



---

Abteilung II  
B-5049/2010

## **Urteil vom 14. Oktober 2011**

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Philippe Weissenberger, Richter Ronald Flury,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. LL.M.  
Roger M. Cadosch, 3001 Bern,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK,**  
Eigerplatz 1, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Qualifikation von Pokerturnieren, Widerruf.

**Sachverhalt:****A.**

X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist Veranstalter von Pokerturnieren.

Ab 6. Dezember 2007 hiess die Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK (nachfolgend: Vorinstanz oder ESBK) in diversen Verfügungen Gesuche um Qualifikation von Pokerturnierformaten des Typs "Texas Hold'em Freeze Out" als Geschicklichkeitsspiele gut, darunter mit Verfügung Nr. (...)/01 vom 25. März 2009 auch das Gesuch des Beschwerdeführers.

Ab dem 25. Januar 2008 erhob u.a. der Schweizer Casino Verband gegen die ersten 169 dieser Verfügungen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, darunter auch am 4. Mai 2009 gegen die Verfügung Nr. (...)/01 (Beschwerdeverfahren B-2886/2009).

In der Folge sistierte das Bundesverwaltungsgericht mit Ausnahme von drei Pilotverfahren alle dieser Beschwerdeverfahren, darunter auch das Verfahren B-2886/2009.

Mit Urteil vom 30. Juni 2009 im Pilotverfahren B-517/2008 wies das Bundesverwaltungsgericht die vom Schweizer Casino Verband und der Casino Zürichsee AG gegen eine Qualifikationsverfügung der Erstinstanz vom 6. Dezember 2007 erhobene Beschwerde ab.

**B.**

Mit Gesuch vom 19. August 2009 beantragte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz die Qualifikation einer weiteren Variante des Pokerturnierformats "Texas Hold'em No Limit (Freeze Out)" als Geschicklichkeitsspiel.

Mit Verfügung Nr. (...)/02 vom 14. Oktober 2009 entsprach die Vorinstanz diesem Gesuch. Die Verfügung erwuchs in der Folge in formelle Rechtskraft.

**C.**

Am 18. Oktober 2009 erhob der Schweizer Casino Verband gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2009 im Pilotverfahren B-517/2008 Beschwerde beim Bundesgericht.

Mit Urteil BGE 136 II 291 vom 20. Mai 2010 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, soweit es darauf eintrat, hob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2009 auf und wies das dem Verfahren zu Grunde liegende Qualifikationsgesuch ab.

**D.**

In der Folge widerrief die Vorinstanz am 9. Juni 2010 wiedererwägungsweise alle ihre Qualifikationsverfügungen, darunter auch mit Widerrufsverfügung Nr. (...) /04 die Qualifikationsverfügung Nr. (...) /02 vom 14. Oktober 2009 gegenüber dem Beschwerdeführer. Zur Begründung hielt sie im Wesentlichen fest, angesichts des Entscheides des Bundesgerichts, wonach Pokerturniere Glücksspiele darstellten, erwiesen sich sämtliche von ihr erlassenen Qualifikationsverfügungen betreffend Pokerturniere als mit Bundesrecht nicht vereinbar.

**E.**

Der Beschwerdeführer erhebt am 9. Juli 2010 gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt die Aufhebung der Widerrufsverfügung sowie die Qualifikation der von ihm beantragten Pokerturnierformate als Geschicklichkeitsspiele, unter gleichzeitiger Feststellung, dass die Durchführung solcher Pokerturniere zulässig sei. Eventualiter sei die Widerrufsverfügung aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie zu den Vorbringen des Beschwerdeführers Stellung nehme und insbesondere ihren Entscheid einlässlich begründe, eine Interessenabwägung und eine Verhältnismässigkeitsprüfung vornehme. Die Vorinstanz sei anzuweisen, auf ihre Kosten eine wissenschaftliche Studie in Auftrag zu geben, die sich zur Frage äussere, ob es sich beim Pokerformat gemäss Qualifikationsverfügung Nr. (...) /02 vom 14. Oktober 2009 um ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel handle. Subeventualiter sei dem Beschwerdeführer eine Übergangsfrist bis 31. Dezember 2011 zu gewähren, während der die Verfügung Nr. (...) /02 vom 14. Oktober 2009 für ihn ihre Gültigkeit bewahre. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer, es sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen, und es sei superprovisorisch festzustellen, dass der Beschwerdeführer bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Widerrufsverfügung Poker-Turniere gemäss Qualifikationsverfügung Nr. (...) /02 vom 14. Oktober 2009 durchführen könne.

**F.**

Mit Verfügung vom 14. Juli 2010 wies die Instruktionsrichterin sowohl den Antrag des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als auch den Antrag des Beschwerdeführers, es sei festzustellen, dass er bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Wiederverfügung Pokerturniere gemäss Qualifikationsverfügung Nr. (...)/02 vom 14. Oktober 2009 durchführen könne, ab, soweit sie darauf eintrat.

**G.**

Mit Eingabe vom 30. August 2010 verzichtet der Schweizer Casino Verband auf die Geltendmachung von Parteirechten.

**H.**

Die Vorinstanz lässt sich am 10. September 2010 vernehmen und beantragt, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.

**I.**

Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 13. Oktober 2010 an seinen Anträgen fest.

**J.**

Mit Duplik vom 9. Februar 2011 hält die Vorinstanz am Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden, zu denen auch die Vorinstanz zählt (Art. 33 Bst. f VGG). Die Widerrufsverfügung der Vorinstanz vom 9. Juni 2010 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar und kann daher im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 44 VwVG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert. Er ist im vorliegenden Verfahren rechtsgültig vertreten (vgl. Vollmacht vom 1. Juli 2010; Art. 11 Abs. 1 und 2 VwVG).

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 a Abs. 1 Bst. b VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

Das Spielbankengesetz regelt das Glücksspiel um Geld oder andere geldwerte Vorteile sowie die Konzessionierung, den Betrieb und die Besteuerung der Spielbanken (Art. 1 des Spielbankengesetzes vom 18. Dezember 1998 [SBG, SR 935.52]). Glücksspiele dürfen nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden (Art. 4 Abs. 1 SBG). Die Eidgenössische Spielbankenkommission hat die Einhaltung des SBG zu überwachen und die zu dessen Vollzug erforderlichen Verfügungen zu treffen (Art. 48 Abs. 1 SBG). Bestehen Zweifel, ob ein nicht automatisiertes Spiel als Geschicklichkeitsspiel zu qualifizieren ist und in den Zuständigkeitsbereich der Kantone (Art. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) fällt oder als Glücksspiel den spielbankenrechtlichen Regeln unterliegt, kann sie um einen Entscheid hierüber angegangen werden oder von sich aus einen solchen fällen (Art. 60 Abs. 1 der Verordnung vom 24. September 2004 über Glücksspiele und Spielbanken [VSBG, SR 935.521]; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_309/2008 vom 13. August 2008 E. 5.3.1).

Die Qualifikationsverfügung Nr. (...)/02 vom 14. Oktober 2009, welche durch die angefochtene Verfügung widerrufen wurde, sowie die angefochtene Widerrufsverfügung stellen derartige Feststellungsverfügungen dar.

## **3.**

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer vorab, die angefochtene Widerrufsverfügung sei durch das Sekretariat der Vorinstanz erlassen

worden. Für derart wichtige Entscheide wäre aber nur die Kommission selbst kompetent gewesen.

