inte vid tidpunkten då bygglovet gavs av bygg- och miljönämnden. Om man

hade haft tillgång till de nu tillkomna uppgifterna kunde ärendet ha behandlats annorlunda.

Bolaget har anfört i huvudsak följande: Den rödlistade pilgrimsfalken observerades först häckande år 2015, en återkomst efter 50 år på häckningslokalen som sägs vara belägen ca 1 km från de bygglovsökta vindkraftverken. Det fanns alltså ingen konstaterad häckande pilgrimsfalk då nämnden gav bygglov den 25 februari 2014. Det finns alltid en viss risk för att en enstaka rödlistad fågel efter tillståndsgivning kan flytta och etablera sig på en ny plats som ligger inom olika föreslagna buffertzoner för vindkraftverk. Detta beaktas i den lämplighetsprövning av markanvändningen som sker vid tillståndsgivningen. Sammantaget anser bolaget att utförda fågelutredningar påvisat och säkerställt att vindkraftverken inte kommer ge upphov till något hot på populationsnivå av någon rödlistad fågelart.

EJ och **MJ** har gett in yttrande från GLOF och Berguv Nord Gävleborg, daterat den 5 november 2016, och från Sveriges Ornitologiska Förening – BirdLife Sverige och GLOF, daterat den 24 augusti 2017.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Av handlingarna i målet framgår att bygglovsärendet inleddes före den 2 maj 2011 varför den äldre plan- och bygglagen (1987:10), ÄPBL, tillämpas.

Vid prövning av bygglov utgår prövningen från de omständigheter som finns vid prövningstillfället. Om förutsättningarna förändras under bygglovsprocessen ska de nya omständigheterna beaktas när prövningen görs.

Frågan i målet är om den aktuella lokaliseringen är lämplig, mer specifikt om vindkraftverkens lokalisering på den aktuella platsen uppfyller kraven på anpassning till naturvärdena i området (se 3 kap. 1 § ÄPBL).

Klagandena har uppgett i sitt överklagande att det finns häckande pilgrimsfalk inom ett avstånd på 1 km från den tänkta placeringen av verken.

I bolagets fågelutredning, daterad den 1 november 2011, anges bl.a. att inga branter så branta att de skulle vara lämpliga häckningsplatser för pilgrimsfalk kunde konstateras och att de branter som finns skulle kunna vara en lämplig biotop för häckningar av berguv men att inga berguvar hördes under två nattinventeringar. Vidare anges att vid Skogberget och Åsboberget hamnar den då tänkta lokaliseringen av verken (5 st) som närmst på 430 meter respektive 540 meter från smålommars häckningsplatser.

I yttrandet från GLOF och Berguv Nord Gävleborg, den 5 november 2016, anges att det utöver tidigare identifierade häckningsplatser för smålom nu också finns häckande pilgrimsfalk i området. Vidare anges att berguv sedan många år är etablerad som häckningsart i området.

Bolaget har hos Mark- och miljööverdomstolen haft möjlighet att bemöta dessa uppgifter men har endast hänvisat till den fågelutredning som gjordes 2011.

Av utredningen i målet framgår att vindkraftverken ska lokaliseras inom ett område där det förekommer häckande pilgrimsfalk, berguv och smålom. Dessa arter är upptagna i EU:s fågeldirektiv (2009/147/EG) bilaga 1 och rödlistade, där pilgrimsfalk och smålom är klassade som nära hotad och berguv som hotad. Enligt Vindvals uppdaterade syntesrapport ”Vindkraftverkens påverkan på fåglar och fladdermöss” (rapport 6740) rekommenderas för pilgrimsfalk och berguv en buffertzon från vindkraftverk av minst 2 km från boplatser.

Vid en sammantagen bedömning av vad som framkommit i målet finner Mark- och miljööverdomstolen att utredningen inte ger tillräckligt stöd för att lokaliseringen av de aktuella vindkraftverken ska anses lämplig med hänsyn till naturvärdena i området. Ansökan om bygglov ska därför avslås.

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

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Per Sundberg och Ingrid Åhman, tekniska råden Mikael Schultz och Inger Holmqvist samt hovrättsrådet Ulf Wickström, referent.

Föredragande har varit Melina Malafry.



