



SVEA HOVRÄTT  
Mark- och miljööverdomstolen  
060405

**DOM**  
2023-09-27  
Stockholm

Mål nr  
P 14910-22

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2022-11-25 i mål nr P 181-22,  
se bilaga A

## PARTER

### Klagande

Cymbalens Förskola AB

Ombud: Advokaterna P.G. och E.H.

### Motpart

Stadsbyggnadsnämnden i Malmö stad

## SAKEN

Bygglov för förskola på fastigheten A i Malmö kommun

---

## MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen upphäver mark- och miljödomstolens dom och återförvisar ärendet till Stadsbyggnadsnämnden i Malmö stad för fortsatt handläggning.

---

Dok.Id 1953812

**Postadress**  
Box 2290  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls Torg 16

**Telefon**  
08-561 670 00  
08-561 675 50

**E-post:** svea.avd6@dom.se  
www.svea.se

**Telefax**

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
09:00–16:30

## YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

**Cymbalens Förskola AB** har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen, med ändring av mark- och miljödomstolens dom, ska bevilja förskolan sökt bygglov alternativt återförvisa ärendet till nämnden för fortsatt handläggning.

**Stadsbyggnadsnämnden i Malmö stad** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

## UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har i allt väsentligt utvecklat sin talan på samma sätt som hos mark- och miljödomstolen. Följande tillägg har dock gjorts hos Mark- och miljööverdomstolen.

**Cymbalens Förskola AB** har anfört att det begärt att mark- och miljödomstolen skulle hålla syn på förskolegården och näraliggande parker om det inte utifrån det skriftliga materialet kunde konstateras att friytan är tillräcklig. Mark- och miljödomstolen har inte ansett att friytan är tillräcklig och borde därför ha tagit ställning till förskolans yrkande om syn. Något sådant ställningstagande har mark- och miljödomstolen inte gjort.

## MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

### Bakgrund

Cymbalens Förskola AB (bolaget) bedriver förskoleverksamhet inom fastigheten A i Malmö kommun. Verksamheten har tidigare bedrivits med stöd av ett tidsbegränsat bygglov som upphört 2013. Bolaget har därefter ansökt om permanent bygglov för den alltjämt pågående förskoleverksamheten. Efter att nämnden vid dess senaste prövning av ärendet avslagit bygglovsansökan har Länsstyrelsen i Skåne län upphävt nämndens beslut och återförvisat ärendet till nämnden för fortsatt handläggning. Mark- och miljödomstolen, som funnit dels att lovsökt åtgärd är planstridig, dels att förskoleverksamhetens tillgängliga friyta är otillräcklig, har

upphävt länsstyrelsens beslut och avslagit ansökan om bygglov. För en närmare redogörelse av bakgrunden i målet och underinstansernas tidigare prövningar av ärendet hänvisas till mark- och miljödomstolens dom.

### **Syn**

Bolaget har i yttrande som inkom till mark- och miljödomstolen den 10 november 2022 yrkat att domstolen ska hålla syn på förskolegården och näraliggande parker. Genom att avslå bolagets ansökan om bygglov utan att ta ställning till det framställda yrkandet om syn har mark- och miljödomstolen begått ett rättegångsfel.

I beslut den 23 maj 2023 har Mark- och miljööverdomstolen avslagit det yrkande om syn som bolaget framställt här. I samband med avslagsbeslutet bereddes bolaget möjlighet inkomma med komplettering i målet. Mark- och miljööverdomstolen anser att mark- och miljödomstolens rättegångsfel därmed är läkt.

### **Krav på bygglov**

Mark- och miljööverdomstolen konstaterar att det tillfälliga bygglovet för förskoleverksamhet på fastigheten löpte ut år 2013. Verksamheten har därefter bedrivits utan gällande lov. Domstolen bedömer att bygglov krävs för att förskoleverksamhet fortsättningsvis ska få bedrivas på fastigheten.

### **Fråga om planenlighet**

Fastigheten A omfattas av en stadsplan från år 1959, vilken gäller som en detaljplan som antagits enligt den äldre plan- och bygglagen (1987:10), ÄPBL (se 17 kap. 4 § första stycket ÄPBL och punkt 5 i övergångsbestämmelserna till plan- och bygglagen [2010:900], PBL). I stadsplanen är fastigheten markerad med beteckningen A, kvartersområde för allmänt ändamål. Ändamålet är inte närmare angivet i planhandlingarna.

Enligt 9 kap. 32 a § första stycket PBL får bygglov ges för en åtgärd på mark som enligt detaljplanen utgör kvartersmark för allmänt ändamål, även om sökanden inte är ett offentligt organ. I termen kvartersmark för allmänt ändamål ryms en rad skiftande verksamheter, t.ex. skola, reningsverk, simhall och värmecentral. Bestämmelsen tillkom i syfte att underlätta för privata aktörer att bedriva allmänna verksamheter utan att planändringar behöver företas. (Se prop. 2013/14:126 s 195 f.)

Enligt bestämmelsens andra stycke får, om det allmänna ändamålet inte är närmare angivet i en plan, bygglov enligt första stycket ges endast om åtgärden innebär att fastigheten och det byggnadsverk som åtgärden avser används för det allmänna ändamål som fastigheten och byggnadsverket senast har använts för eller enligt senast beviljade bygglov har anpassats till utan att den avsedda användningen kommit till stånd.

Bolaget är en sådan privat aktör som avses i bestämmelsen och den förskoleverksamhet som bygglovsansökan avser utgör ett allmänt ändamål. Frågan är om den ansökta förskoleverksamheten innebär att fastigheten A kommer att användas för det allmänna ändamål som den senast har använts för. Närmare bestämt blir det en fråga om den verksamhet som bedrivits med stöd av ett tidsbegränsat bygglov kan anses utgöra fastighetens och byggnadsverkets senaste användningsområde.

Av bestämmelsens ordalydelse kan inte utläsas vilka, om några, krav som kan ställas på den senaste användningen. Av författningskommentaren till bestämmelsens andra stycke framgår att vägledning för vad som avses med ”det ändamål som fastigheten och byggnadsverket senast har använts för eller enligt senast beviljade bygglov har anpassats till utan att den avsedda användningen kommit till stånd” kan hämtas från förarbetena till 9 kap. 2 § första stycket 3 a PBL. I uttalandet hänvisas till prop. 2009/10:170 s. 467 (se prop. 2013/14:126 s 312). I de hänvisade förarbetena klargörs att det i första hand handlar om en bedömning utifrån den senaste användningen eller - om den faktiska användningen inte överensstämmer med vad byggnaden enligt senast beviljade bygglov har anpassats till utan att den avsedda användningen har kommit till

stånd - den användning som byggnaden har anpassats till enligt det senaste bygglovet (se prop. 2009/10:170 s. 467).

I förarbetena har även uttalats att det bör vara en skyldighet för byggnadsnämnden att ge en enskild huvudman bygglov för en åtgärd som överensstämmer med pågående markanvändning, även om användningen inte är preciserad i planen. Det kan t.ex. vara fallet om marken redan används som skola och en enskild huvudman vill göra en mindre tillbyggnad som i övrigt är planenlig. Någon skyldighet att ge bygglov för en enskild huvudman bör dock inte föreligga om markanvändningen inte har preciserats i planen och inte heller överensstämmer med pågående verksamhet. Det innebär att kommunen kan besluta att inte ge bygglov, t.ex. om byggnadsnämnden bedömer att den sökta åtgärden är olämplig utifrån allmänna överväganden. (Prop. 2013/14:126 s 197 f.)

Enligt Mark- och miljööverdomstolen ger förarbetena en mycket begränsad ledning avseende innebörden av begreppet ”det allmänna ändamål som fastigheten och byggnadsverket senast har använts för”. Det noteras dock att begreppet tycks refereras till genom termer av pågående markanvändning och pågående verksamhet.

Även praxis är begränsad i fråga om tillämpningen av den aktuella bestämmelsen. I ett tidigare avgörande har dock Mark- och miljööverdomstolen framhållit att det i bedömningen av om en fastighet ska användas för det allmänna ändamål som den senast har använts för är av särskilt intresse att uppmärksamma syftet med bestämmelsen i 9 kap. 32 a § PBL. I anslutning härtill har domstolen redogjort för vad som uttalas i förarbetena avseende syftet att underlätta för privata aktörer att bedriva allmänna verksamheter utan att planändringar behöver företas, och att bygglov endast bör ges en enskild huvudman för en åtgärd som överensstämmer med pågående markanvändning när det allmänna ändamålet inte är närmare angivet i planen (MÖD 2021:13).

