



G.-Nr. R4.2021.00180
BRGE IV Nr. 0035/2022

Entscheid vom 3. März 2022

Mitwirkende Abteilungspräsident Reto Philipp, Baurichter Urs Hany, Baurichter Andreas
Madianos, Gerichtsschreiber Paul Wegmann

in Sachen **Rekurrentin**
X AG, [...]
vertreten durch [...]

gegen **Rekursgegnerin**
Abteilung Hochbau der Gemeinde Y, [...]

betreffend Verfügung der Abteilung Hochbau vom 5. Oktober 2021; Baubewilligung für
Mobilfunk-Antennenanlage und Technikabine, Aktivierung Standortdaten-
blatt mit Korrekturfaktoren <1, [...]

hat sich ergeben:

A.

Mit Verfügung vom 5. Oktober 2021 teilte die Abteilung Hochbau der Gemeinde Y der X AG mit, seitens der Baudirektion Kanton Zürich sei sie darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass bei der Mobilfunk-Antennenanlage auf dem Gebäude an der M.-Strasse 6b in Z (Y) (Grundstück Kat.-Nr. 1) ohne Einholung der erforderlichen Baubewilligung das Standortdatenblatt mit Korrekturfaktoren <1 aktiviert worden sei, und forderte die X AG auf, umgehend den bewilligungskonformen Zustand herzustellen. Zugleich wies die Vorinstanz darauf hin, die Aktivierung von Standortdatenblättern mit Korrekturfaktoren <1 dürfe erst umgesetzt werden, wenn eine rechtskräftige Baubewilligung vorliege. Einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

B.

Mit Eingabe vom 11. Oktober 2021 erhob die X AG fristgerecht Rekurs an das Baurekursgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie in prozessualer Hinsicht die superprovisorische und alsdann vorsorgliche Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST, zulasten der Rekursgegnerin.

C.

Mit Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2021 wurde vom Rekurseingang Vormerk genommen und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet. Zugleich wurde der Antrag der Rekurrentin auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und der Vorinstanz Frist angesetzt, um zur Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen.

D.

Mit Eingabe vom 19. Oktober 2021 teilte die Vorinstanz mit, am Entzug der aufschiebenden Wirkung werde aus kommunaler Sicht nicht weiter festgehalten. Zugleich beantragte sie die einstweilige Sistierung des Rekursverfahrens. Mit Präsidialverfügung vom 26. Oktober 2021 wurde die aufschiebende Wirkung des Rekurses wiederhergestellt und die Rekurrentin eingeladen, zum Sistierungsbegehren Stellung zu nehmen. Nachdem innert Frist keine Stellungnahme eingereicht worden war, wurde der Antrag auf Sistierung des Rekursverfahrens mit Präsidialverfügung vom 10. November 2021 abgewiesen.

E.

Mit Vernehmlassung vom 12. November 2021 beantragte die Vorinstanz, der Rekurs sei abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei, unter Kostenfolge zu lasten der Rekurrentin.

F.

Mit Replik vom 6. Dezember 2021 und Duplik vom 10. Januar 2022 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Die Rekurrentin hat mit Eingabe vom 18. Januar 2022 tripliziert.

G.

Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit zur Entscheidbegründung erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Es kommt in Betracht:

1.

Die Rekurrentin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung ohne Weiteres im Sinne von § 338a des Planungs- und Baugesetzes (PBG) sowie

§ 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) zur Rekuserhebung legitimiert. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die angefochtene Verfügung mit der Rekurrentin als Zwischenentscheid qualifiziert würde (vgl. zur Auslegung des Anfechtungsobjekts näher E. 4.2), da insoweit – aufgrund der zumindest für die Dauer eines allfälligen Bewilligungsverfahrens zu unterlassenden Anwendung des Korrekturfaktors – jedenfalls von einem zur Anfechtung berechtigenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von § 19a Abs. 2 VRG in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) auszugehen wäre.

2.

Das Grundstück, auf dem sich die streitbetroffene Mobilfunk-Antennenanlage befindet, liegt in der Gewerbezone G gemäss BZO der Gemeinde Y. Mit Beschluss vom 7. Februar 2019 erteilte der Gemeinderat Y die entsprechende Baubewilligung (act. 5.1; Standortdatenblatt vom 6. November 2018 [Revision 1.13; act. 5.2]), wobei später eine Anpassung der Antennenpattern erfolgte (Standortdatenblatt vom 11. April 2019 [Revision 1.15; act. 5.3]). Mit Schreiben vom 23. August 2021 (act. 5.6) teilte die Rekurrentin dem Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) unter Einreichung des entsprechend angepassten Standortdatenblattes vom 1. Juni 2021 (Revision 1.17; act. 14.7) sinngemäss mit, dass sie – unter anderem – für die fragliche Antennenanlage einen Korrekturfaktor zur Anwendung bringen werde, was gemäss Angaben der Rekurrentin ab dem 25. August 2021 erfolgte (act. 2 Rz. 22).

3.1.

Vorauszuschicken ist, dass der Schutz der Umwelt vor nichtionisierender elektromagnetischer Strahlung im Umweltschutzgesetz (USG) sowie in der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) geregelt wird. Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) konkretisierte die NISV mit Vollzugsempfehlungen (Mobilfunk- und WLL-Basisstationen, Vollzugsempfehlung zur NISV, BUWAL/BAFU, Bern 2002 [Vollzugsempfehlung zur NISV]) und diversen diesbezüglichen Nachträgen (zuletzt mit dem Nachtrag vom 23. Februar 2021 betreffend adaptive Antennen [Bundesamt für Umwelt

BAFU, Adaptive Antennen, Nachtrag vom 23. Februar 2021 zur Vollzugsempfehlung NISV, im Folgenden: Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV)).