ÖSTERSUNDS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2017-08-04
meddelad i
Östersund

Mål nr P 2692-14

KLAGANDE

1. Bollnäs kommun
Miljö- och byggnämnden

2. EJ

3. MJ

MOTPART

1. Eolus Vind AB, 556389-3956

Ombud: MH

2. Söderhamns kommun
Bygg- och miljönämnden

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen Gävleborgs beslut 2014-10-07 i ärende nr 403-2014-14, se **bilaga 1**

SAKEN

Bygglov för två vindkraftverk (Åsboberget), A i Söderhamns kommun

DOMSLUT

Mark-och miljödomstolen avslår överklagandena.

Dok.Id 245216

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 708 831 28 Östersund	Storgatan 6	063-15 06 00 E-post: mmd.ostersund@dom.se www.ostersundstingsratt.domstol.se	063-15 06 88	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Eolus Vind AB (bolaget) har ansökt om bygglov för att uppföra två vindkraftverk på fastigheten A, på Åsboberget. Enligt ansökan kommer vindkraftverken att få en höjd om maximalt 149,9 meters totalhöjd, vid 100 meters rotordiameter.

Generatorkapaciteten uppgår då till 2 MW vardera.

Bygg- och miljönämnden i Söderhamns kommun (bygg- och miljönämnden) beslutade den 25 februari 2014 att bevilja bygglov med stöd av 8 kap. 12 § äldre plan- och bygglagen (1987:10), (ÄPBL). Samtidigt med bygglovsansökan gjorde Eolus en anmälan om uppförande och drift av vindkraftverken enligt miljöbalken. Bygg- och miljönämnden beslutade den 23 april 2013 att förelägga Eolus Vind AB om ett antal försiktighetsmått med anledning av anmälan om uppförande och drift av de två vindkraftverken. Beslutet om försiktighetsmått m.m. har överklagats men inte ändrats av överinstanserna. Det vann lagakraft genom Mark- och miljööverdomstolens beslut om att inte meddela prövningstillstånd.

Beslutet om bygglov överklagades bl.a. av ovanstående klaganden till Länsstyrelsen Gävleborg (länsstyrelsen) som avslagit överklagandena. I några fall har domstolen avvisat överklaganden då dessa inte haft rätt att klaga på länsstyrelsens beslut.

Bolagets ovanstående ansökan är en del av projektet Skogberget - Åsboberget, som ursprungligen omfattande totalt fem vindkraftverk, varav två i Söderhamns kommun och tre i Bollnäs kommun. Den del av projektet som berör Skogberget har prövats av Miljö- och byggnämnden i Bollnäs kommun som i beslut den 19 juni 2013 avslag ansökan. Avslagsbeslutet har efter överklagande vunnit laga kraft genom att mark- och miljödomstolens dom den 30 mars 2015, i mål nr M 3149-13 och P 3151-13, inte överklagats.

YRKANDEN M.M.

Miljö- och byggnämnden i Bollnäs kommun har yrkat att mark- och miljödomstolen ska undanröja länsstyrelsens beslut.

EJ och MJ, ägare B, har yrkat att mark- och miljödomstolen avslår meddelade bygglov.

Eolus Vind AB har bestritt ändring av länsstyrelsens beslut.

Bygg- och miljönämnden i Söderhamns kommun har inte låtit sig avhöras.

GRUNDER M.M.

Parterna har till utveckling av sin talan anfört, utöver vad som redogjorts för i länsstyrelsens beslut, i huvudsak följande.

Miljö- och byggnämnden i Bollnäs kommun

Miljö- och byggnämndens beslut den 19 juni 2013 att avslå ansökan om bygglov för tre verk lokaliserade på Skogberget motiverades huvudsakligen av att den bedömningen att den påverkan på landskapsbilden, betraktat från Glössbo och Rengsjö byar som dessa tre vindkraftverk tillsammans med de två som lokaliserats i Söderhamns kommun medför en oacceptabel negativ påverkan på landskapsbilden. Beträffande de nu aktuella vindkraftverken på Åsboberget kan tilläggas följande.