Den faktiska pågående verksamheten och markanvändningen inom fastigheten är förskoleverksamhet. Verksamheten har bedrivits lovligen om än med stöd av ett tidsbegränsat bygglov, vilket innebär att nämnden tidigare gjort bedömningen att

verksamheten kan tillåtas på platsen. Mot denna bakgrund, och med beaktande av att det i övrigt saknas uttryckligt stöd för att kräva att ett permanent bygglov ska ha legat till grund för den senaste användningen av en fastighet, finner Mark- och miljööverdomstolen att bygglov kan beviljas enligt 9 kap. 32 a § andra stycket PBL. Denna bedömning är dessutom den mest ändamålsenliga sett till syftet med bestämmelsen, som är att underlätta för privata aktörer att bedriva allmänna verksamheter utan att planändringar behöver företas.

### **Friyta**

Mark- och miljödomstolen har i likhet med nämnden bedömt att den friyta för lek och utomhusvistelse som finns tillgänglig inom skolans tomt är otillräcklig. Ifråga om obebyggda tomter gäller att om en sådan ska bebyggas med byggnadsverk som innehåller lokaler för förskola ska det på tomten eller i närheten av den finnas tillräckligt stor friyta som är lämplig för lek och utevistelse (8 kap. 9 § andra stycket PBL). Detta ska i skäligen utsträckning tillämpas också för bebyggda tomter (8 kap. 10 § PBL). Boverket har i anslutning till dessa bestämmelser utfärdat allmänna råd (BFS 2015:1). Enligt dessa råd bör det, vid placering och anordnande av friytor för lek och utevistelse vid bl.a. förskolor, särskilt beaktas friytans storlek, utformning, tillgänglighet, säkerhet och förutsättningarna att bedriva ändamålsenlig verksamhet. Friytan bör vara så rymlig att det utan svårighet och risk för omfattande slitage går att ordna varierande terräng- och vegetationsförhållanden. Friytan bör kännetecknas av goda sol- och skuggförhållanden samt god luft- och ljudkvalitet. Friytan bör placeras i direkt anslutning till det byggnadsverk som innehåller förskolelokaler och barnen bör självständigt kunna ta sig mellan byggnadsverket och friytan.

Utöver de allmänna råden har Boverket deltagit i publiceringen av skriften "Gör plats för barn och unga! - En vägledning för planering, utformning och förvaltning av skolans och förskolans utemiljö". I ett avsnitt som avser översiktsplanering nämns att ett rimligt mått på friyta kan vara 30–40 m<sup>2</sup> per barn. Nämnden har i beslutet att avslå sökt bygglov även hänvisat till de egna riktlinjerna för tolkning av PBL:s krav på friyta. Riktlinjerna är tänkta att användas vid detaljplanering och bygglovsgivning. Malmö stads ambition är att det för en mindre förskola med sammanhängande friyta

mindre än 2000 m<sup>2</sup> är lämpligt med en friyta om 30 m<sup>2</sup> per barn i direkt anslutning till lokalerna. I de delar av staden där ambitionen om friytor inte kan uppnås anges att stadens förvaltningar bör arbeta strukturerat med att kompensera ytbristen genom andra medel.

Av utredningen i målet framgår att förskoleverksamheten har tillgång till en gård om 190 m<sup>2</sup> inom fastigheten, med möjlighet att disponera ytterligare 45 m<sup>2</sup> i direkt anslutning till gården. Enligt ingiven verksamhetsbeskrivning kommer antalet barn inom verksamheten att uppgå till maximalt 35. I verksamheten kommer såväl gården som närbelägna parker och grönområden att nyttjas för utomhusvistelse.

Mark- och miljööverdomstolen konstaterar inledningsvis att Boverkets allmänna råd inte är rättsligt bindande. Avseende de måttangivelser om 30 m<sup>2</sup> per barn som finns angivna i ovan nämnda skrift torde den rekommendationen utgå från friliggande förskolor på stora tomter, som sällan är möjliga att uppnå i tätbebyggda områden (se Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 3 april 2023 i mål nr P 7536-21).

Den inom fastigheten tillgängliga friytan är visserligen begränsad. Det måste dock beaktas att förskolan är belägen i de centrala stadsdelarna av en större stad. Den beskrivna verksamheten visar dessutom att det är fråga om en mindre förskola med ett begränsat antal barn inom verksamheten. Cymbalen Förskola AB har också redogjort för sitt individuellt anpassade arbetssätt utifrån läroplanen och egna uppställda mål i syfte att tillgodose barnens behov av friyta och lek. Mark- och miljööverdomstolen anser att friytan, sett till hur den utformats och hur den utnyttjas i kombination med andra närliggande utemiljöer, kan godtas som tillräcklig friyta för en förskola med angivna förutsättningar.

### **Sammanfattning**

Mark- och miljööverdomstolen anser att sökt bygglov är planenligt enligt 9 kap. 32 a § andra stycket PBL och att det saknas skäl att neka bygglov med hänvisning till otillräcklig friyta. Utifrån denna bedömning ska mark- och miljödomstolens dom

upphävas och ärendet återförvisas till nämnden för prövning av övriga förutsättningar för att bevilja sökt bygglov.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga B

Överklagande senast den 2023-10-25

I avgörandet har deltagit fd hovrättsrådet Henrik Löv, hovrättsråden Mikael Hagelroth, referent, och Gösta Ihrfelt samt tekniska rådet Ewa Andrén Holst.

Föredragande har varit Elin Haubitz Man.





VÄXJÖ TINGSRÄTT  
Mark- och miljödomstolen

**DOM**  
2022-11-25  
meddelad i  
Växjö

Mål nr P 181-22

## PARTER

### Klagande

Stadsbyggnadsnämnden i Malmö kommun

### Motpart

Cymbalens Förskola AB

Ombud: advokaterna P.G. och E.H.

## ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Skåne läns beslut 2021-12-21 i ärende nr 403-29343-2021, se bilaga 1

## SAKEN

Bygglov för förskola på fastigheten A, Malmö kommun

---

## DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår yrkandet att inhämta yttrande från Boverket i målet

Mark- och miljödomstolen upphäver Länsstyrelsen i Skåne läns beslut 2021-12-21 i ärende 403-29343-2021 och fastställer Stadsbyggnadsnämndens i Malmö kommun beslut den 24 juni 2021, § 264, att avslå ansökan om bygglov för förskola på fastigheten A Malmö.

---

### BAKGRUND

Stadsbyggnadsnämnden i Malmö kommun beslutade den 29 november 2018, § 440, att avslå ansökan om permanent bygglov för förskola på fastigheten A, Vattenverksvägen 13 i Malmö. Enligt planbestämmelserna är fastigheten avsedd för allmänt ändamål utan närmare precisering. Senaste bygglov är meddelat 2003-05-02. Tillfälligt bygglov beviljades då för ändring av kontor till förskola samt bibehållande av densamma under en tid av 10 år. Tiden för det tillfälliga bygglovet har löpt ut utan att verksamheten har avvecklats. Senaste permanenta bygglov avseende användning av lokalerna meddelades 1984-12-04. Berörda ytor angavs då som lokaler för postverket samt kontor med förråd och pausrum.

Länsstyrelsen i Skåne län (länsstyrelsen) beslutade den 5 februari 2019 att upphäva stadsbyggnadsnämndens beslut och återförvisa ärendet till stadsbyggnadsnämnden för fortsatt handläggning i enlighet med vad som anges i skälen för beslutet. Länsstyrelsens beslut överklagades av stadsbyggnadsnämnden till mark- och miljödomstolen, som i dom den 8 januari 2020 i mål P 796-19 avslog nämndens överklagande.

Stadsbyggnadsnämnden beslutade den 24 juni 2021, § 264, att på nytt avslå ansökan om permanent bygglov för förskola på fastigheten A, Vattenverksvägen 13 i Malmö. Nämndens beslut överklagades av Cymbalens Förskola AB till länsstyrelsen. Länsstyrelsen beslutade den 21 december 2021 att upphäva stadsbyggnadsnämndens beslut och återförvisa ärendet till nämnden för fortsatt handläggning i enlighet med vad som anges i skälen för beslutet.