Die Rekurrentin beruft sich darauf, gemäss der Übergangsregelung im Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV gelte bei bereits vor Inkrafttreten des Nachtrags mittels "worst-case"-Betrachtung bewilligten adaptiven Antennen die Inbetriebnahme des Korrekturfaktors nicht als Änderung im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV, wenn sich die bewilligte Sendeleistung unter Berücksichtigung des Korrekturfaktors nicht ändere, weshalb der Behörde lediglich ein aktualisiertes Standortdatenblatt einzureichen sei. Wenn die Vorinstanz entgegen dieser Übergangsregelung sowie der Regelung in Art. 11 NISV für die Anwendung des Korrekturfaktors die Einreichung eines ordentlichen Baugesuchs verlange und die Wiederherstellung des bewilligungskonformen Betriebs gemäss Standortdatenblatt Revision 1.15 vom 11. April 2019 anordne, sei dies nicht rechtmässig, rein politisch motiviert, willkürlich und verstosse gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts gemäss Art. 49 der Bundesverfassung (BV). Mit der Inbetriebnahme des Korrekturfaktors änderten sich weder der bisher massgebliche Betriebszustand noch die bisher bewilligte Sendeleistung. Die Änderung der Anlage führe nicht zu einer Erhöhung der elektromagnetischen Strahlung, weshalb den Nachbarn kein Anspruch auf rechtliches Gehör zukomme. Zudem könne sich die Rekurrentin auf den Schutz ihres berechtigten Vertrauens berufen, da über eine bereits bewilligte adaptive Antenne nicht erneut ein Bewilligungsverfahren geführt werden könne. Das BAFU sei zum Erlass der fraglichen Vollzugsempfehlung zuständig und der Bund gestützt auf Art. 49 Abs. 2 BV kompetent, den Kantonen Weisungen zu erteilen. Da die angefochtene Verfügung aufgrund ihres Zusammenhangs mit einem Baubewilligungsverfahren als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren sei und der Erlass vorsorglicher Massnahmen auf einer prima vista-Beurteilung der Sach- und Rechtsfragen beruhe, habe die Vorinstanz die Rechtslage noch gar nicht im Sinn der Vollzugsempfehlung des BAFU prüfen können, so dass aufgrund des Widerspruchs zum übergeordneten Bundesrecht auch ein Verstoß gegen Art. 49 Abs. 1 BV vorliege. Daran ändere auch die kantonale Autonomie in Verfahrensfragen nichts. Das Bundesrecht regle den Immissionsschutz abschliessend in der NISV. Mit Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV habe der Bund konkretisiert, in welchen Fällen eine Änderung der Anlage die Voraussetzungen von Art. 22 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes (RPG) erfülle. Darauf

abgestimmt habe auch die Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (BPUK) in ihren Empfehlungen zur Bewilligung von Mobilfunkanlagen vom 19. September 2019 (im Folgenden: BPUK-Empfehlungen) vorgesehen, dass kein Baubewilligungsverfahren zu durchlaufen sei, wenn keine Änderung im Sinn der NISV vorliege. Weiter überschreite die Vorinstanz auch klar ihr Ermessen, da von Verwaltungsverordnungen nicht ohne Not abgewichen werden dürfe, wobei eine Prüfung des Vorliegens triftiger Gründe für eine Abweichung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ebenfalls unzulässig sei. Zudem liege ein Verstoss gegen Art. 1 des Fernmeldegesetzes (FMG) vor. Schliesslich seien auch die übrigen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht eingehalten, da keine triftigen bzw. wesentlichen Gründe für die angefochtene Anordnung ersichtlich seien, namentlich auch nicht im Hinblick auf den Immissionsschutz. Die angefochtene Verfügung sei weder geeignet noch erforderlich, um betroffene Nachbarn in ihrer Gesundheit besonders zu schützen, da diese von vornherein nicht gefährdet seien. Demgegenüber müsste die Rekurrentin erhebliche Nachteile in Kauf nehmen, wenn die adaptiven Antennen (wiederum) auf unbestimmte Zeit ohne Korrekturfaktoren zu betreiben wären, da auf eine kurzfristig bei Bedarf abrufbare Mehrleistung von ca. 9 dB und die damit bewirkte Verbesserung der Abdeckung von 5G-Dienstleistungen sowie die korrespondierende Entlastung des 4G-Netzes zu verzichten wäre und überdies Verunsicherung bei den Kunden und Wettbewerbsnachteile resultieren würden. Im Übrigen zeige sich die Unverhältnismässigkeit der angefochtenen Verfügung auch daran, dass die Vorinstanz selbst davon ausgehe, dass der Betrieb mit dem angegebenen Korrekturfaktor mit Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens "legalisiert" werden könne.

3.2.

Die Vorinstanz weist vernehmlassungsweise darauf hin, die Mobilfunkbetreiberinnen seien von der kantonalen Baudirektion bereits am 2. März 2021 und am 8. Juli 2021 schriftlich darauf hingewiesen worden, dass die Aktivierung von Korrekturfaktoren <1 auch bei bereits bewilligten adaptiven Antennen im Kanton Zürich derzeit allein gestützt auf eine ordentliche Baubewilligung zulässig sei. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des Baurekursgerichts des Kantons Zürich sowie des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern. Bezüglich der geltend gemachten Verletzung von Bundesrecht wird sodann ausgeführt, beim Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV handle es sich um eine Vollzugshilfe, womit es den Vollzugsbehörden frei stehe, andere

Vollzugslösungen zu wählen, sofern diese rechtskonform seien. Aus Art. 74 Abs. 3 und Art. 75 Abs. 1 BV sowie Art. 25 Abs. 1 RPG lasse sich ableiten, dass die Vollzugshoheit und damit der Entscheid, in welchem Verfahren die Aktivierung von Korrekturfaktoren <1 für adaptive Antennen zu erfolgen habe, bei den Kantonen liege. Inwiefern ein Verstoss gegen Art. 1 FMG vorliegen solle, vermöge die Rekurrentin nicht darzutun.

3.3.

Im Rahmen der Replik legt die Rekurrentin – unter Bezugnahme auf den Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV sowie ein von ihr und weiteren Mobilfunkbetreiberinnen eingeholtes Gutachten von Prof. Dr. Isabelle Häner vom 24. Juni 2021 sowie den entsprechenden Nachtrag vom 4. August 2021 – erneut dar, weshalb ihres Erachtens die – unter anderem in der bisherigen Rechtsprechung des Baurekursgerichts vertretene – Ansicht, wonach die Aktivierung eines Korrekturfaktors bei bereits bewilligten adaptiven Antennen als Änderung im Sinne der NISV zu gelten habe und einer Baubewilligungspflicht unterliege, unzutreffend sei.

Die Vorinstanz verweist in der Duplik auf das im Auftrag der BPUK erstellte Rechtsgutachten des Instituts für Schweizerisches und Internationales Bau-recht vom 7. Juni 2021 (Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey et al., Die anwendbaren kantonalen Verfahren zur Implementierung der 5G-Mobilfunkantennentechnologie, im Folgenden: Gutachten Zufferey), welches darlege, dass aus Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV nicht geschlossen werden könne, dass Anpassungen einer Mobilfunkanlage, die nicht als Änderung im Sinne der NISV qualifiziert würden, nicht baubewilligungspflichtig seien. Es sei davon auszugehen, dass die Aktivierung von Korrekturfaktoren und die Notwendigkeit einer zeitlichen Mittelung zur Einhaltung des Anlagegrenzwerts eine wesentliche betriebliche Änderung darstellten und ein Interesse der Öffentlichkeit und insbesondere der einspracheberechtigten Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle bestehe.