Die Vorinstanz macht dagegen geltend, gemäss ihrem Geschäftsreglement sei eine derartige Aufgabendelegation zulässig. Die Kommission habe am 6. Dezember 2007 beschlossen, die Qualifikationsentscheide im Bereich der Pokerturniere an das Sekretariat zu delegieren. Der Erlass der angefochtenen Widerrufsverfügung falle daher ebenfalls in die Kompetenz des Sekretariats, da diese Verfügung den ursprünglichen Qualifikationsentscheid widerrufe und gleichzeitig eine neue Qualifikation vornehme.

**3.1.** Die Kommission kann das Sekretariat beauftragen, in weniger wichtigen laufenden Geschäften an ihrer Stelle zu verfügen (vgl. Art. 50 Abs. 3 VSBG).

**3.2.** Zuständig zum Widerruf einer formell rechtskräftigen Verfügung ist grundsätzlich diejenige Behörde, welche die ursprüngliche Verfügung erlassen hat. Im vorliegenden Fall war dies unbestrittenermassen das Sekretariat der Vorinstanz. Wie aus den von der Vorinstanz eingereichten Belegen hervorgeht, hatte die Kommission mit Beschluss vom 6. Dezember 2007 die Verfügungskompetenz für die einzelnen Qualifikationsentscheide an das Sekretariat delegiert. Rein formell war das Sekretariat daher auch zum späteren Widerruf dieser von ihm erlassenen Verfügungen zuständig.

#### **4.**

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer weiter eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil ihm keine Gelegenheit gegeben worden sei, vorgängig zum beabsichtigten Widerruf der Qualifikationsverfügung Stellung zu nehmen. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz sei keine Gefahr in Verzug gewesen, da seit Beginn der Durchführung von Pokerturnieren durch private Organisationen keine sozialschädlichen Auswirkungen wie Spielsucht, Geldwäscherei oder Kriminalität festgestellt worden und auch von der Vorinstanz nicht angeführt worden seien. Der reformatorische Entscheid des Bundesgerichts sei für den Beschwerdeführer eine Überraschung und dessen Auswirkungen auf seine in Rechtskraft erwachsene Qualifikationsverfügung sei unklar gewesen. Er habe sich daher am 6. Juni 2010 an die Vorinstanz gewandt und den Erlass einer Feststellungsverfügung verlangt, wonach die bis zum Erlass der zur

Umsetzung notwendigen Verfügungen durchgeführten Pokerturniere legal seien, sofern alle anderen, insbesondere kantonalen Auflagen erfüllt würden. Die Vorinstanz habe dieses Schreiben indessen bis am 21. Juni 2010 nicht beantwortet. Stattdessen sei ihm am 10. Juni 2010 der sofortige Widerruf der Verfügung Nr. (...) /02 vom 14. Oktober 2009 eröffnet worden. Damit sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Diese Verletzung könne nicht geheilt werden, indem dem Beschwerdeführer sein Schreiben vom 6. Juni 2010 entgegengehalten werde, zumal die Vorinstanz auf dieses Schreiben in ihrer Widerrufsverfügung nicht eingegangen sei.

Die Vorinstanz bestreitet, dass ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör vorliege, und macht im Wesentlichen geltend, die verfügende Behörde brauche die Parteien nicht vor Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren vorgängig anzuhören, wenn – wie vorliegend – Gefahr im Verzug sei. Indem das Bundesgericht in seinem Urteil vom 20. Mai 2010 festgestellt habe, dass Pokerturniere Glücksspiele darstellten, habe es auch festgestellt, dass die Organisation solcher Pokerturniere gegen die Strafbestimmung von Art. 56 Abs. 1 Bst. a SBG verstosse. Diese Qualifikation der Pokerturniere als Glücksspiele sei mit der Urteilseröffnung am 1. Juni 2010 in Rechtskraft erwachsen. Die Vorinstanz hätte daher ohne weitere Vorwarnung gegen jeden Organisator von Pokerturnieren ein Strafverfahren eröffnen müssen. Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes sei dies nicht vertretbar gewesen. Angesichts unzähliger Anfragen seitens der Veranstalter und Spieler nach der Eröffnung des Bundesgerichtsurteils und mit Blick auf die erhebliche Gefahr, dass die Veranstalter aufgrund einer unzutreffenden Interpretation der Tragweite des Bundesgerichtsurteils oder in dessen Unkenntnis weiterhin gestützt auf die fehlerhafte Qualifikationsverfügung Pokerturniere durchführen würden, habe sie sich daher entschieden, die 183 Betroffenen direkt mit einer Widerrufsverfügung über die geltende Rechtslage in Kenntnis zu setzen.

**4.1.** Der Anspruch auf rechtliches Gehör richtet sich nach Art. 26 ff. VwVG sowie nach Art. 29 Abs. 2 BV. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere auch das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche

Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, sofern dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 132 II 485 E. 3.2).

**4.2.** Die erstinstanzlich verfügende Behörde braucht eine Partei nicht vorgängig anzuhören, wenn Gefahr im Verzug ist, der Partei gegen die Verfügung die Beschwerde zusteht und ihr keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet (Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG). Wann Gefahr im Verzug ist, hat die Behörde *ex ante* zu beurteilen (vgl. PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008 [Kommentar VwVG], N. 27 zu Art. 30 VwVG). Angesprochen sind Fälle, in denen die Betroffenen aufgrund wichtiger Anliegen *und* zeitlicher Dringlichkeit nicht vorgängig angehört werden können. Das schutzwürdige Interesse an der sofortigen Verfügung ohne Anhörung kann öffentlicher oder privater Natur sein. Der befürchtete Nachteil muss indes aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung jedoch völlig auszuschliessen wäre. Die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG sind restriktiv zu handhaben und die Behörde darf sich nur diesen Artikel berufen, wenn sie unverzüglich nach Kenntnis der Gefahrensituation verfügt (vgl. BGE 126 II 111 E. 6b/aa; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009 [Praxiskommentar VwVG], N. 68 ff. zu Art. 30 VwVG; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 309). Auf die vorgängige Anhörung darf nur gänzlich verzichtet werden, wenn der besonderen Gefahrensituation nicht durch eine mildere Massnahme gleichermassen Rechnung getragen werden kann, insbesondere durch Ansetzung einer kurzen Vernehmlassungsfrist von wenigen Tagen. Falls die vorgängige schriftliche Äusserungsmöglichkeit wegen zeitlicher Dringlichkeit ausser Betracht fällt, ist sodann u.U. geboten, bei einschneidenden Eingriffen die Betroffenen wenigstens mündlich anzuhören. Schliesslich fällt auch eine zeitlich befristete

vorsorgliche Massnahme in Betracht (WALDMANN/ BICKEL, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., N. 76 zu Art. 30 VwVG).

**4.3.** Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs offensichtlich nicht gegeben. Nachdem unbestrittenermassen seit Jahren von diversen Veranstaltern Pokerturniere durchgeführt wurden, ist nicht nachvollziehbar, warum die Notwendigkeit des vom Bundesgericht geforderten Rückbaus dieser illegalen Strukturen eine derart akute Gefahrensituation darstellen sollte, dass jede noch so kurze Vernehmlassungsfrist ausgeschlossen gewesen wäre.

Richtig ist, dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber allen 183 Adressaten einen erheblichen Arbeitsaufwand für die Vorinstanz verursacht hätte, beinhaltet das rechtliche Gehör doch eine individuelle Prüfung jeder Stellungnahme und entsprechende Berücksichtigung beim anschliessenden Entscheid und dessen Begründung. Insofern wäre es für die Vorinstanz sehr schwierig gewesen, gegenüber jedem einzelnen dieser Adressaten das rechtliche Gehör zu gewähren und dennoch innert kurzer Zeit zu verfügen.