Länsstyrelsens beslut har överklagats av stadsbyggnadsnämnden till mark- och miljödomstolen.

### YRKANDEN M.M.

**Stadsbyggnadsnämnden** (nämnden) har yrkat att mark- och miljödomstolen ska undanröja länsstyrelsens beslut och fastställer nämndens beslut att avslå ansökan om permanent bygglov för förskola på den aktuella fastigheten.

Nämnden har vidare yrkat att mark- och miljödomstolen ska inhämta yttrande från Boverket i målet.

Som grund för överklagandet har nämnden hänvisat till vad som anförts i mark- och miljödomstolen i mål P 796-19 samt vad som anförts i tjänsteskrivelsen som legat till grund för det nu aktuella beslutet. Därutöver har nämnden anført huvudsakligen följande.

Nämnden har avslagit ansökan på den grunden att kravet på friyta enligt 8 kap. 9-11 §§ PBL inte är uppfyllt. Förutsättningarna att bevilja bygglov föreligger därför inte. Därutöver tillkommer att det finns planmässiga hinder att bevilja ansökan.

Till skillnad från i sina tidigare beslut där länsstyrelsen uttalat att nämnden inte kan avslå en ansökan baserat på att den strider mot de kommunala riktlinjerna om friyta har länsstyrelsen nu gjort ett tydligt ställningstagande att friytan är godtagbar med hänsyn till lagkravet i 8 kap. PBL. Länsstyrelsen tycks mena att detta skulle ha framgått redan av tidigare beslut och har därmed inte noterat att mark- och miljödomstolen i dom i mål P 796-19 med anledning av nämndens överklagande uttryckligen uttalat att *i motsats till vad länsstyrelsen motiverat angett kvarstår prövning av friytan utifrån plan- och bygglagstiftningen alltjämt och ingår i nämndens prövning*. Nämnden har i sin fortsatta handläggning av ärendet och vid tolkning av länsstyrelsens beslut tagit fasta på och utgått från detta mark- och miljödomstolens uttalande.

Att länsstyrelsen i nu överklagat beslut tagit uttrycklig ställning vad gäller de kriterier för bygglov som nämnden ansett inte är uppfyllda innebär att överprövningen i detta mål nu gäller själva sakfrågan om krav på tillräcklig friyta lämplig för lek och utevistelse i anslutning till den aktuella förskolan är uppfyllt genom redovisade 6,7 m<sup>2</sup> per barn, samt om det finns hinder för bygglov med hänsyn till gällande detaljplan.

Länsstyrelsen anser att en friyta vid den aktuella förskolan om endast 6,7 m<sup>2</sup> per barn är tillräckligt för att uppfylla kravet i 8 kap. 9 – 11 §§ PBL, och för att man ska kunna bedriva ändamålsenlig förskoleverksamhet. Stadsbyggnadsnämnden delar inte denna bedömning. Länsstyrelsens uppfattning står i skarp kontrast inte bara till hur stadsbyggnadsnämnden tolkar kravet på friyta enligt 8 kap. 9 – 11 §§ PBL, utan även till hur Boverket tolkat lagkravet genom allmänna råd och vägledning. Länsstyrelsens slutsats bygger på en rad felbedömningar och missuppfattningar.

Det är anmärkningsvärt att länsstyrelsen skriver i sin motivering i denna del att ”friyta kan möjligen utgöra en miljöfråga men inte någon egentlig teknisk bygglovsfråga”, och att frågan om friyta kan ”möjligen beaktas”. Att friyta är en ”bygglovsfråga” följer givetvis redan av att det är ett uttryckligt krav för bygglov för bl.a. förskola enligt PBL.

När länsstyrelsen också refererar till att mark- och miljööverdomstolen anfört att avsaknad av fysisk aktivitet inte ens kan betraktas som en sådan störning som enligt miljöbalken kan anses utgöra en olägenhet för människors hälsa, och att domstolen skulle ha ifrågasatt om det ens kunde vara en relevant miljöfråga och utifrån detta resonemang kommer till slutsatsen att byggnadsnämnden inte kan ställa mer långtgående krav än miljönämnden, visar också detta att länsstyrelsen missförstått syftet med reglerna i PBL och i vilket sammanhang man ska se dessa regler.

Kravet i PBL på friyta bottnar i ett folkhälsoperspektiv och vikten av en god bebyggd miljö, och närmare bestämt att kunna bedriva ändamålsenlig verksamhet, då friytan har betydelse för barns och ungas lek, lärande och hälsa. Kravet på friyta i 8 kap PBL är en precisering av det allmänna intresset i 2 kap. 7 § PBL på lämpliga platser för lek och utevistelse, och ska också ses som en konsekvens av barns rätt till lek enligt Barnkonventionen. Detta folkhälso- och stadsplaneringsperspektiv innebär att reglerna fyller ett helt annat och vidare syfte än att skydda människor från direkta olägenheter för liv och hälsa. Att notera är att mark- och miljööverdomstolen i miljöbalksdomen berör just folkhälsoperspektivet och vikten av friyta för lek och utevistelse ur detta perspektiv då man skriver att det visserligen

är ett angeläget intresse ur folkhälsoperspektiv att främja fysisk aktivitet, men att sådana hälsofrämjande aktiviteter inte är något som regleras i miljöbalken.

Stadsbyggnadsnämnden noterar att länsstyrelsen närmast verkar ifrågasätta att en byggnadsnämnd överhuvudtaget ställer mer än ett symboliskt krav på friyta och att kravet skulle gå att säkerställa genom regler i PBL. Detta på den grund att byggnadsnämnden inte ”äger frågan” om nyttjandet, d.v.s. det exakta antalet förskolebarn. Länsstyrelsen ifrågasätter även att byggnadsnämnden skulle ha kompetens att avgöra vad som är tillräcklig friyta och menar att det snarare är en fråga för förskolenämnden och miljönämnden. Det är högst anmärkningsvärda ställningstaganden då friyta i anslutning till förskola är ett uttryckligt krav enligt PBL för att bygglov ska kunna beviljas. Lagstiftaren har på så sätt gett direktiv åt byggnadsnämnden att säkerställa detta angelägna behov.

Byggnadsnämnden kan givetvis inte detaljstyra hur en verksamhet bedrivs. Detta är inte unikt för förskoleverksamhet utan gäller också annan verksamhet som föregåtts av bygglovsprövning, såsom industriverksamhet, handelsverksamhet etc.

Bygglovsprövningen utgår från hur verksamheten typiskt sett och sannolikt kommer att bedrivas utifrån de givna förutsättningarna, där verksamhetsbeskrivningen utgör en del av underlag för bedömning. Syftet med krav på friyta är att säkerställa grundläggande förutsättningar för ändamålsenlig förskoleverksamhet. Det barnantal som uppges i en verksamhetsbeskrivning för tänkt förskoleverksamhet ger en god bild av ungefärlig friyta per barn, inte minst vid en jämförelse med lokalernas storlek och vad som i övrigt är känt om förutsättningar för att bedriva förskoleverksamhet. Även om man därigenom inte fullt ut kan garantera exakt antal m<sup>2</sup> per barn framgent innebär det att man med de möjligheter man har inom lagens ram så långt möjligt säkerställer friytebehov och att man kan säga nej till etablering av förskolor som saknar grundläggande förutsättningar för ändamålsenlig verksamhet.

Även om man inte kan utesluta att brist på tillräcklig friyta i direkt anslutning på något sätt kan kompenseras, måste en sådan bedömning ske mot bakgrund av mer

objektiva förutsättningar än hur verksamhetsutövaren påstår sig vilja bedriva verksamheten. Utgångspunkten måste vara hur verksamheten typiskt sett kan förväntas bedrivas, utifrån platsgivna förutsättningar. Att i övrigt förlita sig till hur en viss verksamhetsutövare utlovar att driva verksamhet säkerställer inte kravet på friyta i PBL då sådana förutsättningar står utanför byggnadsnämndens kontroll, ens om man skulle betrakta åtgärderna som kompensatoriska.