In der Triplik weist die Rekurrentin auf die per 1. Januar 2022 in Kraft getretene Änderung der NISV (vgl. hierzu E. 5.1) hin.

4.

Nach dem bis zum 31. Dezember 2021 in Kraft stehenden Recht wäre der Rekurs aus den nachstehend genannten Gründen abzuweisen gewesen:

4.1.

Die seitens der Rekurrentin in Abrede gestellte Bewilligungspflicht für die Aktivierung eines Korrekturfaktors bei bereits bewilligten adaptiven Mobilfunk-Antennenanlagen wurde vom Baurekursgericht erstmals in BRGE III Nr. 0091/2021 vom 14. Juli 2021, E. 6.5 (publiziert auf der Website des Baurekursgerichts, www.baurekursgericht-zh.ch), und sodann in konstanter Rechtsprechung bejaht. Dies mit folgender Begründung:

Die in der Übergangsbestimmung des Nachtrags zur Vollzugshilfe zur NISV genannte "Anpassung des Betriebs" von adaptiven Antennen, die vor dem Inkrafttreten des Nachtrags nach dem "worst-case"-Szenario – wonach adaptive Antennen wie konventionelle Antennen behandelt werden, indem auf einen Zustand abgestellt wird, bei welchem gleichzeitig in alle Richtungen die maximal mögliche Sendeleistung abgestrahlt wird (vgl. Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV, S. 8) – bewilligt worden sind, bedeutet im Wesentlichen was folgt: Bei einer adaptiven Antenne n wird nunmehr ein Korrekturfaktor K_{AA} auf die maximal mögliche Sendeleistung $ERP_{max,n}$ angewendet, wobei dieser Korrekturfaktor K_{AA} von der Antennengrösse, ausgedrückt in der Anzahl Sub-Arrays, abhängig ist und einem Wert von $\geq 0,1$ entspricht. Die massgebende Sendeleistung ERP_n der adaptiven Antenne n beträgt $ERP_n = K_{AA} \times ERP_{max,n}$. Diese massgebende Sendeleistung ERP_n wird in das Standortdatenblatt eingetragen und in Kombination mit den umhüllenden Antennendiagrammen zur Berechnung der elektrischen Feldstärke verwendet, um zu prüfen, ob der Anlagegrenzwert an den Orten mit empfindlichen Nutzung eingehalten ist (vgl. Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV, S. 8 ff; vgl. auch Erläuterungen zu adaptiven Antennen und deren Beurteilung gemäss der NISV vom 23. Februar 2021 [im Folgenden: Erläuterungen zum Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV], S. 21). Eine Anpassung von bereits nach dem "worst-case"-Szenario bewilligten adaptiven Antennen hat mithin zur Folge, dass die maximale Sendeleistung $ERP_{max,n}$ (Eingangleistung multipliziert mit dem maximalen Antennengewinn) erhöht werden kann, ohne dass sich dies rechnerisch auf die für die Berechnung der elektrischen Feldstärke massgebende Sendeleistung (ERP_n) auswirkt. Entgegen dem Nachtrag zur Vollzugsempfehlung bedeutet die Erhöhung der maximalen

Sendeleistung $ERP_{max,n}$ eine Änderung der bestehenden Anlage im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 lit. d NISV (wo die Erhöhung der ERP über den bewilligten Höchstwert hinaus als Änderung einer Anlage qualifiziert wird). Dies gilt auch dann, wenn die um den Korrekturfaktor K_{AA} *rechnerisch* reduzierte Sendeleistung ERP_n nicht über den bislang bewilligten Höchstwert hinausgeht. Massgebend ist die Erhöhung der *tatsächlichen* maximalen Sendeleistung. Die Einhaltung der Grenzwerte der geänderten Anlage ist anhand des aktualisierten Standortdatenblattes in einem Baubewilligungsverfahren zu prüfen und es ist darüber in einem baurechtlichen Entscheid zu befinden. Zu prüfen ist namentlich die Anwendung des Korrekturfaktors auf die zu erhöhende Sendeleistung $ERP_{max,n}$, mithin die Ermittlung des massgebenden Betriebszustandes gemäss Anhang 1 Ziff. 63 NISV (wonach als massgebender Betriebszustand der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung gilt), der sich gegenüber der "worst-case"-Betrachtung ändert. Es geht darum nicht an, in Bezug auf die Frage, ob eine Änderung der Anlage vorliegt oder nicht, erst bei der reduzierten Sendeleistung ERP_n anzusetzen. Dies zumal es im realen Betrieb vorkommen kann, dass die Sendeleistung ERP_n kurzzeitig überschritten wird (im Maximum bis zur maximal möglichen Sendeleistung $ERP_{max,n}$; vgl. Erläuterungen zum Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV, S. 22) und die Voraussetzungen dafür (namentlich eine automatische Leistungsbegrenzung) zu prüfen sind.

Seitens der Rekurrentin werden keine Gründe namhaft gemacht, welche hinsichtlich der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Rechtslage eine Änderung dieser Rechtsprechung nahelegen würden. Unbehelflich ist zunächst der Hinweis, wonach trotz Aktivierung des Korrekturfaktors der massgebliche Betriebszustand unverändert bleibe, ist doch die Rechtsprechung des Baurekursgerichts wie aufgezeigt in dieser Frage aus den genannten Gründen zu einer abweichenden Einschätzung gelangt. Ebenso wenig vermögen die rekurrentischen Ausführungen, wonach keine weiteren immissionsrechtlich relevanten Auswirkungen auf die Umwelt entstünden, zu verfangen. Nachdem sich die Bewilligungspflicht gemäss der referierten Rechtsprechung auf die Subsumtion der nachträglichen Aktivierung eines Korrekturfaktors unter die in Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 lit. d NISV umschriebene Änderung einer Anlage durch Erhöhung der ERP stützte, wäre die Frage der konkreten immissionsrechtlichen Auswirkungen erst Gegenstand des entsprechenden nachgelagerten Bewilligungsverfahrens gewesen. Fehl geht weiter die Berufung