Derartige praktische Durchführungsprobleme sind indessen grundsätzlich nicht geeignet, eine akute Gefahrensituation im Sinne von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG zu begründen.

**4.4.** Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie ihm keine Gelegenheit gegeben habe, vorgängig zum beabsichtigten Widerruf der Qualifikationsverfügung Stellung zu nehmen, erweist sich daher als begründet.

**4.5.** Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.H.).

In der Lehre wird zwar teilweise die Auffassung vertreten, Heilungen von Gehörsverletzungen seien grundsätzlich abzulehnen bzw. wesentlich zurückhaltender zuzulassen, als dies in der Praxis effektiv geschieht. Begründet wird diese Auffassung einerseits damit, dass der Instanzenzug

dadurch verkürzt werde und der Betroffene sich gegenüber einer negativen Entscheidung einer Behörde durchsetzen müsse. Vor allem aber mache ihn die Behörde durch die Gehörsverweigerung zum Verfahrensobjekt, statt ihn als Partner zu behandeln. Dies könne nicht geheilt werden, sondern müsse sanktioniert werden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1711, m.H.).

Diese Auffassung wird von der Praxis nicht geteilt, jedenfalls dann nicht, wenn eine Rückweisung offensichtlich nur zu einem formalistischen Leerlauf führen würde. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Beschwerdeführer seinen Standpunkt im Rechtsmittelverfahren bereits eingebracht hat, die Vorinstanz dazu Stellung genommen und ihre Begründung ergänzt hat, der Beschwerdeführer sich dazu seinerseits in einem zweiten Schriftenwechsel äussern konnte und die Vorinstanz auch in der Duplik zum Ausdruck bringt, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde. Bei einer solchen Konstellation hätte es wenig Sinn, die Vorinstanz zu verpflichten, eine neue Entscheidung unter Beachtung des rechtlichen Gehörs des Betroffenen zu fällen (vgl. BGE 100 Ib 1 E. 2, ALBERTINI, a.a.O., S. 459). Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist daher selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung lediglich zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.H.).

**4.6.** Eine derartige Situation liegt auch im vorliegenden Fall vor, weshalb trotz der dargelegten schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung abzusehen ist.

## **5.**

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer weiter einen Verstoß gegen die Begründungspflicht. Die angefochtene Widerrufsverfügung sei bezüglich Umfang und Inhalt dünn ausgefallen. Auch habe die Vorinstanz die nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Widerruf von Verfügungen erforderliche Interessenabwägung zwischen den Rechtssicherheitsinteressen und den Gesetzmässigkeitsinteressen nicht vorgenommen. Die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts den Vertrauensschutz überwiegen sollte. Gemäss bundesgerichtlicher

Rechtsprechung und herrschender Lehre würden die Rechtssicherheitsinteressen dann überwiegen, wenn der Private von einer ihm durch eine Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht habe. Dies sei vorliegend der Fall, denn der Beschwerdeführer habe Personal angestellt, Bewilligungen eingeholt, Räumlichkeiten gemietet, Sponsoren gesucht, Turniere geplant usw.

Die Vorinstanz bestreitet, ihre Begründungspflicht verletzt zu haben. Sie habe keinen nennenswerten Entscheidungsspielraum gehabt, weshalb, und weil es um ein Massenverfahren gehe, die Begründung habe kurz ausfallen dürfen. Die angefochtene Verfügung enthalte zudem die entscheidungswesentlichen Überlegungen, welche sie bewogen habe, sämtliche Qualifikationsverfügungen zu widerrufen. Im vorliegenden Fall gehe es um eine ursprünglich fehlerhafte Qualifikationsverfügung, die in formelle Rechtskraft erwachsen sei. In Rechtsprechung und Literatur sei unbestritten, dass ein Verwaltungsakt, der mit dem Gesetz nicht oder nicht mehr vereinbar sei, nicht unabänderlich sei, weshalb die verfügende Behörde auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückkommen könne. Im Licht des Bundesgerichtsurteils sei die von der Vorinstanz mit ihrer Qualifikationspraxis vorgenommene Öffnung des Geldspielmarktes mit den Schutzziele der Spielbankengesetzgebung nicht vereinbar. Die Qualifikationsverfügung an sich habe keine neuen Rechte und Pflichten des Beschwerdeführers begründet. Das Interesse des Beschwerdeführers beschränke sich materiell auf die blosser Feststellung, dass es sich bei seinen Pokerturnierformaten um Geschicklichkeitsspiele handle. Die Vorinstanz habe daher das Interesse an der Wiederherstellung der Gesetzmässigkeit höher gewichtet als das Interesse des Beschwerdeführers am Bestand der fehlerhaften und mit dem Bundesrecht unvereinbaren Feststellung. Gerade der Umstand, dass das Bundesgericht die Beschwerde des Schweizer Casino Verbandes reformatorisch gutgeheissen habe, bringe zum Ausdruck, dass das Bundesgericht das öffentliche Interesse an einem rechtsgleich und transparent regulierten Pokermarkt höher bewerte als das individuelle Interesse der Turnierveranstalter an einer Verlängerung der während den Beschwerdeverfahren 'faktischen Bewilligung'.

**5.1.** Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt auch die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). An die Begründung werden höhere Anforderungen gestellt, je weiter der den Behörden durch die anwendbaren Normen eröffnete Entscheidungsspielraum und je komplexer die Sach- und

Rechtsslage ist. Weiter ist die verfassungsmässige Begründungsdichte abhängig von der Eingriffsintensität des Entscheides. Je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte eingreift, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung eines Entscheides zu stellen. Grundsätzlich muss die Behörde nach der Praxis des Bundesgerichts nur jene Gründe nennen, die für ihren Entscheid von tragender Bedeutung sind (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 888). Die Behörde ist nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr genügt es, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess. Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 35 VwVG, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (vgl. BGE 135 III 513 E. 3.6.5 m.H.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1705 f.).

**5.2.** Im vorliegenden Fall legte Vorinstanz in ihrer Begründung dar, dass und warum sie aufgrund des Urteils des Bundesgerichts vom 20. Mai 2010 ihre Qualifikationsverfügung in Wiedererwägung gezogen hat. Dieses Bundesgerichtsurteil ist publiziert (BGE 136 II 291). Diesbezüglich ist eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht nicht ersichtlich.

In Bezug auf die Frage der Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und dem privaten Interesse des Beschwerdeführers legte die Vorinstanz zwar dar, von welchem überwiegenden öffentlichen Interesse sie ausging. Eine eigentliche Abwägung zwischen diesem öffentlichen Interesse und den Interessen des Beschwerdeführers geht aus der Begründung jedoch nicht hervor. Insbesondere fehlt auch jede Sachverhaltsfeststellung und –würdigung in Bezug auf allfällige Dispositionen des Beschwerdeführers und die Frage von deren Schutzwürdigkeit. Indessen ergibt sich aus der Begründung der angefochtenen Verfügung und den ergänzenden Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, dass sie die Auffassung vertritt, dass diese Interessenabwägung bereits im Urteil des Bundesgerichts vorgenommen worden sei und sich daher jede weitere individuelle Sachverhaltsfeststellung und –würdigung erübrige. Ob diese Auffassung zutrifft oder nicht, ist eine Frage, die nicht die Begründungspflicht betrifft, sondern im Kontext der materiellen Prüfung

zu beantworten sein wird. Die Rüge des Beschwerdeführers, sein Anspruch auf eine rechtsgenügende Begründung sei verletzt, erweist sich somit als unbegründet.