Stadsbyggnadsnämnden har svårt att se hur länsstyrelsen kan komma fram till att man särskilt ska beakta att det rör sig om en etablerad förskola, med tanke på att det rör sig om olovligt bedriven verksamhet. Varken det faktum att en verksamhet bedrivits med stöd av tidsbegränsat bygglov eller som i detta fall därefter helt utan giltigt tillstånd medför att verksamhetsutövaren har något beaktansvärt enskilt intresse som ska beaktas vid bygglovsprövning. På samma sätt ska det å andra sidan heller inte ligga sökanden till last, att man redan vidtagit åtgärden olovligt. Ansökan ska bedömas på samma sätt oavsett om ansökan inkommer på förhand eller i efterhand. Ett enskilt intresse av att fortsatt kunna bedriva en etablerad verksamhet finns vid till- och ombyggnad av lovligt bedriven verksamhet, men inte då syftet är att legalisera olovlig verksamhet. Beaktande av ett enskilt intresse kan för övrigt aldrig heller innebära att man bortser från ett uttryckligt krav enligt PBL.

Vid bedömningen om kriterierna för bygglov är uppfyllda såsom friyta kan man inte bortse från lagkrav med hänsyn till vad ett byte av förskola innebär för enskilda barn som är inskrivna på förskolan. Ansökan ska prövas mot kravet i PBL och det uttryckliga kravet på tillräcklig friyta. Bygglovsprövning görs mot kraven för bygglov enligt dagens lagstiftning, inte genom en jämförelse med andra etablerade verksamheter som kan ha tillkommit med stöd av andra regler eller av andra skäl inte uppfyller dagens lagstiftning. Allt annat vore främmande för plan- och bygglagstiftningens systematik.

Bedömning av om viss friyta är tillräcklig kan inte utgå från hur enskilda personer upplevt det eller om de (hittills) verkar ha tagit skada av bristen på friyta.

Länsstyrelsen inställning i frågan visar återigen, att man inte förstått att anamma det

folkhälso- och stadsplaneringsperspektiv som ligger bakom kravet på säkerställande av friyta. Att friyta har betydelse och är viktigt för unga personer lek, lärande och utveckling framgår av forskning och slutsatsen ligger bakom inte bara lagkravet som sådant utan även de rekommendationer om storlek på friyta som Boverket gör i sin vägledning.

Länsstyrelsen menar att krav på friyta baserat på 8 kap. 9 - 11 §§ PBL endast kan ställas vid bygglovspliktig ny- eller ombyggnad. Detta är direkt felaktigt eftersom även väsentlig ändrad användning av byggnad utgör ändring av byggnad. Reglerna blir därmed tillämpliga och krav på friyta ska ställas i skäligen omfattning (se 8 kap. 11 § PBL jämfört med definitionen av ändring av byggnad i 1 kap. 4 § PBL). Det vore också högst ologiskt om ändrad användning inte skulle omfattas av krav på friyta.

Länsstyrelsens beslut saknar motivering i fråga om friytan är tillräcklig utifrån de skäl som föranleder lagkravet, nämligen om den är tillräcklig för att barn ska kunna ha möjlighet till ändamålsenlig lek och utevistelse. Länsstyrelsens syn på friyta står i så skarp kontrast till nämndens och även Boverkets uppfattning att den fråga som nu står för mark- och miljödomstolen att pröva inte bara handlar om hur stor en friyta i anslutning till förskola måste vara, utan även innefattar huruvida man kan kräva friyta överhuvudtaget i samband med bygglovsprövning.

Länsstyrelsen tycks mena att Boverkets allmänna råd och vägledning saknar relevans. Länsstyrelsen bortser därmed från gällande allmänna råd och vägledning från den myndighet som bemyndigats att utfärda allmänna råd inom sitt expertområde. Att länsstyrelsens åsikt om behov av friyta skiljer sig så radikalt åt från Boverkets allmänna råd och vägledning gör att det är angeläget att mark- och miljödomstolen inhämtar yttrande från Boverket i målet.

I den tjänsteskrivelse som legat till grund för nämndens beslut den 24 juni 2021, § 264, att neka bygglov har nämnden lämnat en utförlig motivering till varför en friyta om 6,7 m<sup>2</sup> per barn inte är tillräcklig vid ändrad användning av den aktuella

byggnaden till förskola. Nämnden hänvisar till denna bedömning, som har sin grund i lagkravet och dess syfte samt Boverkets allmänna råd och vägledning. Det kan aldrig vara rimligt att godta friyta om endast 6,7 m<sup>2</sup> per barn, då en så liten friyta inte fyller sitt syfte eller ger förutsättningar för en ändamålsenlig verksamhet. Att det finns förutsättningar för ändamålsenlig verksamhet är något som särskilt bör beaktas vid en skälighetsbedömning, enligt Boverkets allmänna råd. I aktuellt fall ska ändrad användning till förskola inte tillåtas då krav på friyta inte är uppfyllt i skäligen utsträckning, vilket utgör hinder för bygglov.

Nämnden anser alltså att bestämmelserna i 9 kap. 32 a § PBL utgör hinder för bygglov. Nämnden delar inte bedömningen att förskola utgör en liten avvikelse från den senaste eller avsedda användningen.

En förutsättning för att bygglov ska kunna beviljas en enskild verksamhetsutövare är enligt 9 kap. 32 a § PBL andra stycket att byggnaden är tänkt att användas för det allmänna ändamål som byggnaden senast använts för eller enligt senast beviljade bygglov anpassats till. Allmänt ändamål kan inrymma helt olika slags verksamheter, vars enda likhet är att de förr drevs av det allmänna. Det som åsyftas i bestämmelsen är det preciserade (allmänna) ändamål att byggnad med stöd av bygglov använts för eller anpassats till. I det aktuella fallet utgör detta postverksamhet. Bestämmelsen som tillkommit i en senare tid syftar till att man fortsatt ska kunna driva och utveckla offentliga verksamheter i privat regi, utan föregående planändring.

Möjlighet att bevilja bygglov för åtgärd enligt tredje stycket samma paragraf syftar enligt stadsbyggnadsnämndens uppfattning på en liten avvikelse från det preciserade allmänna ändamål som avses i andra stycket, dvs i det här fallet postverksamhet. Det syftar alltså inte på liten avvikelse från allmänt ändamål generellt. Förskola utgör inte någon liten avvikelse från postverksamhet då det rör sig om en verksamhet av helt annat slag och med helt annan omgivningspåverkan. Enligt nutida system för detaljplanering ingår dessa båda verksamheter i helt olika planändamål. Utifrån bedömningen att förskola inte utgör en liten avvikelse från det



preciserade ändamålet postverksamhet, är det inte relevant om verksamheten störs av andra verksamheter eller kan störa omgivningen. Med den tolkning stadsbyggnadsnämnden gör av den aktuella bestämmelsen, utgör den hinder för bygglov för förskola i privat regi på platsen.

**Cymbalens Förskola AB** (nedan Bolaget ) har i yttrande bestridit nämndens yrkande och yrkat att länsstyrelsens beslut ska fastställas, d.v.s. att ärendet ska visas åter till nämnden, varvid nämnden i sin handläggning av bygglovsärendet ska vara bunden av mark- och miljödomstolens dom innebärande dels att friytan uppfyller kraven i PBL och därmed inte utgör hinder för beviljandet av bygglov och dels att hinder inte föreligger enligt 9 kap. 32 a § tredjestycket PBL att bevilja bygglov. Bolagets inställning är vidare att länsstyrelsens skäl, såvitt avser frågan om bygglov krävs och såvitt avser den senaste användningen, inte ska fastställas utan ändras i enlighet med det som Bolaget anfört i länsstyrelsen och yttranden i mark- och miljödomstolen.

Nämnden anger att Bolaget har 6,7 m<sup>2</sup> per barn. Enligt Bolaget är uppgiften om kvadratmeter per barn irrelevant i bygglovsskedet eftersom det är förskolenämnden som genom sin tillsyn råder över antalet barn på en förskola och det tillåtliga antalet barn baseras bland annat på tillgänglig friyta. När bygglov finns kommer således förskolenämnden att tillse att det inte finns för många barn i förhållandet till friytan och det sätt på vilket verksamheten bedrivs.

Om ett kvadratmeterantal per barn ska beräknas rådet det därtill oenighet i två avseenden kring hur det ska beräknas. Nämnden förefaller ha baserat sin uträkning på 35 barn och 231 m<sup>2</sup> och tar endast hänsyn till kvadratmetrarna på gården. För det första finns ingen begränsning till 35 barn, utan i tillsynen bedöms barngruppernas storlek i förhållande till bland annat verksamhetens arbetssätt, lokaler och gård. Att räkna på 35 barn är alltså lika irrelevant som att räkna på t.ex. 25 eller 45 barn. Upplyningsvis kan nämnas att förskolan för närvarande har 30 barn.

