

Zu beurteilen war der Rekurs einer Mobilfunkbetreiberin gegen eine als vorläufiges Betriebsverbot zu qualifizierende Verfügung, mit der hinsichtlich einer bestehenden und bewilligten adaptiven Mobilfunk-Antennenanlage die bereits vorgenommene – nachträgliche Aktivierung eines Korrekturfaktors untersagt worden war, solange hierfür keine rechtskräftige Baubewilligung vorliege.

Aus den Erwägungen:

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 (...), 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 $ERP_{max,n}$ (Eingangsleistung 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. (...)

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 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. A., 2019, Bd. 1, S. 615, mit weiteren Hinweisen) (...). 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. A., 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 (...). Auch hat dies entgegen der Rekurrentin keine Wettbewerbsnachteile zur Folge, nachdem alle Mobilfunkanbieterinnen von den Vorgaben in gleicher Weise betroffen sind. (...)

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. (...) 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. A., 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 zugänglich. 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. A., 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 primär die blosser 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 – immissionsschutzrechtlich 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, 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 bunderechtlich 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 Ordnungsgebers beschrittene – «Lösungsweg» dafür, Anhang 1 Ziff. 62 Abs. 5^{bis} NISV als zulässige Konkretisierung der Vorgaben von Art. 22 Abs. 1 RPG aufzufassen. (...)

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.