## 6.

Der Beschwerdeführer rügt sodann eine falsche Anwendung von Art. 58 Abs. 1 VwVG. Diese Bestimmung gelte nur im Beschwerdeverfahren. Ein solches habe aber nicht stattgefunden, da die Qualifikationsverfügung vom 14. Oktober 2009 nicht angefochten worden, sondern in Rechtskraft erwachsen sei. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die zur Abänderung rechtsbeständiger Verfügungen geltenden Grundsätze von Rechtsprechung und Lehre zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz erachtet den diesbezüglichen Vorwurf als unbegründet. Die offensichtlich missverständliche Einleitung mit dem Verweis auf Art. 58 Abs. 1 VwVG habe nur als Anknüpfungspunkt dazu gedient um aufzuzeigen, dass der Widerruf von rechtshängigen Verfügungen gesetzlich normiert, der Widerruf von formell rechtskräftigen Verfügungen hingegen keine Grundlage im VwVG habe, sondern sich auf die von Rechtsprechung und Lehre anerkannten Grundsätze zur Abänderung rechtskräftiger Verfügungen stütze. Sie habe den vorgenommenen Widerruf denn auch nicht auf Art. 58 Abs. 1 VwVG gestützt, sondern die anerkannten Grundsätze zur Abänderung rechtskräftiger Verfügungen angewandt.

Die in Frage stehende Qualifikationsverfügung Nr. (...) /02 vom 14. Oktober 2009 ist unbestrittenermassen in formelle Rechtskraft erwachsen. Die Bestimmung von Art. 58 Abs. 1 VwVG kam daher offensichtlich nicht zur Anwendung.

## 7.

In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe das von ihm durchgeführte Turnierformat in ihrer Widerrufsverfügung zu Unrecht als Glücksspiel qualifiziert.

Die Vorinstanz macht dagegen geltend, die Erwägungen des Bundesgerichtsurteils vom 20. Mai 2010 betreffen nicht nur die vor dem Bundesgericht behandelten Turnierformate im Pilotverfahren, sondern sämtliche von der Vorinstanz als Geschicklichkeitsspiele qualifizierten Turnierformate.

**7.1.** Als Glücksspiele im Sinne des Spielbankengesetzes, die nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden dürfen, gelten Spiele, "bei denen gegen Leistungen eines Einsatzes ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht, der ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt" (Art. 3 Abs. 1 SBG).

In seinem Urteil BGE 136 II 291 führte das Bundesgericht aus, die Abgrenzungskriterien, auf die sich die ESBK und das Bundesverwaltungsgericht gestützt hätten, entsprächen zwar der bundesgerichtlichen Praxis zu den automatisierten Spielen, eigneten sich indessen nur beschränkt für die Abgrenzung von Tischspielen. Die Testserien der ESBK wiesen daher nur darauf hin, dass bei "Texas Hold'em Freeze Out"-Pokerturnieren nicht ausschliesslich Glück im Spiel sei, sondern auch der Eignung und Fähigkeit sowie der Erfahrung der einzelnen Spieler eine gewisse Bedeutung zukomme. Sie vermöchten jedoch nicht zu belegen, dass diese Umstände das Zufallselement überwögen. Der Gesetzgeber sei vom klassischen Verständnis ausgegangen, dass Pokerspiele Glücksspiele seien, als er den Bundesrat beauftragte, bei der Bestimmung der in den Casinos zulässigen Glücksspiele, die diesbezüglich "international gebräuchlichen Angebote zu berücksichtigen". Dies schliesse für gewisse Spielformen eine andere Einschätzung durch die ESBK zwar nicht zwingend aus, doch müsse sich diese auf eine sichere Datenbasis stützen können, die es nahelege, dass mit dem entsprechenden Qualifikationsentscheid die vom Gesetzgeber mit der Spielbankenregelung bezweckten Ziele nicht oder zumindest nicht grundlegend in Frage gestellt würden. Nur soweit diese nicht oder nicht wesentlich gefährdet erscheinen, so dass die subsidiären kantonalen Polizeikompetenzen zum Schutz der öffentlichen Interessen genügen, könne – in Abweichung von einer historischen bzw. teleologisch-systematischen – eine den neuen Umständen angepasste geltungszeitliche Auslegung der massgebenden Gesetzesbestimmung überhaupt in Betracht fallen. Die Spielbankenregelung bezwecke, das Glücksspiel um Geld im Rahmen der Bundeskompetenz insgesamt zu erfassen und auf die konzessionierten Spielbanken zu konzentrieren. Damit solle ein sicherer, überwachter Spielbetrieb gewährleistet, die organisierte Kriminalität und die Geldwäscherei im Umfeld von Geldspielen verhindert und sozial schädlichen Auswirkungen des Spielbetriebs nach Möglichkeit vorgebeugt werden. Mit der Übertragung der Kompetenzen einer bestimmten Form von Poker auf die Kantone würden diese Vorgaben praktisch vereitelt und die Kantone verpflichtet, in Abweichung vom Spielbankengesetz eigene fachkundige Bewilligungs-

und Überwachungsstrukturen aufzubauen oder das öffentliche Anbieten entsprechender Geldturniere ausserhalb von Casinos ganz zu verbieten. Die angestrebte Vereinheitlichung und Bereinigung der Glücksspiellandschaft auf Ebene des Bundes würde dadurch zugunsten der kantonalen Regelungen rückgängig gemacht. Die von der ESBK vorgenommene Öffnung sei mit diesem Ziel unvereinbar. Die Einstufung von gewissen Pokerformen als Geschicklichkeitsspiel ohne klare wissenschaftliche Grundlage bzw. ohne einen (neuen) gesetzgeberischen Entscheid führe zu einer unkontrollierten Öffnung des Marktes für private Anbieter von öffentlichen Geldspielen und zu einer Zunahme der Spielanreize ausserhalb des kontrollierten und bundesrechtlich regulierten Rahmens. Zwar lasse sich die Frage, wann der Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall und wann er in hinreichendem Masse von der Geschicklichkeit eines Spielers abhängt, nicht aufgrund eines einzigen Kriteriums entscheiden und die Einschätzung müsse auf einer Gesamtwürdigung beruhen. Die ESBK und das Bundesverwaltungsgericht hätten diesbezüglich zwar zahlreiche Aspekte geprüft, indessen gerade das gesetzlich vorgegebene Hauptkriterium zu wenig gewichtet, nämlich ob sich das Spiel zum Glücksspiel eigne oder leicht zum Glücksspiel verwenden lasse. Dies sei aber im Lichte der Schutzzwecke des Spielbankengesetzes beim öffentlichen Anbieten von "Texas Hold'em"-Turnieren der Fall, auch wenn bei der Turnierform ohne "Rebuy" der Geschicklichkeit eine grössere Bedeutung zukommen möge als bei den "Cash Games". In der Literatur werde angenommen, dass Poker auch in der Turnierform als ein Glücksspiel mit Geschicklichkeitsanteilen anzusehen sei. Die verfügbaren Befunde wiesen zudem darauf hin, dass vom Pokerspiel grundsätzlich erhebliche Suchtgefahren ausgingen. Auch wenn das Suchtpotential von öffentlich zugänglichen Pokerturnieren mit Einsatz- und Gewinnbeschränkungen für sich genommen als gering eingestuft werden könne, führe es doch gewisse Zielgruppen unter dem Deckmantel eines harmlosen Freizeitvergnügens an das (unkontrollierte) Pokerspiel heran, weshalb die Erkenntnisse für die Notwendigkeit einer transparenten Regulierung des Pokermarktes sprächen (vgl. BGE 136 II 291 E. 5.2-5.3).