auf die Zuständigkeit des BAFU zum Erlass des Nachtrags zur Vollzugsempfehlung zur NISV, ist doch nicht etwa diese Zuständigkeit, sondern vielmehr die materielle Übereinstimmung der im Nachtrag enthaltenen Übergangsregelung mit den Vorgaben der NISV in Zweifel gezogen worden. Entsprechend stösst denn auch das Vorbringen einer Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts ins Leere: Nicht nur kommt einer Vollzugsempfehlung selbst keine rechtssetzende Funktion zu; vor allem wird mit der Rechtsprechung, wonach die nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors einem spezifischen Anwendungsfall der in der NISV umschriebenen Änderungen einer Anlage entspreche, gerade zum Ausdruck gebracht, dass damit der – damals geltenden – NISV, mithin dem Bundesrecht selbst, gegen eine als unzutreffend erkannte Auslegung im Rahmen der Vollzugsempfehlung zum Durchbruch verholfen werden soll. Gleiches gilt sodann hinsichtlich des spezifischen Vorbringens, wonach der Vorinstanz im Rahmen einer als vorsorgliche Massnahme zu qualifizierenden Verfügung (vgl. zur Qualifikation nachstehend E. 4.2) schon aufgrund der bloss summarischen Beurteilung sich stellender Rechtsfragen eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Vollzugsempfehlung verwehrt gewesen sei. Auch dies trifft schon aufgrund des fehlenden Rechtscharakters der Vollzugsempfehlung nicht zu; vor allem aber war die Vorinstanz – auch unter Zugrundelegung des rekurrentischen Arguments einer blossen prima facie-Beurteilung – nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Frage der Bewilligungspflicht zu prüfen, wobei sie zur Bejahung einer solchen Pflicht umso mehr Anlass hatte, als sich ihre Einschätzung damit, wie aufgezeigt, mit der einschlägigen und publizierten Rechtsprechung des Baurekursgerichts deckte. Ins Leere zielt in diesem Kontext auch das Argument, wonach mit Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV die Vorgaben von Art. 22 Abs. 1 RPG konkretisiert worden seien (vgl. zu dieser Frage bezüglich des neuen Rechts E. 5.3.2), da sich die baurekursgerichtliche Rechtsprechung zum bisher geltenden Recht wie dargelegt gerade auf das Vorliegen eines Anwendungsfalls von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV beruft. Von vornherein unbehelflich ist schliesslich die sinngemässe Berufung auf den Vertrauensschutz, da das Bestehen einer Bewilligung selbstredend weitere Bewilligungsverfahren nicht ausschliessen kann, sofern sich diese aufgrund der Art der in Aussicht genommenen Veränderungen als erforderlich erweisen. Zusammenfassend ist die Vorinstanz somit im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung und gestützt auf die bis zum 31. Dezember 2021 bestehende Rechtslage zurecht davon ausgegangen,

dass die nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors bewilligungspflichtig sei.

4.2.

Gestützt auf das Fehlen der erforderlichen Baubewilligung verlangt die angefochtene Verfügung die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, worunter in diesem Kontext der Betrieb der fraglichen Antennenanlage nach Massgabe des Standortdatenblatts Revision 1.15 vom 11. April 2019, mithin ohne Anwendung eines Korrekturfaktors, zu verstehen ist. Soweit es sich damit beim fraglichen Entscheid um einen Wiederherstellungsbefehl bzw. eine entsprechende Vollzugsanordnung handeln würde, wäre der Rekurs ohne Weiteres gutzuheissen, da eine solche Anordnung erst nach vorgängiger – vorliegend noch nicht erfolgter – Durchführung eines nachträglichen Bewilligungsverfahrens ergehen dürfte, sofern nicht von vornherein von der fehlenden Bewilligungsfähigkeit ausgegangen werden kann (was bezüglich der Anwendung eines Korrekturfaktors nicht der Fall ist). Indem aber in der angefochtenen Verfügung zugleich auf die Notwendigkeit der Einholung einer Baubewilligung verwiesen und festgehalten wird, die Aktivierung eines Korrekturfaktors dürfe erst umgesetzt werden, wenn eine rechtskräftige Baubewilligung vorliege, lässt sich der Entscheid zwanglos so verstehen, dass damit mit Blick auf ein allfälliges zukünftiges Bewilligungsverfahren – und bis zur allfälligen Erteilung einer entsprechenden Bewilligung – ein vorläufiges Nutzungs- bzw. Betriebsverbot (im Umfang der Aktivierung eines Korrekturfaktors) statuiert wird. Ein solches vorläufiges Betriebsverbot ist als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, Bd. 1, S. 615, mit weiteren Hinweisen), wovon wie erwähnt denn auch die Rekurrentin ausgeht. Vorsorgliche Massnahmen sind zulässig, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen zu wahren sind, der definitive Entscheid aus verfahrensmässigen Gründen nicht sogleich getroffen werden kann und die Massnahme verhältnismässig – das heisst, erforderlich, geeignet und verhältnismässig im engeren Sinne, mithin zumutbar – ist (Regina Kiener, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 6 Rz. 16).

Entgegen der Rekurrentin sind vorliegend – bei gegebener Bewilligungspflicht (vgl. dazu E. 4.1 und E. 5) – die Voraussetzungen zum Erlass eines

vorläufigen Betriebsverbots erfüllt. Ein solches dient zunächst der Durchsetzung des Bewilligungszwangs, indem es diesem den nötigen Nachdruck verleiht und zugleich verhindert, dass der eigenmächtig Vorgehende besser gestellt wird als der sich korrekt Verhaltende. Dabei steht insbesondere auch die Möglichkeit, dass im Rahmen eines nachgelagerten Bewilligungsverfahrens gegebenenfalls eine Bewilligung erteilt werden könnte, einem vorläufigen Betriebsverbot, das gerade vor Klärung der massgeblichen Bewilligungsvoraussetzungen ausgesprochen wird, nicht entgegen. Dies umso weniger, wenn die Bauherrschaft wie vorliegend zu erkennen gibt, dass sie gar nicht gewillt ist, ein entsprechendes Bewilligungsverfahren zu durchlaufen. Das strittige Betriebsverbot dient sodann insofern der Wahrung hochrangiger öffentlicher Interessen, als den bei Anwendung eines Korrekturfaktors möglichen kurzzeitigen Überschreitungen der bewilligten Sendeleistung ERP_n potentiell im Kontext des Vorsorgeprinzips Bedeutung zukommt, sie mithin hinsichtlich allfälliger gesundheitlicher Auswirkungen relevant sein könnten. Ein valables gegenläufiges Interesse ist demgegenüber nicht zu erkennen: Namentlich ist eine gewisse Verzögerung der Anwendbarkeit eines Korrekturfaktors beim Betrieb der strittigen Mobilfunk-Antennenanlage aufgrund der Notwendigkeit, vorgängig ein Bewilligungsverfahren zu durchlaufen, hinzunehmen, zumal nicht ersichtlich ist, dass damit zwischenzeitlich eine angemessene Versorgung mit Mobilfunkdienstleistungen nicht sichergestellt werden könnte (weshalb auch der Verweis auf die Zweckbestimmung von Art. 1 FMG ins Leere zielt). Auch hat dies entgegen der Rekurrentin keine Wettbewerbsnachteile zur Folge, nachdem alle Mobilfunkanbieterinnen von den Vorgaben in gleicher Weise betroffen sind. Unbeachtlich ist schliesslich der monierte Vertrauensverlust der Kunden; dies insbesondere mit Blick darauf, dass die Rekurrentin die Aktivierung des Korrekturfaktors ohne Baubewilligung vornahm, obwohl sie im damaligen Zeitpunkt bereits Kenntnis der anderslautenden Rechtsprechung des Baurekursgerichts haben musste.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung nach dem im damaligen Zeitpunkt – und bis zum 31. Dezember 2021 – geltenden Recht zurecht erlassen hat.