1. Förevarande användningssätt av marken medför inte en från allmän synpunkt god hushållning. Bygglov kan inte beviljas med stöd av 8 kap. 12 § ÄPBL och 2 kap. och 3 kap. samma lag och 3 och 4 kap. miljöbalken.
2. Placeringen av vindkraftverken är inte lämplig med hänsyn till landskapsbilden och naturvärdena på platsen, enligt 3 kap. 1 § ÄPBL. Den rödlistade fågelart (smålom) som är upptagen i fågel direktivets bilaga 1 och som observerats i området påverkas på ett negativt sätt eftersom nödvändiga skyddsavstånd inte kan hållas i projektet. Sökanden har inte heller presenterat tillräckligt underlag för att frånga generella skyddsavstånd till hotad art. Kompletterade studier av

ett häckande berguvpar med tillhörande revir bör utföras innan beslut fattas i ärendet.

3. Det framgår inte av bolagets ansökan vilka hänsyn till fågellivet bolaget avser att ta och då främst till smålom och eventuellt även för häckande berguv.
4. Bollnäs kommun arbetar för närvarande med en revidering av den kommuntäckande Översiktsplanen. Under arbetet har förslag om att bereda möjlighet för elöverkänsliga att bosätta sig i områden som är "lågstrålande". Ett föreslaget område ligger i omedelbar närhet till rubricerade vindkraftsprojekt. Innan slutligt beslut tas om vilka områden i kommunen som prioriteras som "lågstrålande" anser miljö- och byggnämnden att förevarande projekt bör avvaktas med tills vidare.

EJ och MJ

Den rödlistade pilgrimsfalken är observerad ruvande på ägg i en reetablerad häckningslokal. Häckningsplatsen, en klippbrant, har i många år varit övervakad med tanke på en reetablering av pilgrimsfalk i gamla häckningslokaler, då detta återbruk av häckningsplats är ett av artens särdrag. Just denna häckningslokal med rödlistad pilgrimsfalk liggande på ägg, är den första bekräftade i modern tid i Söderhamns kommun. Inte sedan slutet av 60-talet har det konstaterats häckande pilgrimsfalk i kommunen. Återkomst som häckande art efter 50 års frånvaro är både sensationellt och unikt. Häckningslokalen är belägen ca en km från de bygglovsökta och likaledes överklagade vindkraftverken på Åsboberget. I Sveriges Ornitologiska Förenings (SOF) policy om vindkraft skriver man specifikt för pilgrimsfalk att skyddsavståndet till vindkraftverk ska vara minst två km och att även sannolika framtida häckningsplatser ska undantas från vindkraft. Naturvårdsverket skriver i sitt "Åtgärdsprogram för pilgrimsfalk 2011 - 2014", att en generell rekommendation är att undvika vindkraftverk inom en radie av två km från en aktiv häckningsplats.

Länsstyrelsens uttalande om att utbyggnaden av vindkraft är en uttalad politisk målsättning och ett angeläget allmänt intresse ger en klar indikation om att beslutet inte är baserat på gällande fakta i deras överklagan. Rådigheten över deras egen

mark inskränks och det är ett allvarligt ingrepp i den fria äganderätten, då många boende och markägare kommer att påverkas menligt. De ska kunna disponera över sin egen mark och inte begränsas av skyddsavstånd, buller, skuggor etc. Egendoms-skyddet är fastställt i grundlagen och ingen ska behöva tåla någon begränsning i sin rätt att driva näring eller yrke enbart för att ekonomiskt gynna vissa personer och företag, i detta fall Eolus Vind AB.

Kabeldragning i våtmark från vindkraftverket till närmaste kraftledning är inte omtalat i bygglovet. Det är inte nämnt hur sökande part ska lösa detta. Inte heller är det nämnt något om hinderbelysning och hur den är tänkt att fungera.

Driften av de sökta två vindkraftverken som det sökts bygglov för, skulle utgöra ett avsiktligt dödande av rödlistade fåglar och fladdermöss, för vilket ett förbud råder enligt 4§ första stycket pkt.1 Artskyddsförordningen. Likaså skulle vindkraftverken riskera att skada fortplantningsområden i sådan grad som avses i 4§ första stycket pkt.4 Artskyddsförordningen. Länsstyrelsen har inte tagit hänsyn till den starka lovgivningen i Artskyddsförordningen i sitt avslag. Fågelinventeringen, beställd av exploitör, är inte tillfredställande då den inte gav indikation om att det förekommer häckande berguv i området.