**7.2.** Der Beschwerdeführer macht geltend, das Turnierformat, das Gegenstand der im vorliegenden Verfahren widerrufenen Qualifikationsverfügung sei, unterscheide sich wesentlich und augenfällig von dem Turnierformat, das Gegenstand des Pilotverfahrens gewesen sei. Insbesondere die Höhe des Buy-in und das Verhältnis zwischen Buy-in und Anzahl Chips seien sehr unterschiedlich, so dass auch die Anzahl

der Hände, die der einzelne Spieler mit den ihm zur Verfügung gestellten Chips im Minimum spielen könne, völlig anders sei.

Die verschiedenen Turnierformate unterscheiden sich zwar in einzelnen Punkten. Dem Urteil des Bundesgerichts kann indessen nicht entnommen werden, dass die Höhe des Buy-ins oder die Anzahl der erhaltenen Chips für die Qualifikation entscheidend gewesen wäre. Aus dem Urteil des Bundesgerichts geht vielmehr unmissverständlich hervor, dass die konkreten Details des von der Vorinstanz bewilligten Spielrahmens für den Entscheid nicht relevant waren, weil die genaue Einhaltung dieser Auflagen oder Bedingungen ausserhalb der Casinos ohnehin nicht sinnvoll kontrolliert werden könne. Bereits anlässlich des ersten Abschreibungsentscheids vertrat das Bundesverwaltungsgericht denn auch die Auffassung, das Bundesgericht habe in seinem Urteil BGE 136 II 291 in genereller Weise die Frage untersucht, ob es sich bei Pokerturnieren des Formats "Texas Hold'em Freeze Out" um Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele handele. Dieses Urteil habe daher nicht nur Auswirkungen auf die darin behandelte Qualifikationsverfügung, sondern auf alle gleichgelagerten Verfügungen (vgl. den Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1770/2008 vom 25. Januar 2011, S. 4). Die Ausführungen des Beschwerdeführers zu den Unterschieden zwischen dem Turnierformat, das Gegenstand des Pilotverfahrens war, und dem Turnierformat, das Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, sind daher unerheblich.

**7.3.** Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, das Bundesgericht habe seinen Entscheid unter anderem damit begründet, dass die Testserien der Vorinstanz und deren Hypothesen nicht zu belegen vermochten, dass Eignung, Fähigkeit und Erfahrungen der einzelnen Spieler das Zufallselement überwögen. Daraus könne gefolgert werden, dass mittels anderer Studien nach wie vor der Beweis erbracht werden könne, dass "Texas Hold'em"-Pokerturniere keine Glücks-, sondern Geschicklichkeitsspiele seien. Zu diesem Zweck legte er diverse Beilagen ins Recht, so ein Strafurteil aus den USA, verschiedene Aufsätze, drei wissenschaftliche Studien zur quantitativen Auswirkung von Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten auf die Gewinnaussichten bei Pokerspielen im Allgemeinen und bei "Texas Hold'em"-Turnieren im Besonderen sowie die statistische Auswertung eines Veranstalters von Pokerturnieren, die den Qualifikationsverfügungen der Vorinstanz entsprachen.

Die Vorinstanz macht dagegen geltend, die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Beilagen und beantragten Beweiserhebungen seien nicht geeignet, den Qualifikationsentscheid zu ändern. Selbst wenn sie weitere Testserien durchführen, sich auf fremde Testreihen abstützen oder neue Studien vorlegen würde, ändere dies nichts am Umstand, dass sich diese Pokerturniere zum Glücksspiel eignen bzw. leicht zum Glücksspiel verwenden liessen.

**7.3.1.** Der Beschwerdeführer weist zwar zutreffend darauf hin, dass das Bundesgericht in seinem Urteil BGE 136 II 291 nicht ausgeschlossen hat, dass Poker-Turnieren allenfalls dann als Geschicklichkeitsspiele qualifiziert werden könnten, wenn entsprechende neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen würden. Wie die Vorinstanz ausführt, ist indessen aufgrund der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung davon auszugehen, dass wissenschaftliche Studien zur Frage der quantitativen Auswirkung von Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten auf die Gewinnaussichten bei "Texas Hold'em"-Turnieren für sich allein keine genügende Basis für eine Qualifikation dieser Turniere als Geschicklichkeitsspiele darstellen können. Nach Meinung des Bundesgerichts stellt diese Frage nur eines unter mehreren Kriterien dar, auf die für die Qualifikation abzustellen ist. Vor allem müsse eine gesicherte Datenbasis vorhanden sein, die annehmen lasse, dass durch die Qualifikation als Geschicklichkeitsspiel die vom Gesetzgeber mit der bundesrechtlichen Spielbankenregelung bezweckten Ziele nicht grundlegend in Frage gestellt würden.

Die vom Beschwerdeführer eingereichten Studien beziehen sich aber ausschliesslich auf die Frage der Auswirkung von Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten auf die Gewinnaussichten. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass diese Beweismittel nicht ausreichend sind, um zu einem anderen Ergebnis zu führen.

**7.3.2.** Im Übrigen erscheinen die Studien auch im Bezug auf die Frage der Auswirkung von Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten auf die Gewinnaussichten nicht als schlüssig:

Es ist unbestritten und wird auch vom Bundesgericht anerkannt, dass "Texas Hold'em" eine Geschicklichkeitskomponente aufweist in dem Sinn, dass ein Spieler mit Taktik, mathematischen Fähigkeiten, einem guten Gedächtnis, Konzentrationsfähigkeit, Lernfähigkeit, schauspielerischem Talent, psychologischem Geschick und einer klugen

Risikoeinschätzung das Spiel in einem gewissen Mass zu seinen Gunsten beeinflussen kann (BGE 136 II 291 E. 5.2.1). Wenn sich bei der statistischen Auswertung der Ergebnisse von Pokerspielen herausstellt, dass bessere oder erfahrenere Spieler ein signifikant besseres Ergebnis erzielen als schlechtere bzw. unerfahrenere Spieler, so beweist dies an sich lediglich das Vorhandensein einer derartigen Geschicklichkeitskomponente. Darüber, ob diese Geschicklichkeitskomponente gegenüber der Zufallskomponente überwiegt oder nicht, sagt diese statistische Feststellung aber noch nichts aus.