5.1.

Mit Verordnung des Bundesrates vom 17. Dezember 2021 (AS 2021 901), in Kraft getreten per 1. Januar 2022, wurde nun aber die NISV in verschiedener Hinsicht angepasst, indem bestimmte Elemente des Nachtrags zur Vollzugsempfehlung zur NISV neu in der NISV selbst festgehalten werden. Hierzu gehören namentlich die materiellen Bestimmungen zur Anwendbarkeit eines Korrekturfaktors, welche neu in Anhang 1 Ziff. 63 NISV festgehalten werden. Die bisherige Ziff. 63 statuierte, als massgebender Betriebszustand gelte der maximale Gesprächs- und Datenverkehr bei maximaler Sendeleistung (Halbsatz 1); bei adaptiven Antennen werde die Variabilität der Senderichtungen und der Antennendiagramme berücksichtigt (Halbsatz 2). Die geänderte Ziff. 63 wiederholt im neuen Absatz 1 den bisherigen Halbsatz 1. Anstelle des bisherigen Halbsatzes 2 wird in den neuen Absätzen 2 bis 4 die bisher im Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV festgehaltene Umsetzung der Berücksichtigung der Variabilität mittels Anwendung eines Korrekturfaktors umschrieben. Danach kann gemäss Abs. 2 bei adaptiven Antennen mit 8 oder mehr separat ansteuerbaren Antenneneinheiten (Sub-Arrays) auf die maximale ERP ein Korrekturfaktor K_{AA} angewendet werden, wenn die Sendeantennen mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgestattet werden, wobei diese sicherstellen muss, dass im Betrieb die über 6 Minuten gemittelte ERP die korrigierte ERP nicht überschreitet. Abs. 3 listet sodann die nach Anzahl Sub-Arrays differenzierten Korrekturfaktoren auf. Schliesslich hält Abs. 4 fest, werde bei bestehenden adaptiven Sendeantennen ein Korrekturfaktor K_{AA} angewendet, so reiche der Inhaber der Anlage der zuständigen Behörde ein aktualisiertes Standortdatenblatt ein. Als weitere Änderung wurde sodann in Anhang 1 Ziff. 62 NISV – welcher im unveränderten Abs. 5 die Konstellationen umschreibt, die als Änderung einer Anlage gelten – ein neuer Abs. 5^{bis} eingefügt, der wie folgt lautet: "Die Anwendung eines Korrekturfaktors nach Ziffer 63 Abs. 2 bei bestehenden adaptiven Sendeantennen gilt nicht als Änderung einer Anlage."

5.2.

Damit stellt sich die Frage, ob aufgrund dieser Rechtsänderung, welche die strittige nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors – im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des Baurekursgerichts, die darin einen Anwendungsfall von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 lit. d NISV sah – ausdrücklich von den als Änderung einer Anlage im Sinne der NISV geltenden Konstellationen ausnimmt, die aus der bisherigen Subsumtion abgeleitete Bewilligungspflicht

neu zu verneinen ist (vgl. hierzu näher E. 5.3). Sollte dies der Fall sein, würde damit aufgrund der während laufendem Rekursverfahren eingetretenen Rechtsänderung die Grundlage der angefochtenen Anordnung entfallen, da diese wie aufgezeigt auf der Prämisse beruht, dass die nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors bewilligungspflichtig ist.

Voraussetzung dafür, dass dieser Umstand sich auf den Ausgang des vorliegenden Rekursverfahrens auszuwirken vermag, ist allerdings, dass bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung nicht auf das im Erlasszeitpunkt, sondern auf das im Zeitpunkt des Rekursentscheids geltende Recht abzustellen ist. Das neue materielle Recht enthält hierzu keine ausdrückliche intertemporalrechtliche Regelung, weshalb auf die allgemeinen Grundsätze und im Speziellen auf die in der Zürcherischen Praxis herausgearbeiteten Fallkonstellationen zurückzugreifen ist (vgl. dazu und zum Folgenden Marco Donatsch, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 20a Rz. 23 ff.). Dabei sprechen zunächst zwei Gründe für eine Anwendung des neuen Rechts: Zum einen handelt es sich beim – seitens der Vorinstanz angenommenen – formell rechtswidrigen Zustand um einen Dauersachverhalt, für dessen Beurteilung (insbesondere im Hinblick darauf, ob überhaupt ein rechtswidriger Zustand besteht) das im Beurteilungszeitpunkt geltende Recht massgebend ist. Zum andern erweist sich das neue Recht – sofern es eine vormals bestehende Bewilligungspflicht entfallen lässt – für die Bauherrschaft als milder, was ebenfalls als Grund für die Anwendung des neuen Rechts gilt. Hinzu kommt folgende Überlegung: Würde gestützt auf das alte Recht der Rekurs abgewiesen, obwohl nach neuem Recht keine Bewilligungspflicht mehr bestünde (vgl. dazu E. 5.3), so hätte dies an sich zur Folge, dass bis zum Abschluss eines allfälligen Bewilligungsverfahrens (mittels Bewilligungserteilung) ein vorläufiges Betriebsverbot bestünde. Das fragliche Bewilligungsverfahren würde aber von vornherein gar nie durchgeführt, wenn es nach neuem Recht nicht mehr erforderlich wäre. Damit käme das Betriebsverbot letztlich doch einem eigentlichen Wiederherstellungsbefehl gleich, obwohl ein solcher selbst unter altem Recht noch nicht zulässig gewesen wäre (vgl. E. 4.2). Die Anwendung des neuen Rechts erweist sich schliesslich auch als sachgerecht, da es wenig Sinn machen würde, gestützt auf einen formell baurechtswidrigen Zustand gemäss bisherigem Recht ein Betriebsverbot zu erlassen, obwohl nach aktueller Rechtslage die strittige Änderung umgehend ohne Bewilligungsverfahren realisiert werden könnte.

5.3.1.