Att jämföra Åsboberget och omgivande fastigheter som kommer att beröras starkt visuellt av vindkraftverken med vissa fastigheter är direkt faktafel. Vindkraftverken är menat att placeras på Åsboberget, ett landmärke i Mo-Söderala-Mohed-Glössbo-Rengsjö dalgångar. Området runt Åsboberget är ett lantbruksområde i ett typisk hälsingskt, småkuperat landskap där blånande berg och dalar avlöser varandra. Här finns inga höga, avvikande av människor skapta byggverk.

Eolus Vind AB

Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) har i flera domar som gällt vindkrafts-etableringar konstaterat att vindkraft som en förnyelsebar energiform syftar mot miljöbalkens mål i 1 kap. 1 § om hållbar utveckling, se t.ex. MÖD dom den 29 juli 2008, mål nr M 8489-07, där tillstånd att bygga vindkraftverk lämnades trots att

påverkan på landskapsbilden kunde konstateras. Eolus har tagit fram en siktanalys som visar var i det omgivande landskapet som vindkraftverken kommer att vara synliga. Resultatet tar inte hänsyn till om endast en liten del av en ving kan skymmas eller om praktiskt taget hela vindkraftverket är synligt.

För att ytterligare tydliggöra påverkan på landskapsbilden har nya fotomontage tagits fram från samtliga 10 fotopunkter som tidigare redovisats i ansökan och komplettering. Fotomontagen redovisas dels i "röntgenutförande", där vindkraftverken har en röd färg för att tydliggöra deras positioner och där verken även syns genom vegetation och byggnader, men också i naturligt utförande, där verken har en gråvit färgton och skyms av vegetation och byggnader.

I Mark- och miljööverdomstolens dom den 12 december 2007, mål nr M 2602-07, har tillstånd givits för en vindkraftpark trots att avståndet till ett område utpekad som riksintresse för kulturmiljövård endast uppgått till cirka 350 meter. Avståndet mellan det närmaste vindkraftverket i vindkraftprojekt Åsboberget och riksintresset, *Västerby och Rengsjö kyrkomiljö, Rengsjö socken*, överskrider sex kilometer. Fotomontage har tagits fram från hembygdsgården i Rengsjö.

Utförda skuggberäkningar visar att byggnaden på fastighet B inte kommer utsättas för rörliga skuggor som överskrider åtta timmar per år eller 30 minuter per dag. Det stora avståndet, 2 800 meter respektive 3 000 meter till planerade vindkraftverk är anledningen till den låga skuggpåverkan. I vindkraftshandboken kan man läsa att skuggor inte uppfattas på avstånd av cirka tre kilometer.

Ljudberäkningen i bolagets bilaga 4 är utförd med etablerat beräkningsprogram. Beräkningen visar att ljudpåverkan på byggnaden på fastighet B med stor marginal undergår satta riktlinjer. Skulle ljudpåverkan vid kontroll visa sig vara högre än vad som villkorats i bygglovets åtgärder utföras i verket för att minska ljudpåverkan.

Det används inga insektsborttagande medel på vindkraftverkens vingar. Det har förekommit att bolag har tvättat vindkraftverkens vingar, men då med miljögodkänt tvättmedel. Tvätt av vindkraftverks vingar har aldrig behövt utföras på något av Eolus vindkraftverk.

Samtliga vindkraftverk övervakas ständigt via datakommunikation och skulle oljetryck eller liknande sjunka under godkända nivåer skickas ett larm och verken stoppas. Skulle ett eventuellt oljeläckage inträffa samlas den utläckta oljan i botten av vindkraftverkens torn i ett utrymme som är anpassat för ändamålet.

Eolus själva ansvarar inte för kabeldragning och anslutning till omkringliggande elnät utan denna process ansvarar områdets nätbolag för. Det är det bolag som söker tillstånd för processen, men kabeldragning brukar till nära 100 % ske längs med befintligt vägnät.

Hinderbelysningen följer Transportstyrelsens föreskrifter. För vindkraftverk med en maximal totalhöjd om 150 meter innebär det att hinderbelysningen består av medel-intensivt rött blinkande ljus.

År 2010 gav Svensk Vindenergi det oberoende konsultföretaget ÅF i uppdrag att utreda hur priserna på fastighet påverkas av vindkraftetableringar. Resultatet av studien, som grundar sig på uppgifter om cirka 42 000 småhusförsäljningar inom fem kilometer från 120 nya vindkraftanläggningar jämfört med omgivande referensområden, visar att fastighetspriserna inte påverkas negativt av vindkraft i närområdet.