Einzig die Studie Hope/McCulloch versucht, den kausalen Einfluss dieser Geschicklichkeitskomponenten mit dem Einfluss von Zufallsfaktoren wie insbesondere der Kartenverteilung zu vergleichen. Die Studie kam zum Resultat, dass in den untersuchten Internet-Pokerspielen nur in einer extrem knappen Mehrzahl (aber immerhin in der Mehrzahl) der Showdowns der Spieler mit den besten Karten gewann (vgl. Studie PACO HOPE/SEAN MCCULLOCH, *Statistical Analysis of Texas Hold'Em*, 4. März 2009, S. 12). Die Studie weist indessen zwei wesentliche Mängel auf: So konnte sie aus methodischen Gründen nur die Daten derjenigen Pokerhände erfassen, die nach vier Setzrunden in einem Showdown endeten (24.3 %). Um für die relevante Frage repräsentativ zu sein, hätte aber das Ergebnis sämtlicher Hände berücksichtigt werden müssen, denn auch die übrigen Hände sind für das Ergebnis eines Turniers relevant. Hinzu kommt, dass in der Studie das Setzverhalten der anderen Spieler unter die Geschicklichkeitskomponenten subsumiert wird, während das Bundesgericht diesen Faktor als nicht selbst kontrollierbar und daher zufallsabhängig einstuft (vgl. BGE 136 II 291 E. 5.2.1). Zwar kann diese Einstufung wohl nicht absolut verstanden werden, gehört es doch gerade zu den typischen Charakteristika des Pokerspiels, das jeder Spieler versucht, das Setzverhalten seiner Mitspieler subtil zu beeinflussen. Mit dem Bundesgericht ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass die diesbezüglichen Einflussmöglichkeiten begrenzt sind und daher jedenfalls nicht ausschliesslich unter die Geschicklichkeitskomponenten subsumiert werden dürfen.

Auch diese Studie ist somit nicht geeignet, einen klaren Nachweis zu erbringen, dass die Geschicklichkeitskomponente gegenüber der Zufallskomponente überwiegt.

**7.4.** Der Beschwerdeführer rügt weiter, die Vorinstanz hätte es in der Hand gehabt, selbst und allenfalls unter Mithilfe von Experten, mittels anderer Studien zu belegen, dass bei "Texas Hold'em"-Poker das Geschicklichkeitselement überwiege. Damit erhebt er sinngemäss den Vorwurf, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt.

Die Vorinstanz macht dagegen geltend, der Umstand, dass es das Bundesgericht in seiner Entscheid bewusst unterlassen habe, die Sache zur Neuurteilung an sie zurückzuweisen, sondern die Beschwerde reformatorisch gutgeheissen habe, belege, dass eine Neuurteilung durch sie nicht angezeigt sei.

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ging das Bundesgericht in seiner Entscheid offensichtlich nicht davon aus, der rechtserhebliche Sachverhalt sei ungenügend abgeklärt, solange zu diesen Fragen keine repräsentativen Studien durchgeführt worden seien, denn es hat in jenem Pilotverfahren die Sache nicht nur kassiert und zu weiteren Abklärungen an die Erstinstanz zurückgewiesen, sondern direkt reformatorisch entschieden.

Da, wie die Vorinstanz darlegt, sämtliche Qualifikationsverfügungen auch die hier in Frage stehende, Pokerturniere der Variante "Texas Hold'em" betreffen und auf den gleichen Entscheidungsgrundlagen basierten, ist auch im vorliegenden Fall von dieser Beurteilung auszugehen.

**7.5.** Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass seit der Durchführung von Pokerturnieren durch private Veranstalter keine sozial schädlichen Auswirkungen wie Spielsucht, Geldwäscherei und Kriminalität aufgetreten seien. Bei Startgeldern von bis zu CHF 250.- sei dies auch nicht anzunehmen.

In seinem Urteil hatte das Bundesgericht ausgeführt, die verfügbaren Befunde wiesen darauf hin, dass vom Pokerspiel grundsätzlich erhebliche Suchtgefahren ausgingen. Wissenschaftliche Studien, die diese Sachverhaltsfeststellung widerlegen würden, hat der Beschwerdeführer nicht beigebracht. Das von ihm angeführte Fernsehinterview mit einem Suchtexperten stellt diesbezüglich offensichtlich kein schlüssiges Beweismittel dar; insbesondere auch darum nicht, weil jener Suchtexperte nach der Darstellung des Beschwerdeführers selbst angegeben hat, dass er in seiner Praxis nur sehr wenige Pokerspieler betreut.

Auch der Höhe des Startgelds kann diesbezüglich keine entscheidende Bedeutung zugemessen werden. Das Bundesgericht geht in seinem Urteil ebenfalls davon aus, dass das Suchtpotential von öffentlich zugänglichen Pokerturnieren mit Einsatz- und Gewinnbeschränkungen für sich genommen als gering eingestuft werden könne, äussert indessen die Befürchtung, dass durch derartige Turniere gewisse Zielgruppen unter dem Deckmantel eines harmlosen Freizeitvergnügens an das (unkontrollierte) Pokerspiel herangeführt würden.

**7.6.** Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss auch eine Ungleichbehandlung mit Lotterien. Diesbezüglich übersieht er indessen, dass Lotterien nicht danach definiert werden, dass sie eine überwiegende Geschicklichkeitskomponente aufweisen würden oder von ihnen keine Suchtgefahr ausgehen würde. Vielmehr stellt das Lotteriegesez eine *lex specialis* gegenüber dem Spielbankengesetz dar (vgl. BGE 137 II 222 E. 7).

**7.7.** Die sinngemässe Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe das von ihm durchgeführte Turnierformat zu Unrecht als Glücksspiel im Sinn von Art. 3 SBG qualifiziert, erweist sich daher als nicht begründet. Vielmehr ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass die Qualifikationsverfügung Nr. (...) /02 vom 14. Oktober 2009 materiell unrichtig sei.

**8.** Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes. Mit der in Rechtskraft erwachsenen Qualifikationsverfügung liege eine Vertrauensgrundlage vor. Mit Ausnahme des vorliegend nicht näher interessierenden Hinweises auf kantonale Vorschriften und andere Auflagen enthalte die Verfügung keine Vorbehalte. Die Vorinstanz habe auch nicht auf das Risiko hingewiesen, welches mit dem damals noch vor Bundesgericht hängigen Beschwerdeverfahren verbunden gewesen sei. Sie habe damit ihre Sorgfaltspflicht verletzt, aus welchem für den Beschwerdeführer ein finanzieller Schaden erwachsen sei. Die fehlende Anfechtung der Qualifikationsverfügung des Beschwerdeführers durch die Casino-Branche, die bis dahin fast alle Qualifikationsverfügungen angefochten habe, lasse ebenfalls den Schluss zu, dass das darin bewilligte Pokerturnierformat offensichtlich überwiegend vom Geschick der Turnierteilnehmer abhängige und damit im Einklang mit dem Spielbankengesetz stehe. Der Beschwerdeführer habe zudem mit Blick

auf das ihm bekannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-517/2008 vom 30. Juni 2009 davon ausgehen dürfen, dass die von der Vorinstanz bei der Qualifikationsverfügung vorgenommene Rechtsanwendung richtig sei. Die vom Bundesgericht vorgenommene Rechtsänderung müsse als unvorhergesehen bezeichnet werden, dies umso mehr, als das Bundesgericht reformatorisch entschieden und die Sache nicht zur Neubeurteilung an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen habe. Überdies habe der Beschwerdeführer gestützt auf die in Rechtskraft erwachsene Qualifikationsverfügung vom 14. Oktober 2009 Dispositionen getroffen, die sich nicht ohne Nachteil wieder rückgängig machen liessen. So sei er Gesellschafter und Geschäftsführer der am 13. Oktober 2009 gegründeten R.\_\_\_\_\_ GmbH, deren Zweck der Betrieb eines Poker- und Gastronomielokals sei. Diese Gesellschaft habe Mitarbeiter angestellt, eine unbefristete Bewilligung über die dauernde Aufhebung der Schliessungsstunde eingeholt und am 31. Mai 2010 einen Mietvertrag über eine feste Dauer von 5 Jahren abgeschlossen, um die von der Vorinstanz als zulässig taxierten Pokerturniere durchführen zu können. Bedingt durch die Widerrufsverfügung hätten Turniere annulliert werden müssen, wodurch er bzw. seine Gesellschaft Verluste erlitten habe. Das aufgrund des Widerrufs sofort geänderte Konzept sei nicht kostendeckend.