Med beaktande av att kvadratmeterantalet syftar till att tillgodose verkliga barns faktiska behov av yta är det dock Bolagets uppfattning att kvadratmeterantalet – om det ska ligga till grund för ett beslut som innebär att förskolan ska stängas – i vart fall ska beräknas utifrån de verkliga barnens faktiska användning.

Som framgår av Bolagets kompletterande överklagande daterat den 7 oktober 2021 används gården på ett sätt som ger 27,8 – 69,8 kvadratmeter per barn när barnen faktiskt nyttjar gården.

Att räkna kvadratmeter per person utomhus baserat på antalet barn utomhus och inomhus, eller ännu värre antalet barn på ett papper, är ett meningslöst tankesätt som endast är relevant i teorin. Det saknas verklig praktisk betydelse för barnen och all koppling till barnens bästa, vilket ska beaktas i beslutet.

För det andra gäller enligt såväl lagen som enligt praxis att även parker och andra naturområden ska räknas in i friytan.

Domen från MÖD (Mark- och miljööverdomstolens dom den 20 juni 2018 i mål M 1926-17) är av relevans eftersom kraven i miljöbalken och kravet på friyta i PBL i grunden har samma syfte – att se till att barn kan vara ute och leka eftersom det är viktigt för deras hälsa och välmående. Det rimliga är att PBL och MB närmar sig varandra i såväl utformning som tillämpning, i stället för att det blir som för Bolaget – att tre nämnder i Malmö stad granskar samma förskolegård men har olika uppfattningar.

Det är inte rimligt att det antal barn som anges i verksamhetsbeskrivningen ska vara avgörande för frågan om bygglov. Som angetts i överklagandet av nämndens beslut till länsstyrelsen skulle en förskola i Bolagets ställe i så fall kunna lämna in en verksamhetsbeskrivning med 8 barn, få sitt bygglov och sedan – helt i enlighet med beviljat bygglov och föreskolnämndens nu gällande uppfattning – utöka förskolan till 35 barn. Exemplet visar med all tydlighet att frågan om friyta i PBL inte handlar om kvadratmeter per barn, varken exakt eller ungefär.

När det gäller ”grundläggande förutsättningar för ändamålsenlig verksamhet” har Bolaget det. Förhållandet är uppenbart eftersom förskolenämnden aldrig skulle ha godkänt verksamheten annars. Förskolenämnden, som utövar regelbunden tillsyn över verksamheten, har god kännedom om Bolagets gård i sig samt i förhållande till antalet barn och det sätt på vilket förskoleverksamheten bedrivs.

När det gäller hur ”verksamheten typiskt sett kan förväntas bedrivas, utifrån platsgivna förutsättningar” är inte förväntningarna på bedrivandet relevanta, utan de platsgivna förutsättningarna. D.v.s. det handlar inte om att ”gissa” hur en förskoleverksamhet ska bedrivas, utan att kunna konstatera att det finns förutsättningar att bedriva den verksamhet för vilken bygglov söks. I aktuellt fall finns en mindre gård och ett stort utbud av närliggande parker, som är möjligt att nyttja för en sådan mindre förskola som ryms i de aktuella lokalerna. Därmed finns ändamålsenliga förutsättningar. Därtill har Bolaget genom beskrivningen av sin verksamhet visat hur en förskoleverksamhet kan bedrivas på ett välfungerande sätt utifrån de platsgivna förutsättningarna. Hur en förskoleverksamhet faktisk bedrivs utifrån de platsgivna förutsättningarna är sedan en fråga för förskolenämnden. Skulle verksamheten bedrivas på ett sätt som innebär att förskolenämnden anser att barnen inte ges tillräcklig utevistelse kommer förskolenämnden genom sin tillsyn säkerställa att barnen får sina behov tillgodosedda, något som gäller för alla förskolor oavsett hur stor deras friyta är enligt PBL.

Att hänsyn ska tas till att förskolan redan är etablerad framgår av 8 kap. 10 – 11 §§ PBL enligt vilken kravet på friyta ska tillämpas i skälig utsträckning när tomten redan är bebyggd. Därtill har verksamheten bedrivits i 30 år, hela tiden med tillstånd från förskolenämnden och merparten av tiden med tillfälligt bygglov, och det går inte att bortse från omständigheten att en välfungerande förskoleverksamhet bedrivits under lång tid, sett till såväl reglerna i PBL som MB och specifika regler för förskolor.

När det gäller enskilda intressen ska de – oaktat vad Stadsbyggnadsnämnden tycker – beaktas vid nu aktuell prövning, vilket följer av 2 kap. 1 § PBL och den

proportionalitetsprincip som följer av Europadomstolens praxis avseende Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna.

Nämnden skriver att det aldrig kan bortses från ett uttryckligt krav enligt PBL-förhållandet är lika uppenbart som att lagkrav inte frångås genom att överinstanser kommer till en annan slutsats gällande friyta än den som nämnden kommit till.

Nämndens upplysning – att lagkrav inte får frångås – ger dock anledning att anta att nämnden inte reflekterat över tre i sammanhanget väsentliga saker, dels att det inte är uttryckligt i lagen vad som är tillräckligt stor friyta, dels att det inte är uttryckligt i lagen vilken yta som ska tillgodoräknas Bolaget i fråga om friyta och dels att det inte i lagen är uttryckligt hur kravet på friyta ska tillämpas i skälig utsträckning.

Det handlar alltså inte om att åsidosätta lagkrav, utan att göra en korrekt tillämpning utifrån det som anges i lagen, d.v.s. kravet på tillräcklig friyta, vilket ska tillämpas i den utsträckning som är skäligt.

Nämnden missar återigen i sitt resonemang att kravet gäller i skälig utsträckning. En bygglovsprövning vilken inte tar adekvat hänsyn till det uttryckliga kravet i 8 kap. 10 – 11 §§ PBL på tillämpning i skälig utsträckning är oförenlig plan- och bygglagstiftningens systematik.

Huruvida enskilda barn får tillgång till större friyta eller inte har bland annat betydelse i intresseavvägningen och frågan om proportionalitet samt i fråga om bedömningen som gäller skälig utsträckning. När så många som var sjätte förskola i Malmö har ungefär samma förutsättningar som Bolaget är det inte skäligt att tillämpa kravet på friyta på ett sådant sätt att Bolaget måste stänga. Att det är oskäligt framgår av förhållandet att enskilda barn – de som går på Bolaget idag och de som skulle ha gått på Bolaget i framtiden – i stället kan placeras på en av Malmö stads förskolor som har mindre gård eller till och med helt saknar gård, men ett permanent bygglov. En tillämpning som ger ett sådant resultat är endast en teoretisk pappersprodukt som saknar koppling till och betydelse för den verklighet som finns

utanför nämndens mötesrum och tjänstemännens arbetsrum. Framför allt saknar ett sådant beslut koppling till konkreta barn och bidrar inte heller till att barn, enskilt eller generellt, får mer lek och rörelse, vilket är det nämnden försöket påskina att det skulle göra.

Att Malmö stad vid nyetableringar tillser att förskolegårdarna är stora och/eller belägna i närheten av parker och grönområden är en annan sak än tillämpning av kravet på friyta i skälig utsträckning i PBL.

Nämnden anser att frågan i målet handlar om det går att ställa krav på friyta överhuvudtaget i samband med bygglovsprövning. Det är onödigt att ställa den frågan eftersom svaret framgår av lagen: på tomten eller i närheten av den ska finnas tillräckligt stor friyta som är lämplig för lek och utevistelse och att det kravet ska tillämpas i skälig utsträckning på redan bebyggda tomter.

När det gäller allmänna råd från myndigheter anger de ett sätt som innebär att lagens krav uppfylls. De utesluter inte att andra sätt är förenliga med lagen. Dessutom har Boverket inte angett någon siffra avseende kvadratmeter per barn som ska gälla för befintliga förskolor.