Hinsichtlich der damit entscheidenden Frage, ob die zitierte Bestimmung in Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5^{bis} NISV die Bewilligungspflicht für die nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Antennen ausschliesst, ergibt sich was folgt: Die NISV geht vom Konzept aus, die bewilligungspflichtigen Änderungen von Mobilfunk-Antennenanlagen in Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 abschliessend zu umschreiben. Entsprechend wurde in der bisherigen Rechtsprechung des Baurekursgerichts wie dargelegt (vgl. E. 4.1) argumentiert, dass sich die strittige nachträgliche Aktivierung des Korrekturfaktors unter lit. d der genannten Bestimmung subsumieren lasse. Eine Einschränkung dieser Umschreibung im Rahmen des Nachtrags zur Vollzugshilfe, dem selbst kein Rechtscharakter zukommt, erwies sich als nicht angängig. Indem nun aber der Bundesrat als Verordnungsgeber den fraglichen Anwendungsfall in der NISV selbst ausdrücklich dahingehend qualifiziert hat, es handle sich dabei nicht um eine Änderung einer Anlage im Sinne der NISV, ist – auch unter Zugrundelegung der bisher vertretenen Auslegung von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 lit. d NISV – auf gleicher Normstufe eine sowohl neuere als auch speziellere und insoweit beachtliche Festlegung erfolgt, die den Anwendungsbereich von Abs. 5 (gemäss bisherigem Verständnis des Baurekursgerichts) beschränkt. Indem die strittige Aktivierung eines Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Antennen nicht mehr als Änderung im Sinne der NISV qualifiziert wird, wird zugleich statuiert, dass für diese keine Pflicht zur Bewilligung (in einem ordentlichen Bewilligungsverfahren) bestehen soll.

Dieses Verständnis der Bestimmung ergibt sich zum einen aus der gesamten Konzeption der NISV: Die Bedeutung der Umschreibung derjenigen Konstellationen, die als Änderung einer Anlage im Sinne der NISV gelten oder ausdrücklich nicht als solche gelten sollen, zeigt sich zunächst im Zusammenspiel von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 und neu Abs. 5^{bis} mit Art. 11 der NISV. Letzterer statuiert unter dem Titel "Meldepflicht" in Abs. 1, dass der Inhaber einer Anlage, für die Anhang 1 Emissionsbegrenzungen festlegt, der für die Bewilligung zuständigen Behörde ein Standortdatenblatt einreichen muss, bevor die Anlage neu erstellt, an einen anderen Standort verlegt, am bestehenden Standort ersetzt oder im Sinne von Anhang 1 geändert wird. Auch wenn damit an sich keine ausdrückliche Aussage zum Bestehen oder Fehlen einer Bewilligungspflicht erfolgt, ergibt sich aus dem Umstand, dass bei Anpassungen einer bestehenden Anlage, die nicht als Änderung im Sinne von

Anhang 1 qualifizieren, gemäss Art. 11 NISV nicht einmal eine Meldepflicht besteht, dass bezogen auf – ausschliesslich Regelungsgegenstand der NISV bildende – immissionsschutzrechtliche Gründe die Durchführung eines Bewilligungsverfahrens entfällt (vgl. zu dieser Differenzierung von [immissionsschutzrechtlich relevanten] Änderungen im Sinne der NISV und baulichen Änderungen auch BPUK-Empfehlungen, S. 5). Zwar wird nun im Rahmen der in E. 5.1 referierten NISV-Änderung wie erwähnt für die nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors eine Pflicht des Anlageinhabers zur Einreichung eines aktualisierten Standortdatenblatts bei der zuständigen Behörde statuiert (Anhang 1 Ziff. 63 Abs. 4 NISV). Indem aber zugleich die ausdrückliche Festlegung erfolgt, dass es sich hierbei nicht um eine Änderung im Sinne der NISV handle, kann dieser Ausschluss aus dem Anwendungsbereich von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 NISV im Zusammenspiel der genannten Normen nur so verstanden werden, dass zwar – zufolge separater spezifischer Festlegung – die Einreichung eines Standortdatenblatts nach wie vor erforderlich ist, jedoch die weitere mit einer Subsumtion unter Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 und damit auch Art. 11 NISV einhergehende Konsequenz einer Bewilligungspflicht ausgeschlossen werden soll.

Wie sich den – ebenfalls vom 17. Dezember 2021 datierenden – Erläuterungen des BAFU zur Änderung der NISV (im Folgenden: Erläuterungen zur Änderung der NISV) entnehmen lässt, entspricht diese Rechtsfolge dem Willen des Verordnungsgebers, wobei einer historischen Auslegung gerade aufgrund der Neuheit der fraglichen Bestimmungen eine erhebliche Bedeutung zukommt (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 181). So wird in den genannten Erläuterungen im Zusammenhang mit der einschlägigen Bestimmung von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5^{bis} NISV wörtlich ausgeführt: "Der Anlageinhaber muss damit für die Anwendung eines Korrekturfaktors bei bereits bewilligten adaptiven Antennen der zuständigen Behörde aus Gründen der Nachvollziehbarkeit *nur* noch ein aktualisiertes Standortdatenblatt einreichen (Erläuterungen zur Änderung der NISV, S. 5 [Hervorhebung hinzugefügt], vgl. auch S. 9). Wenn darüber hinaus in den Erläuterungen teilweise davon die Rede ist, die Änderung ermögliche eine "Vereinfachung der Verfahren", die Zulassung "einfacher Verfahren" bzw. die "Durchführung einfacher Bewilligungsverfahren" (a.a.O., insb. S. 3 und 10), so muss dies auf dem Hintergrund des vorstehend Ausgeführten dahingehend verstanden werden, dass damit pri-

mär die blosse Einreichung eines Standortdatenblatts, jedenfalls aber höchstens – im Sinne der in den BPUK-Empfehlungen verwendeten Terminologie – ein Bagatelländerungsverfahren gemeint ist, während ein (ordentliches) Bewilligungsverfahren entfällt. Nur dieses Verständnis entspricht im Übrigen der mit der fraglichen NISV-Änderung ausdrücklich bezweckten Übernahme des entsprechenden Elements – vorliegend also der Übergangsregelung – des Nachtrags zur Vollzugshilfe zur NISV (vgl. zu diesem Zweck ausdrücklich Erläuterungen zur Änderung der NISV, S. 3). Damit scheidet für die vorliegend strittige Frage der nachträglichen Aktivierung eines Korrekturfaktors ein im Gutachten Zufferey (vgl. insb. S. 7 und 31; vgl. auch S. 36) vertretener Ansatz, wonach gegebenenfalls auch für nicht als Änderung im Sinne der NISV qualifizierte Konstellationen eine Bewilligungspflicht nicht ausgeschlossen sei, jedenfalls insoweit aus, als damit die NISV dahingehend verstanden würde, sie selbst lasse gewissermassen ergänzend zu den ausdrücklich umschriebenen Änderungen eine entsprechende – immissionschutzrechtlich begründete – Baubewilligungspflicht zu (vgl. zur davon zu unterscheidenden Frage, ob eine solche Pflicht in Korrektur der NISV unmittelbar aus Art. 22 Abs. 1 RPG abzuleiten ist, das nachstehend Ausgeführte).