Die Vorinstanz hält unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_309/2008 vom 13. August 2008 fest, das Bundesgericht habe in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen zur Qualifikation von Pokerturnierformaten ausdrücklich festgehalten, dass deren Organisation auf eigenes Risiko erfolge und dass, sollten sich gewisse Strukturen herausbilden, diese wieder rückgängig gemacht werden könnten und müssten, falls die Beschwerde des Casino Verbandes gutgeheissen würde. Dass die Qualifikationsverfügung des Beschwerdeführers von der Casinobranche nicht angefochten worden sei, sei nicht darauf zurückzuführen, dass die darin qualifizierten Pokerturnierformate offensichtlich Geschicklichkeitsspiele darstellten, sondern liege darin begründet, dass die Casinobranche nach Anfechtung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-517/2008 vom 30. Juni 2009 vor Bundesgericht auf weitere Beschwerden gegen die seither erlassenen Qualifikationsverfügungen der Vorinstanz verzichtet habe. Nur deshalb sei die Qualifikationsverfügung des Beschwerdeführers sowie 15 weiterer Verfügungsadressaten in formelle Rechtskraft erwachsen. Selbst wenn vorliegend eine Vertrauensgrundlage und gestützt darauf getätigte Dispositionen seitens des Beschwerdeführers, die nicht ohne Nachteil

wieder rückgängig gemacht werden könnten, bejaht würden, könne sich der Beschwerdeführer nicht auf den Vertrauensschutz berufen, da dem Weiterbestand seiner Qualifikationsverfügung überwiegende öffentliche Interessen entgegen stünden. Die Qualifikationsverfügung habe dem Beschwerdeführer nicht das Recht gewährt, Pokerturniere durchzuführen, sondern nur die Rechtslage hinsichtlich der spielbankenrechtlichen Würdigung dieser Turniere verbindlich klargestellt. Die Vorinstanz habe durch die Feststellungsverfügung somit dem Beschwerdeführer weder ursprünglich eine Bewilligung zur Durchführung von Pokerturnieren erteilt noch mit dem Widerruf eine derartige Bewilligung entzogen. Der Eingriff in die Rechtsstellung des Beschwerdeführers erscheine damit im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen als angemessen. Selbst wenn sie dem Beschwerdeführer eine angemessene Übergangsfrist gewährt hätte, bevor die Qualifikation widerrufen worden wäre, hätte diese nichts daran geändert, dass er sich während einer solchen Frist mit der weiteren Durchführung von Pokerturnieren strafrechtlich relevant verhalten hätte. Aus strafrechtlicher Sicht habe daher kein Spielraum bestanden, die Strafverfolgung im Rahmen einer Übergangsfrist auszusetzen. Überdies habe selbst das Bundesgericht auf die Statuierung einer solchen Frist verzichtet und auch die Vorinstanz nicht angewiesen, eine solche vorzusehen, sondern festgehalten, dass die öffentlichen Spielstrukturen rückgängig gemacht werden müssten. Der sofortige Widerruf aller Qualifikationsverfügungen sei daher geeignet und erforderlich gewesen und in einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation gestanden.

**8.1.** Nach Lehre und Rechtsprechung kann eine formell rechtskräftige, aber materiell unrichtige Verfügung nur unter bestimmten Voraussetzungen zurückgenommen werden. Danach sind das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit gegeneinander abzuwägen. In der Regel geht das Postulat der Rechtssicherheit dem Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts vor und ist ein Widerruf nicht zulässig, wenn durch die Verwaltungsverfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Diese Regel gilt allerdings nicht absolut; auch in diesen drei Fällen kann ein Widerruf in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist. Einzubeziehen sind alle

Aspekte des Einzelfalls. Für den Ausgang der Güterabwägung kann insbesondere eine Rolle spielen, wie lange ein gesetzwidriger Zustand schon dauert oder noch andauern würde (vgl. BGE 134 V 257 E. 2.2 m.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 994, 997 f., PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 31 Rz. 21).

**8.2.** Diese Grundsätze gelten in erster Linie für den Widerruf von Gestaltungs- oder Leistungsverfügungen. Ob bzw. inwieweit sie auch in Bezug auf den Widerruf einer formell rechtskräftigen Feststellungsverfügung zur Anwendung kommen, ist zuerst aufgrund der spezifischen Eigenschaften einer Feststellungsverfügung zu untersuchen:

Art. 25 Abs. 3 VwVG bestimmt, dass keiner Partei daraus Nachteile erwachsen dürfen, dass sie im berechtigten Vertrauen auf eine Feststellungsverfügung gehandelt hat. Eine Feststellungsverfügung ist somit eine qualifizierte Vertrauensgrundlage, die besonders geeignet ist, Vertrauen zu begründen. Art. 25 Abs. 3 VwVG verweist insofern im wesentlichen auf die Rechtsprechung zum Vertrauensschutz, die sich ihrerseits auf Art. 5 Abs. 3 und 9 BV abstützt (ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schaffhauser/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 244 f., BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., N. 28 f. zu Art. 25 VwVG, ISABELLE HÄNER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., N. 23 zu Art. 25 VwVG). Die Feststellung, ein bestimmtes Rechtsgeschäft unterliege nicht der Bewilligungspflicht, stellt daher – formell gesehen – zwar keine Bewilligung dar. Sie kann aber insoweit eine geschützte Vertrauensposition schaffen, als sie die Behörden in nachfolgenden Verfahren bindet, sobald und soweit die Feststellungsverfügung in Rechtskraft erwachsen ist, und die Partei, die insofern im berechtigten Vertrauen auf die Verfügung gehandelt hat, vor Nachteilen schützt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A.19/2003 vom 17. Oktober 2003 E. 3; BGE 83 I 317 E. 4).

**8.3.** Aus dieser Funktion der Feststellungsverfügung als qualifizierte Vertrauensgrundlage ergibt sich, dass eine Feststellungsverfügung, die der objektiven Rechtslage widerspricht, zwar grundsätzlich widerrufen werden kann. Der Widerruf kann sich indessen nur ex nunc auswirken, da

für die Frage nach der Schutzwürdigkeit allfälliger Dispositionen der Zeitpunkt massgebend ist, in dem der Verfügungsadressat disponiert hat.

Hat der Verfügungsadressat in berechtigtem Vertrauen auf die in jenem Zeitpunkt formell rechtskräftige Feststellung Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, so ist er in diesem Vertrauen zu schützen.

Der Anspruch auf Vertrauensschutz steht indessen einem Widerruf der objektiv unrichtigen Feststellung nicht zwingend entgegen. So ist insbesondere das Interesse des Verfügungsadressaten am Schutz seiner Dispositionen durch einen Fortbestand der objektiv unrichtigen Feststellungsverfügung gegen allfällige öffentliche Interessen am nachträglichen Widerruf abzuwägen. Obwohl eine derartige Interessenabwägung in Art. 25 Abs. 3 VwVG an sich nicht vorgesehen ist, ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass sie auch in diesem Kontext vorzunehmen ist (vgl. KLEY, a.a.O., S. 245; Bundesgerichtsurteil 1C\_217/2010 vom 3. Februar 2011 E. 4.1; BGE 129 I 161 E. 4.1). Wo das öffentliche Interesse an einem nachträglichen Widerruf überwiegt, ist die Feststellungsverfügung zu widerrufen, der Vertrauensschutz aber auf andere Weise zu gewährleisten, beispielsweise durch angemessene Übergangsregelungen oder durch Schadenersatz (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a.M. 1983, S. 136 f.; dieselbe in: Kommentar VwVG, a.a.O., N. 28 f. zu Art. 25 VwVG).