Mark- och miljööverdomstolen har i domen 2021:13 tillämpat bestämmelsen i 9 kap. 32 a § PBL, vilken är av relevans i aktuellt mål. Enligt domen avgörs ändamålet utifrån verksamheten i sig, inte vilken huvudman som bedriver verksamheten. I likhet med det avgörandet är således förskoleverksamhet en verksamhet som har ett allmänt ändamål, även om den bedrivs av en enskild huvudman.

Inte heller i gällande plan i aktuellt fall är det allmänna ändamålet inte närmare angivet. Stadsplanen är äldre och bygglov kan därför ges trots 9 kap. 32 a § PBL.

I domen ställer MÖD sig därefter frågan om fastigheten ska användas för det allmänna ändamål som den senast använts för, eftersom det är en förutsättning för

bygglov enligt andra stycket om sökanden inte är ett offentligt organ. Det som är särskilt intressant är vilken användning MÖD tar utgångspunkt i. MÖD resonerar kring faktisk användning, inte om beviljade bygglov. Den senaste markanvändningen är idrottshall, uppställningsplats för tillfälliga skolbaracker och dessförinnan bollplan. Markområdet användes också för parkering i viss uträkning. MÖD konstatera att de åtgärder som avses med ansökan om bygglov går ”utöver de allmänna ändamål i form av skolbaracker och bollplan som marken senast använts för” samt att ”markparkering som i någon utsträckning skett på fastigheten tidigare (inte) heller kan anses motsvara en markanvändning i form av ett parkeringshus”. Av mark- och miljööverdomstolens dom framgår att i vart fall de tillfälliga skolbarackerna endast hade tidsbegränsat bygglov.

I aktuellt fall är den senaste faktiska användningen exakt samma förskoleverksamhet som framgent ska bedrivas. I enlighet med MÖD 2021:13 ska bygglov därför beviljas enligt 9 kap. 32 a § andra stycket PBL. I sammanhanget ska framhållas att det på sid 197 i prop. 2013/14:126 anges att det bör ”vara en skyldighet för byggnadsnämnden att ge bygglov för en enskild huvudman för en åtgärd som överensstämmer med pågående markanvändning, även om användningen inte är preciserad i planen”.

I avgörandet fortsätter MÖD prövningen med frågan om åtgärderna utgör en liten avvikelse från den senaste markanvändningen och konstaterar att en samlad bedömning ska göras av vad som kan godtas på platsen. Det MÖD provar i denna del är omgivningspåverkan i förhållande till bollplanen, skolbarackerna och befintlig idrottshall, d.v.s. den faktiska användningen, återigen utan att konstatera om bygglov finns.

I aktuellt fall har förskolan bedrivit på platsen i 30 år. Därtill har verksamheten bedrivits utan att det påverkat omgivningen på ett negativt sätt. Verksamheten har inte betydande miljöpåverkan och begränsar inte heller någons rättighet eller pågående verksamhet i omgivningen.

Det kan tillägas att det är ostridigt att det inte är möjligt att anordna mer friyta i direkt anslutning till förskolan, med hänvisning till kostnaderna och tomtens särskilda egenskaper.

**Nämnden** har i bemötande av Bolagets yttrande anfört huvudsakligen följande. Nämnden är liksom Bolaget angelägna om att frågan om friyta prövas i sak. Det är också av principiell vikt att tolkningen av bestämmelserna i 9 kap. 9 – 11 §§ PBL, att friyta prövas i sak av mark- och miljödomstolen.

Nämnden anser att friytan på fastigheten A inte är tillräckligt stor för att uppfylla kravet i 8 kap. 9 – 11 §§ PBL. Friytan på fastigheten är endast 6,71 m<sup>2</sup>/barn. Det råder oenighet kring beräkningen av exakt mått på friytan, bland annat beroende på hur många barn man räknar med.

Malmö stad och flera andra kommuner har tagit fram riktlinjer med rekommenderade mått för friyta vid skolor och förskolor. Enligt gällande riktlinjer rekommenderar Malmö stad 30 m<sup>2</sup>/barn i förskola. Även om riktlinjer inte är bindande, saknar de inte betydelse i bedömningen av om friytan i varje enskilt fall är tillräcklig. I detta fall är friytan så liten att det motsvarar mindre än en fjärdedel av rekommenderad yta. Jämfört med måttet på lämplig friyta vid en förskola som Boverket rekommenderar i sin vägledning – 40 m<sup>2</sup>/barn – motsvarar friytan på fastigheten A mindre än en femtedel. Om jämförelsen görs med en verksamhet med 20 barn skulle aktuell friyta ändå bara utgöra 11,55 m<sup>2</sup>/barn, vilket också bara är en bråkdel av rekommendationerna. Nämnden anser inte att det är relevant att jämföra med en förskoleverksamhet med 8 barn som Bolaget argumenterar utifrån. Det måste göras en generell bedömning eftersom verksamhetsutövare kan bytas ut. Aktuell friyta understiger ansenligt vägledning och riktlinjer, därför bedömer nämnden att den inte kan anses tillräckligt stor.

Nämnden gör därtill bedömningen att de andra kvaliteterna på platsen och övriga omständigheter som Bolaget anfört inte heller är tillräckliga för att tillgodose kravet på tillräcklig friyta enligt PBL. Ytor i mer eller mindre nära anslutning till

fastigheten kan till viss del kompensera för mindre friyta på fastigheten men är inte ensamt tillräckligt för att tillgodose barns rätt till lek och utevistelse. Syftet med att friyta ska placeras i direkt anslutning till förskolebyggnaden är att barn självständigt ska kunna ta sig mellan byggnaden och friytan. Därför kan inte yta i närområdet helt och hållet kompensera för friyta i direkt anslutning till byggnaden. Friytan på fastigheten sammantaget med andra ytor i området är enligt nämnden därför inte heller tillräckligt för att uppfylla kraven på tillräckligt stor friyta för lek och utevistelse som i skälig utsträckning bedöms uppfylla kraven för ändamålsenlig verksamhet på fastigheten. Hur verksamhetsutövaren har anpassat utevistelsen för barnen och fördelat tid mellan barngrupper på den begränsade friytan, kan enligt nämnden inte tillmätas betydelse i den framåtsyftande bedömningen om bygglov för förskola och behovet av friyta. Som framgått i tidigare prövningar i ärendet kan inte den pågående olovliga verksamheten utgöra skäl att undanta fastigheten från kraven i PBL. Nämnden har i den sammantagna bedömningen tagit hänsyn till att bygglovet rör etablering av förskola i befintlig bebyggelse. Sammantaget finns det därför skäl att avslå ansökan om bygglov på denna grund.

Det är avgörande för bedömningen i aktuellt mål att förhålla sig till mark- och miljödomstolens tidigare avgörande i mål P 796-19 den 8 januari 2020.

Mark- och miljödomstolen har i domen konstaterat att det inte finns skäl att undanta förskoleverksamheten från prövningen enligt plan- och bygglagstiftningens tillämpliga krav på grund av omständigheten att verksamheten bedrivits under lång tid utan giltigt lov eller under en period med stöd av tidsbegränsat lov. Mark- och miljödomstolen konstaterade också att förskolans friyta tidigare endast prövats slutligt enligt miljöbalken, vilket inte betyder att frågan är avgjord enligt plan- och bygglagstiftningen.

I det överklagade beslutet återkommer länsstyrelsen i skälen till sitt beslut till omständigheterna att det är en pågående verksamhet och att frågan om friyta redan prövats enligt annan lagstiftning. Länsstyrelsen har i sitt beslut inte tagit hänsyn till överinstansens avgörande. Bolagets förskola lägger också stor vikt vid den pågående, olovliga verksamheten i sitt yttrande. Invändningen från Bolaget att



frågan om friyta inte ska vara del i bygglovsprövningen eftersom frågan om barns utemiljö även ingår i prövningar enligt annan lagstiftning saknar grund. Enligt mark- och miljödomstolens tidigare avgörande är det också tydligt att det inte är relevant i detta mål att förskolans verksamhet har pågått utan giltigt lov eller att friytan bedömts utifrån annan lagstiftning. Både länsstyrelsen och Bolaget argumenterar i strid mot mark- och miljödomstolens avgörande.

Frågan i målet gäller ansökan om bygglov för förskola. Det är inte som Bolaget hävdar frågan om att stänga en förskoleverksamhet, utan att pröva förutsättningar att ge bygglov oaktat att en verksamhet bedrivits på fastigheten under lång tid utan giltigt lov.