Bolaget har jämväl ingivit kompletterande utredning avseende siktanalys, fotomontage, skuggberäkningar och ljudberäkningar.

Under 2011 utfördes på uppdrag av bolaget en omfattande fågelstudie i projektområdet, inventering under nio dagar, totalt 50 timmar. Resultatet gav att varken berguv eller pilgrimsfalk häckade i området. Förekomst och häckning påträffades

av bivräk och smålom, men under förutsättningar och på avstånd som gör att vindkraftverken kan etableras utan bedömd större påverkan på fåglarna. Inga ytterligare studier eller inventeringar av fåglar har utförts av bolagets i projektområdet. Fåglars beteende i bl.a. form av häckningar, flyttstråk och födosök är till viss del ständigt föränderligt. Hypotetiskt finns det alltid en risk att efter tillståndsgivning kan en fågel flytta och etablera sig på ny plats som ligger inom föreslagna buffertzoner till vindkraftverk. Detta är inget nytt utan beaktas genom den lämplighetsprövning av markanvändningen som sker vid tillståndsgivning.

EJ och MJ har avslutningsvis anfört bl.a. följande. Sökande part har inte genomfört sin påkrävda fågelinventering på ett fullständigt och förtroendeingivande sätt, då man har översett rödlistade fågelarter och heller inte inhämtat historiska fakta om viktiga häckningsområden för bl.a. pilgrims-falk. *Att fåglars häckningar ständigt är föränderligt*, som sökande part menar stämmer heller inte, då man ser på bl.a. pilgrimsfalkens beteende. De fakta som legat till grund för lämplighetsprövningen, och därmed bygglovets, hos tillståndsgivande myndighet har pga. felaktig information om förekomster av rödlistade fåglar givit ett beslut som är taget på felaktigt grundlag. Man har också en svag förklaringsmetod till varför den rödlistade smålommen skall kunna häcka bara 400 meter från ponerade vindkraftverk och inte komma i konflikt med bl.a. artskyddsförordningen. Sökande part har, som också påpekats i tidigare yttranden, använt sig av en bullermättningsmetod för platta landskap och inte en metod för ett kuperat område med flera dalgångar med bl.a. ljudtunneffekter och därmed förstärkning av buller och infraljud, vilket man nu vet kommer att ge effekter för oss kringboende. Detta på bakgrund av genomförda vindkraftsprojekt, där bl.a. Svartvallsberget m.fl. är goda exempel. De vidhåller att ansökan om bygglov ska avslås.

Eolus Vind AB

Bolaget har slutligen anfört att placeringen av vindkraftverken inte är olämplig med hänsyn till fågel- och naturvärden samt att goda marginaler finns vad avser ljud enligt praxis.

Söderhamns kommun, Bygg- och miljönämnden

Bygg- och miljönämnden har givits tillfälle att yttra sig i målet och har därvid endast angivet att en person, utöver nu klaganden, har begärt överprövning av nämndens beslut.

DOMSKÄL

Tillämpliga regler framgår av länsstyrelsens beslut.

Vad först gäller frågan om klagorätt för Bollnäs kommun i sin egenskap av angränsande kommun, bedömer mark- och miljödomstolen att sådan klagorätt föreligger utan uttryckliga bestämmelser. De omständigheter som kan beaktas vid ett sådant överklagande bör dock begränsas till frågor som kan anses avse ett allmänt intresse som även övriga kommuner har att bevaka. Frågor hänförliga till sådant som en kommun själv har att besluta kan dock inte beaktas i anledning av sådant överklagande.

Vad härefter gäller de av EJ och MJ anförda omständigheterna gör mark- och miljödomstolen följande bedömning. I likhet med länsstyrelsen finner domstolen att utredningarna är tillräckliga vad avser fågelinventering. Även i övrigt finner domstolen inte skäl att göra annan bedömning än länsstyrelsen.

Sammantaget finner mark- och miljödomstolen att länsstyrelsen har gjort en riktig bedömning och vad klagandena nu anført inte medför en annan bedömning. Överklagandena ska alltså avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 427)

Överklagande senast den 25 augusti 2017. Prövningstillstånd krävs.

På mark- och miljödomstolens vägnar

Lars-Göran Bennmarker

I domstolens avgörande har deltagit chefsrådmannen Lars-Göran Bennmarker, ordförande, och tekniska rådet Lars Edlund.