Eine objektiv rechtswidrige, aber formell rechtskräftige Feststellungsverfügung darf daher auch dann, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse für den Widerruf spricht, nicht einfach widerrufen werden, ohne dass gleichzeitig auch über die Konsequenzen aus einem allfälligen Anspruch auf Vertrauensschutz befunden wird.

**8.4.** Das öffentliche Interesse daran, dass das Verbot der Durchführung von Pokerturnieren, die vom Bundesgericht als Glücksspiele eingestuft wurden, ausserhalb von Casinos rechtsgleich gegenüber allen Veranstaltern gilt und durchgesetzt wird, ist offensichtlich.

**8.5.** Die Vorinstanz hat weder in der angefochtenen Widerrufsverfügung noch in ihren Vernehmlassungen im Rechtsmittelverfahren geprüft, ob der Beschwerdeführer in berechtigtem Vertrauen auf die ursprüngliche, formell rechtskräftige Verfügung erhebliche Dispositionen getroffen hat,

die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Sie macht zur Thematik der Interessenabwägung lediglich geltend, das Bundesgericht habe in seinen Urteilen BGE 136 II 291 vom 20. Mai 2010 und 2C\_309/2008 vom 13. August 2008 ausdrücklich festgehalten, dass die Organisation von Pokerturnieren auf eigenes Risiko erfolge und dass, sollten sich gewisse Strukturen herausbilden, diese wieder rückgängig gemacht werden könnten und müssten, falls die Beschwerde des Schweizer Casino Verbandes gutgeheissen würde.

Entgegen der Annahme der Vorinstanz beziehen sich diese Ausführungen des Bundesgerichts indessen lediglich auf diejenigen Spielstrukturen, die sich herausbilden konnten, weil das Bundesverwaltungsgericht keine vorsorglichen Massnahmen getroffen hatte. Diese Frage stellte sich naturgemäss nur in Bezug auf diejenigen 169 Qualifikationsverfügungen, die beim Bundesverwaltungsgericht angefochten worden waren und bei denen sich eine allfällige Interessenabwägung mangels Vertrauensgrundlage erübrigte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5845/2010 vom 14. Oktober 2011 E. 7.4). Zu den Fragen der Schutzwürdigkeit allfälliger Dispositionen und der Zulässigkeit allfälliger Übergangsfristen bei der Durchsetzung des Verbots von Pokerveranstaltungen gegenüber denjenigen Pokerveranstaltern, deren Qualifikationsverfügungen nicht angefochten und daher formell rechtskräftig geworden waren, kann diesen Bundesgerichtsurteilen dagegen nichts entnommen werden.

**8.6.** Was die Frage betrifft, ob der Beschwerdeführer seine Dispositionen in berechtigtem Vertrauen getroffen hat, so unterscheidet sich der vorliegende Fall insofern von demjenigen der meisten übrigen Adressaten der Qualifikationsverfügungen, als die Verfügung Nr. (...)02 vom 14. Oktober 2009 in formelle Rechtskraft erwachsen ist.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch der Beschwerdeführer bereits vor der Zustellung der Verfügung Nr. (...)02 vom 14. Oktober 2009 wusste, dass die Grundsatzfrage, ob die Vorinstanz Pokerturniere des Formats "Texas Hold'em" zu Recht als Geschicklichkeitsspiele qualifiziert hatte, Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesgericht war. Unter den 169 Verfügungen, die der Schweizer Casino Verband beim Bundesverwaltungsgericht angefochten hatte, befand sich nämlich auch die Qualifikationsverfügung Nr. (...)01, die an den Beschwerdeführer adressiert war. Auch dieses Beschwerdeverfahren war sistiert worden bis zum Entscheid über das Pilotverfahren. Der

Beschwerdeführer kannte unbestrittenermassen das im Pilotverfahren ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2009. Er wusste somit konkret, mit welchen Argumenten der Schweizer Casino Verband die Qualifikationsverfügungen angefochten hatte und dass es dabei nicht um Einzelheiten des Turnierformats wie die Höhe des Buy-ins oder das Verhältnis zwischen Buy-in und Anzahl Chips ging, sondern um die Grundsatzfrage, die all diesen Verfahren gemeinsam und auch für die Qualifikationsverfügung Nr. (...)/02 vom 14. Oktober 2009 entscheidend war, ob Pokerturniere des Formats "Texas Hold'em" Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele darstellten. Er wusste daher, dass diese Grundsatzfrage Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesgericht war, und musste daher mit der Möglichkeit rechnen, dass das Bundesgericht in dieser Frage zu einem andern Schluss kommen würde als die Vorinstanz und das Bundesverwaltungsgericht und entsprechend dem Rechtsbegehren und der Argumentation des Schweizer Casino Verbands dessen Beschwerde reformatorisch gutheissen würde. Von vornherein klar war weiter, dass ein derartiger Entscheid sich indirekt auch auf die übrigen Verfügungsadressaten auswirken würde, da eine unterschiedliche Praxis in der Strafverfolgung auf Dauer nicht mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbar sein würde.

Angesichts dieser Umstände unterscheidet sich die Vertrauensgrundlage des Beschwerdeführers trotz der formellen Rechtskraft seiner Qualifikationsverfügung nicht wesentlich von derjenigen der 168 übrigen Verfügungsadressaten, deren Qualifikationsverfügungen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten worden waren. Soweit er allenfalls Dispositionen getroffen hat, die in zeitlicher Hinsicht die Möglichkeit einer reformatorischen Gutheissung der Beschwerde des Schweizer Casino Verbandes durch das Bundesgericht und die sich daraus aufdrängenden Konsequenzen nicht berücksichtigten, sind diese Dispositionen nicht schutzwürdig.

#### **9.**

Im Ergebnis ist die Beschwerde daher abzuweisen.

#### **10.**

Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen bzw. im Verhältnis des jeweiligen Unterliegens den Parteien aufzuerlegen. Ausnahmsweise können sie der unterliegenden Partei auch erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem

Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.3]). Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt der Beschwerdeführer als unterliegend, doch darf gestützt auf Art. 63 Abs. 1 in fine VwVG im Verfahrenskostenpunkt zusätzlich berücksichtigt werden, dass sein Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz grob verletzt wurde. Es sind ihm daher lediglich reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 2000.- aufzuerlegen und mit dem am 13. September 2010 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3000.- zu verrechnen.

#### **11.**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 2 VGKE). Eine Grundlage, um einer im Ergebnis vollständig unterliegenden Partei ex aequo et bono eine Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei oder der Vorinstanz aufzuerlegen, enthält indessen weder das Gesetz noch die Verordnung (vgl. B-1687/2010 E. 11). Ein Anspruch auf Parteikostenersatz besteht daher nicht.

#### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

##### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

##### **2.**

Dem Beschwerdeführer werden reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- auferlegt. Die Verfahrenskosten werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet und dem Beschwerdeführer wird der Betrag von Fr. 1'000.- zurückerstattet.

##### **3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen

##### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. J232-0328; Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 17. Oktober 2011