Förskola är inte en planenlig användning av fastigheten. Nämnden anser att förskola inte utgör en mindre avvikelse från den senaste eller avsedda användningen eller från användningen postverksamhet. Nämndens bedömning är därför att det även av denna anledning föreligger hinder för att bevilja bygglov.

**Bolaget** har i yttrande anfört huvudsakligen följande.

Nämnden anger att Malmö stads riktlinjer inte saknar betydelse vid prövningen. Det saknas förklaring till varför riktlinjerna ska ha betydelse och uppgift om vilken betydelse riktlinjerna ska ha. Därtill saknas grundläggande uppgifter om vilka riktlinjer som avses och uppgift om när och hur de har beslutats.

Mot bakgrund av att nämnden sedan prövningen inleddes år 2018 återkommande har argumenterat kring ”riktlinjerna” kan det antas att nämnden i aktuell prövning menar samma riktlinjer som nämnden hänvisat till i tidigare ärenden, d.v.s. Friytor vid förskolor och skolor, ”Riktlinjerna”. Bolaget vidhåller sin inställning till Riktlinjerna såsom den angetts i tidigare prövningar, d.v.s. att Malmö stads Riktlinjer är utformade och tillämpas på ett sätt som står i strid med normgivningsmakten i regeringsformen och att de därför saknar alla betydelse i aktuell prövning.

Att Riktlinjerna står i strid med regeringsformen beror på att det endast är Boverket som har föreskriftsrätt. Någon föreskriftsrätt för Malmö stad föreligger inte i detta avseende och förhållandet förändras inte för att fler kommuner tar fram "riktlinjer". Även om dokumentets innehåll kallas för "riktlinjer" är det av innehållet uppenbart att det inte är fråga om riktlinjer i ordets rätta bemärkelse, vilket framgår på flera ställen i dokumentet.

Genom Malmö stads Riktlinjer och tillämpning av desamma överträder Malmö stad regeringsformens bestämmelser om normgivning, eftersom Malmö stad saknar bemyndigande för att upprätta aktuell typ av bestämmelser. Riktlinjerna, som saknar allt stöd i 8 kap. RF kan varken vara utformade eller tillämpas på det sätt som Malmö stad gör. Det åligger i stället kommunen att i egenskap av beslutsfattare i bygglovsärendet tillämpa PBL och med stöd av PBL meddelade föreskrifter och utifrån dessa göra en allsidig bedömning i det enskilda ärendet, varvid samtliga omständigheter ska beaktas.

När det gäller riktlinjer, i ordets rätta bemärkelse, är det naturligtvis möjligt att ha sådana för att förenkla prövningen, genom att objekt som uppfyller riktlinjerna mer eller mindre automatiskt ges bygglov. I fråga om objekt som avviker från riktlinjerna måste dock alltid göras en prövning i det enskilda fallet, med utgångspunkt i gällande rätt, d.v.s. i huvudsak PBL och Boverkets allmänna råd. Att strikt tillämpa riktlinjerna på befintliga verksamheter är därtill orimligt.

### **DOMSKÄL**

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsstyrelsens beslut.

*Ska yttrande i målet inhämtas från Boverket?*

Nämnden har yrkat att mark- och miljödomstolen ska inhämta yttrande i målet från Boverket. Enligt mark- och miljödomstolen utgör utredningarna i målet tillräckligt underlag för att avgöra målet. Nämndens yrkande ska därför avslås.

*Krävs bygglov för åtgärden?*

Fastigheten A i Malmö omfattas av en stadsplan från år 1959. Stadsplanen gäller som en detaljplan som antagits enligt den äldre plan- och bygglagen (1987:10), ÄPBL, se 17 kap. 4 § första stycket ÄPBL och punkt 5 i övergångsbestämmelserna till plan- och bygglagen (2010:900), PBL.

Enligt stadsplanen ska marken användas för allmänt ändamål (A), utan att ändamålet närmare är angivet i planhandlingarna.

Målet gäller ansökan från Cymbalens Förskola AB om permanent bygglov för att bedriva förskola på fastigheten. Mark- och miljödomstolen konstaterar inledningsvis att det inte finns något giltigt bygglov att bedriva förskoleverksamhet på fastigheten A i Malmö. Sedan ett tidsbegränsat bygglov för förskola från maj 2003 löpte ut i maj 2013 har verksamheten bedrivits utan giltigt bygglov. Det senast beviljade permanenta bygglovet på fastigheten meddelades i december 1984 och avsåg lokaler för postverket samt kontor med förråd.

Mark- och miljödomstolen delar underinstansernas bedömning att det krävs bygglov för att förskoleverksamhet ska kunna bedrivas på fastigheten.

*Överensstämmer den sökta åtgärden med detaljplanen för fastigheten?*

Mark- och miljödomstolen har vid tidigare prövning av samma verksamhet på fastigheten kommit fram till att ordföljden ”senast har använts för eller enligt senast beviljade bygglov har anpassats till utan att den avsedda användningen kommit till stånd” i 9 kap. 2 § första stycket p. 3 respektive 9 kap. 32 a § PBL ska tolkas som att det som byggnaden senast har använts för *i enlighet med senast beviljat permanent bygglov*, (Mark- och miljödomstolens vid Växjö tingsrätt dom 2020-01-08 i mål P 796-19).

Såväl nämnden som länsstyrelsen har i nu aktuellt ärende tolkat bestämmelsen i 9 kap 32 a § PBL på samma sätt. Mark- och miljödomstolen finner inte skäl att göra någon annan tolkning av bestämmelsen. Eftersom det sökta bygglovet gäller

förskoleverksamhet som startats och bedrivs i enskild regi utan tidigare motsvarande permanent bygglov är den sökta åtgärden planstridig.

*Är åtgärden en liten avvikelse från det senast beviljade permanenta bygglovet?*

Enligt 9 kap. 32 a § tredje stycket PBL får trots att åtgärden är planstridig, bygglov ges för en åtgärd som innebär en liten avvikelse från den senaste eller avsedda användningen av fastigheten. Enligt förarbetena till bestämmelsen ska därvid göras en samlad bedömning av vad som kan godtas på platsen (se prop. 2013/14:126 s. 197 f.)

Det senaste permanenta bygglovet avsåg Postverkets verksamhet. Nämnden har gjort bedömningen att förskola inte utgör någon liten avvikelse från postverksamhet då det rör sig om en verksamhet av helt annat slag och med helt annan omgivningspåverkan. Nämnden har vidare framhållit att enligt nutida system för detaljplanering ingår dessa båda verksamheter i helt olika planändamål.

Länsstyrelsen har däremot gjort bedömningen att den sökta åtgärden att bedriva förskola på fastigheten kan bedömas som en liten avvikelse från det allmänna ändamål som fastigheten senast har använts för. Enligt länsstyrelsen utgör bestämmelsen i 9 kap 32 a § PBL därför inte hinder mot att lämna sökanden bygglov för att bedriva förskola på den aktuella fastigheten.

Att använda de aktuella lokalerna i fastigheten för förskoleverksamhet med ca 30 barn innebär enligt mark- och miljödomstolen en annan påverkan på omgivningen än om lokalerna används för Postverkets verksamhet. Mark- och miljödomstolen delar därför nämndens bedömning att åtgärden som avses med ansökan om bygglov inte är att betrakta som en liten avvikelse från den senaste användningen av fastigheten enligt senast beviljat permanent bygglov. Det finns därför redan av det skälet grund för att avslå bolagets ansökan om bygglov.

*Uppfylls kravet på tillräcklig friyta enligt 8 kap. 9 – 11 §§ PBL?*

Nämnden har som grund för att avslå bolagets ansökan även angivit att åtgärden inte uppfyller kravet på friyta enligt 8 kap. 9 – 11 §§ PBL. Länsstyrelsen har däremot bedömt att förskolans gård är tillräcklig för förskolans ändamål och att den, särskilt givet att förskolan arbetar med mindre barngrupper är fullt godtagbar i sig. Enligt länsstyrelsen saknas det därför grund för att avslå bolagets ansökan med hänvisning till att kravet på tillräcklig friyta inte är uppfyllt.