5.3.2.

An dieser Einschätzung vermag auch das – in anderem Kontext erfolgte – Vorbringen der Vorinstanz nichts zu ändern, wonach die Vollzugshoheit bei den Kantonen liege. Zwar trifft letzteres zweifellos zu, doch lässt sich daraus nicht von vornherein ableiten, dass bezüglich der Frage der Bewilligungspflicht nicht gegebenenfalls im materiellen Bundesrecht eine Einschränkung statuiert werden kann. Auch ist zu beachten, dass zwar im Zusammenhang mit Art. 22 Abs. 1 RPG – der festhält, dass Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden dürfen – der Grundsatz gilt, wonach es sich bei dieser Bestimmung um eine Minimalvorschrift der Bewilligungspflicht handelt, so dass die kantonalen Rechte weitere Vorhaben der Bewilligungspflicht unterstellen können (Alexander Ruch, in: Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 22 Rz. 4). Ganz abgesehen davon, dass im kantonalen Recht hinsichtlich der vorliegend strittigen Frage gar keine spezifischen Bestimmungen ersichtlich sind, verfolgt aber wie vorstehend aufgezeigt die NISV von vornherein einen anderen Ansatz, indem sie jedenfalls im Hinblick auf Änderungen bestehender Anlagen letztlich Festlegungen hinsichtlich der – immissionsschutzrechtlichen – Bewilligungspflicht trifft. Dass

der dabei mitgeregelte – und vorliegend interessierende – *Ausschluss* einer Bewilligungspflicht dem zuständigen Legislativorgan des Bundes nicht verwehrt ist, zeigt beispielsweise die für Solaranlagen in Art. 18a RPG getroffene Regelung, die ebenfalls das Fehlen einer Bewilligungspflicht bundesrechtlich verbindlich vorgibt. Im Übrigen wäre das mit der fraglichen NISV-Änderung vorrangig verfolgte Ziel der Erhöhung der Rechtssicherheit (vgl. dazu Erläuterungen zur Änderung der NISV, S. 3 und 10) von vornherein nicht erreichbar, wenn die Änderung bezüglich der Frage der Bewilligungspflicht keine verbindlichen Vorgaben enthielte, sondern diesbezüglich auf zusätzliche kantonale – und damit gegebenenfalls divergierende – Festlegungen abzustellen wäre.

Damit könnte bezüglich der nachträglichen Aktivierung eines Korrekturfaktors lediglich dann von einer Bewilligungspflicht ausgegangen werden, wenn eine solche unmittelbar aus Art. 22 Abs. 1 RPG abgeleitet würde und die gegenteilige Vorgabe der NISV als gesetzeswidrig erachtet würde. Die damit resultierende Nichtanwendung von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5^{bis} NISV erscheint jedoch nicht gerechtfertigt: Zunächst ist festzuhalten, dass die gesetzliche Vorgabe von Art. 22 Abs. 1 RPG von ihrem Wortlaut her relativ unbestimmt ist, indem wie erwähnt lediglich festgehalten wird, dass Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden dürfen. In Konkretisierung des Gehalts dieser Bestimmung hat daher die Rechtsprechung insbesondere das Kriterium herausgearbeitet, dass Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, die Frage ist, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (vgl. nur BGE 139 II 134, E. 5.2). Auch diese wirkungsbezogene Betrachtungsweise eröffnet den Behörden jedoch einen gewissen Spielraum bei der entsprechenden Qualifikation eines bestimmten Sachverhalts. Wie sich den Erläuterungen zur Änderung der NISV entnehmen lässt, hat sich der Verordnungsgeber mit den entsprechenden Fragen zwar nicht formell unter dem Titel von Art. 22 RPG, jedoch in materieller Hinsicht auseinandergesetzt (vgl. insb. S. 4 f., 7). Wenn er dabei (implizit) zum Ergebnis gekommen ist, dass ein Ausschluss der Bewilligungspflicht mit Blick auf die Auswirkungen einer nachträglichen Aktivierung des Korrekturfaktors (unter gleichzeitiger Anwendung der automatischen Leistungsbegrenzung) gerechtfertigt sei, so kann

dies als zulässige Konkretisierung von Art. 22 RPG gewertet werden, so dass die entsprechende NISV-Bestimmung nicht gegen die übergeordnete gesetzliche Vorgabe verstösst. Diese Sichtweise wird indirekt durch das Gutachten Zufferey bestätigt, welches vor Erlass der fraglichen NISV-Änderung erstattet wurde und sich daher – in äusserst kritischer Weise – unter anderem mit der Einordnung der Übergangsregelung gemäss dem Nachtrag zur Vollzugsempfehlung zur NISV befasst. So hält das Gutachten fest, um die Praxistauglichkeit der NISV zu erhöhen, müsste der Bundesrat sie revidieren und dabei festhalten, dass eine Anlage mit der Installation einer adaptiven Antenne nicht geändert werde, wobei er im gleichen Zug als Übergangsbestimmung in der NISV festhalten könnte, dass dies auch für adaptive Antennen gelte, die bereits installiert wurden (S. 6). Zwar wird an gleicher Stelle angemerkt, allerdings könnten weder der Bundesrat noch die kantonalen Gesetzgeber durch neue Bestimmungen das Grundrecht der besonders betroffenen Personen einschränken, ihre durch höherrangiges Recht geschützten Interessen durchzusetzen. Interessant ist aber, dass damit zwar gerade eine Bewilligungspflicht nach Massgabe von Art. 22 RPG angesprochen sein könnte (vgl. zu dieser allgemein auch Gutachten Zufferey, S. 31 ff., insb. S. 36), zugleich aber spezifisch die nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors betreffend präzisierende Ausführungen dahingehend erfolgen, es handle sich dabei – wie dies der baurekursgerichtlichen Rechtsprechung zum damals geltenden Recht (vgl. E. 4.1) entspricht – um eine Änderung im Sinne von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5 lit. d NISV, weshalb es der Bundesrat in der NISV hätte präzisieren müssen, wenn er tatsächlich beabsichtigt hätte, die Errichtung adaptiver Antennen (worunter im Kontext aber die Aktivierung von Korrekturfaktoren zu verstehen ist) nicht als entsprechende Änderung zu qualifizieren (a.a.O., S. 38 f.). Eine entsprechende Anpassung der NISV, wie sie mittlerweile erfolgt ist, würde aber gerade unter dem ausdrücklich genannten Aspekt der Praxistauglichkeit wenig Sinn machen, wenn sie als mit Art. 22 Abs. 1 RPG inkompatibel und daher letztlich für die Frage der Bewilligungspflicht gar nicht als massgeblich erachtet würde. Damit spricht auch der im Gutachten Zufferey skizzierte – und nun seitens des Verordnungsgebers beschrittene – "Lösungsweg" dafür, Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5^{bis} NISV als zulässige Konkretisierung der Vorgaben von Art. 22 Abs. 1 RPG aufzufassen.

Bemerkungsweise ist abschliessend noch auf Folgendes hinzuweisen: Mit Schreiben vom 17. Dezember 2021 hat die BPUK ihre Mitglieder über die

Änderung der NISV in Kenntnis gesetzt. Dabei weist sie unter anderem darauf hin, ab 1. Januar 2022 empfehle der Vorstand der BPUK den Kantonen, die nachträgliche Anwendung des Korrekturfaktors bei bestehenden adaptiven Antennen, die mittels einer "worst-case"-Betrachtung bewilligt wurden, nicht als Änderung einer Anlage im Sinne der NISV zu werten. Vom ordentlichen Verfahren könne in diesem Fall abgesehen werden. Daraufhin heisst es: "Kantone können dies auf bereits bestehende adaptive Antennen beschränken, die mittels einem einspracheberechtigenden Verfahren bewilligt wurden." Ob diese Differenzierung im Lichte von Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5^{bis} NISV überhaupt zulässig wäre, kann vorliegend offenbleiben. Denn ganz abgesehen davon, dass legislativ im Kanton Zürich bis anhin keine entsprechende Unterscheidung statuiert wurde, würde sich jedenfalls im vorliegenden Verfahren auch unter diesem Titel keine Bewilligungspflicht ergeben. Dies deshalb, weil bereits die im ordentlichen Verfahren erteilte Baubewilligung, unter Zugrundelegung des Standortdatenblatts Revision 1.13 vom 6. November 2018 (act. 5.2), adaptive Antennen für das Frequenzband um 3,5 GHz betraf, wovon die Parteien denn auch übereinstimmend ausgehen (vgl. zum entsprechenden Hinweis der Vorinstanz act. 20 S. 1). Unerheblich ist in dieser Hinsicht, dass aufgrund einer späteren – als nicht bewilligungspflichtig eingestuft – Anpassung mit dem Standortdatenblatt Revision 1.15 vom 11. April 2019 (act. 5.3) eine andere Variante des gleichen Antennentypus zum Einsatz kam und dabei anstelle des bisherigen Frequenzbands von 3'400 MHz neu dasjenige von 3'600 MHz genannt wurde (vgl. die jeweiligen Zusatzblätter 2; vgl. auch act. 21 sowie bereits E. 2), da sich daraus keine Rückschlüsse auf eine ursprünglich fehlende Adaptivität ziehen lassen.

Damit ergibt sich letztlich, dass gemäss dem per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen und vorliegend anwendbaren Recht für die strittige nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors keine Bewilligungspflicht mehr besteht, womit sich das angeordnete vorläufige Betriebsverbot nicht aufrechterhalten lässt.

6.

Zusammengefasst ist der Rekurs gutzuheissen. Demgemäss ist die Verfügung der Abteilung Hochbau der Gemeinde Y vom 5. Oktober 2021 aufzuheben.

7.1.

Gemäss § 13 Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Nebst dem Unterliegerprinzip sind die Verfahrenskosten ausnahmsweise (auch) gemäss dem Verursacherprinzip zu verlegen. Da die Kostenverlegung nach dem Unterlieger- bzw. Verursacherprinzip mit einer gewissen Starrheit behaftet ist und im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führen kann, verbleibt der anordnenden Behörde überdies ein Spielraum, um bei besonderen Umständen die Kosten nach Gesichtspunkten der Billigkeit aufzuerlegen (zur Kasuistik vgl. Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 64).

Sowohl aufgrund des Verursacherprinzips, das beispielsweise eine Kostenaufgabe zulasten der obsiegenden Partei zulässt, wenn diese das Verfahren aufgrund einer ohne Bewilligung vorgenommenen Bauausführung verursacht hat (vgl. Plüss, § 13 Rz. 58), als auch aufgrund der Möglichkeit einer Verteilung nach Billigkeit, die beispielsweise relevant werden kann, wenn eine Partei lediglich aufgrund von Noven unterliegt (vgl. Plüss, § 13 Rz. 64), rechtfertigt sich trotz des Obsiegens der Rekurrentin eine vollständige Kostenaufgabe zu deren Lasten. Wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 4), wäre der Rekurs nach dem im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung geltenden Recht abzuweisen gewesen. Die Vorinstanz hat mithin im Erlasszeitpunkt nicht rechtsfehlerhaft gehandelt. Vielmehr ist die Unzulässigkeit der angefochtenen Verfügung einzig dem Umstand geschuldet, dass zwischenzeitlich eine Rechtsänderung eingetreten ist, welche bezüglich des Bestehens einer Bewilligungspflicht zu einer abweichenden Einschätzung führt. Zwar ist diese Rechtsänderung als solche kein Umstand, welchen die Rekurrentin ihrerseits zu vertreten hätte. Entscheidend ist aber, dass die Rekurrentin durch ihr im damaligen Zeitpunkt unrechtmässiges Handeln (Aktivierung eines Korrekturfaktors ohne damals erforderliche vorgängige Erteilung einer Bewilligung) den Erlass der angefochtenen Verfügung und damit indirekt auch das vorliegende Rekursverfahren – bei dessen Anhebung im Übrigen immer noch die ursprüngliche Rechtslage bestand – verursacht hat. Hätte die Rekurrentin demgegenüber für die Aktivierung eines Korrekturfaktors den Zeitpunkt abgewartet, ab welchem diese Anpassung aufgrund erfolgter Rechtsänderung keiner Bewilligung mehr bedurfte, wäre aller Wahrscheinlichkeit nach der Erlass der angefochtenen Verfügung unterblieben und damit auch das vorliegende Rekursverfahren nicht anhängig gemacht worden. Aus diesem Grund rechtfertigen sowohl das Verursacherprinzip als

auch Billigkeitsüberlegungen, die Kosten des Rekursverfahrens vollumfänglich der Rekurrentin aufzuerlegen.

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimm- baren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimm- baren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Plüss, § 13 Rz. 25 ff.).

Demnach ist die Gerichtsgebühr, einschliesslich der Gebühr für die drei Zwischenentscheide, vorliegend auf Fr. 5'500.-- festzusetzen.

7.2.

Aufgrund der vorstehend begründeten Verteilung der Gerichtskosten steht der Rekurrentin von vornherein keine Umtriebsentschädigung zu.