Enligt Boverkets allmänna råd (2015:1) till 8 kap. 9 § andra stycket PBL om friyta för lek och utevistelse vid fritidshem, förskolor, skolor eller liknande verksamhet bör det vid placering och anordnande av friytor för lek och utevistelse vid fritidshem, förskolor, skolor eller liknande verksamhet på obebyggd tom särskilt beaktas friytans storlek, utformning, tillgänglighet, säkerhet och förutsättningarna att bedriva ändamålsenlig verksamhet. Med ändamålsenlig verksamhet avses i dessa allmänna råd att friytan kan användas till lek, rekreation samt fysisk och pedagogisk aktivitet för den verksamhet som friytan är avsedd för. Friytan bör vara så rymlig att det utan svårighet eller risk för omfattande slitage går att ordna varierande terräng- och vegetationsförhållanden. Friytan bör kännetecknas av goda sol- och skuggförhållanden, god luftkvalitet samt god ljudkvalitet.

För placering och anordnande av friyta på bebyggd tomt bör det allmänna rådet till 8 kap. 9 § PBL andra stycket tillämpas i skälig utsträckning. Vid skälighetsbedömningen bör särskilt beaktas förutsättningarna för ändamålsenlig verksamhet på friytan och att friytan är placerad så att barnen och eleverna självständigt kan ta sig mellan byggnadsverket som innehåller lokaler för förskola, förskoleklass, skola, fritidshem eller liknanden verksamhet och friytan.

Boverket har vidare i vägledning 2015 ”Gör plats för barn och unga! En vägledning för planering, utformning och förvaltning av skolan och förskolans utemiljö” angett att ett rimligt mått utifrån antalet barn kan vara 40 m<sup>2</sup> friyta per barn i förskolan och 30 m<sup>2</sup> friyta per barn i grundskolan. Av vägledningen framgår vidare att

forskning visar att den totala storleken på friytan helst bör överstiga 3 000 m<sup>2</sup>. På en gård som är mindre, oavsett antal barn, kan en barngrupp få svårt att utveckla lek och socialt samspel på ett sätt som tillgodoser deras behov, (sid 54).

Som stöd för sina bedömningar i enskilda plan- eller bygglovsärenden av kravet enligt PBL på tillräcklig friyta har många kommuner antagit egna riktlinjer. Sådana riktlinjer är inte bindande men kan vara ett stöd vid handläggning av detaljplaner, bygglov och i tillsynsärenden.

Stadsbyggnadsnämnden i Malmö kommun har antagit riktlinjer för friytor vid förskolor och skolor, antagna av nämnden 2016-08-26, reviderade 2021-12-16. Av riktlinjerna framgår att Malmö stads ambition är 30 m<sup>2</sup> friyta per barn med en sammanhängande friyta på minst 2 000 m<sup>2</sup> belägen inom fastigheten med direkt anslutning till förskoleverksamhetens lokaler. Om förskolan ligger intill – eller på kort promenadavstånd till – en lättillgänglig allmän grönyta, gäller kravet om minst 25 m<sup>2</sup>/barn. Grönytans läge och innehåll och storlek ska vara lämplig som kompletterande lekmiljö.

Av handlingarna i målet framgår att Bolaget inom fastigheten har tillgång till en gård om 190 m<sup>2</sup> samt att de har möjlighet att disponera ytterligare 45 m<sup>2</sup> i direkt anslutning till gården. Av fotografier på gården framgår att den huvudsakligen består av hårdgjord yta. På gården finns en del fasta föremål som begränsar ytan för barnen att springa runt och leka fritt.

Av Bolagets redovisning av verksamheten framgår att de som komplement till den begränsade egna gården dagligen nyttjar en allmän park som ligger ca 100 meter från förskolan. Det finns enligt Bolaget även andra närliggande parker som används av förskolan för barnens utevistelse.

#### *Mark- och miljödomstolens bedömning*

För att permanent bygglov ska kunna meddelas för den sökta åtgärden krävs att kravet på tillräcklig friyta enligt 8 kap. 9 – 11 §§ PBL är uppfyllt.

Enligt Bolagets beskrivning av verksamheten har de 30 barn inskrivna i åldern 1 – 5 år. Den tillgängliga friytan i direkt anslutning till förskolan är mycket begränsad och långt ifrån de ytmässiga rekommendationer som finns i såväl Boverkets allmänna råd som Stadsbyggnadsnämndens riktlinjer. Även om antalet barn som samtidigt vistas ute på gården är begränsat så finns det knappast något utrymme alls för barnen att springa omkring och leka fritt på gården. Att det i närområdet till förskolan finns allmänna parker som kan nyttjas för barnens utevistelse kan till viss del kompensera bristen på friyta i direkt anslutning till förskolan. Detta kan dock enligt mark- och miljödomstolen inte helt ersätta kravet på tillräcklig friyta. Mark- och miljödomstolen delar därför nämndens bedömning att kravet på tillräcklig friyta enligt 8 kap. 9 – 11 §§ PBL i detta fall inte är uppfyllt. Det saknas därför förutsättning att lämna permanent bygglov för att bedriva förskola på fastigheten.

#### *Sammanfattning*

Mark- och miljödomstolen finner sammanfattningsvis att den sökta åtgärden strider mot detaljplanen för fastigheten. Enligt domstolen innebär den sökta åtgärden inte heller en liten avvikelse från den senaste användningen av fastigheten enligt de senast beviljade permanenta bygglovet. Mark- och miljödomstolen gör vidare bedömningen att kravet på tillräcklig friyta enligt 8 kap. 9 – 11 §§ PBL inte är uppfyllt. Mark- och miljödomstolen delar därför stadsbyggnadsnämndens bedömning att det saknas förutsättningar att lämna permanent bygglov för att bedriva förskoleverksamhet på fastigheten A i Malmö enligt ansökan. Länsstyrelsens beslut ska därför upphävas och stadsbyggnadsnämndens beslut om avslag på ansökan om bygglov fastställas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 2 (MMD-02)

Överklagande senast den 16 december 2022.

Bengt Johansson

Lars Fransson

---

I domstolens avgörande har deltagit f.d. rådmannen Bengt Johansson, ordförande, och tekniska rådet Lars Fransson.



## Hur man överklagar

MMD-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

### Så här gör du

1. Skriv mark- och miljödomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Mark- och miljööverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn samt aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till mark- och miljödomstolen. Du hittar adressen i domen.

### Vad händer sedan?

Mark- och miljödomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar mark- och miljödomstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Mark- och miljööverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även Mark- och miljööverdomstolen skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i Mark- och miljööverdomstolen

När överklagandet kommer in till Mark- och miljööverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Mark- och miljööverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att mark- och miljödomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om mark- och miljödomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

### Vill du veta mer?

Ta kontakt med mark- och miljödomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).





## Hur man överklagar Mark- och miljööverdomstolens avgörande

---

Den som vill överklaga Mark- och miljööverdomstolens avgörande ska göra det genom att skriva till Högsta domstolen. Överklagandet ska dock skickas eller lämnas till Mark- och miljööverdomstolen.

### Senaste tid för att överklaga

Överklagandet ska ha kommit in till Mark- och miljööverdomstolen senast den dag som anges i slutet av Mark- och miljööverdomstolens avgörande.

Beslut om häktning, restriktioner enligt 24 kap. 5 a § rättegångsbalken eller reseförbud får överklagas utan tidsbegränsning.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar Mark- och miljööverdomstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta domstolen.

### Prövningstillstånd i Högsta domstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta domstolen ska pröva ett överklagande. Högsta domstolen får meddela prövningsstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen eller om
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning, att domvilla förekommit eller att målets utgång i Mark- och

miljööverdomstolen uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

### Överklagandets innehåll

Överklagandet ska innehålla uppgifter om

1. klagandens namn, adress och telefonnummer,
2. det avgörande som överklagas (domstolens namn och avdelning samt dag för avgörandet och målnummer),
3. den ändring i avgörandet som klaganden begär,
4. de skäl som klaganden vill ange för att avgörandet ska ändras,
5. de skäl som klaganden vill ange för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som klaganden åberopar och vad som ska bevisas med varje bevis.

### Förenklad delgivning

Om målet överklagas kan Högsta domstolen använda förenklad delgivning vid utskick av handlingar i målet, under förutsättning att mottagaren där eller i någon tidigare instans har fått information om sådan delgivning.

### Mer information

För information om rättegången i Högsta domstolen, se [www.hogstodomstolen.se](http://www.hogstodomstolen.se)