



Urteil vom 14. Oktober 2011

Besetzung

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

Parteien

Z. _____,
vertreten durch Dr. iur. Jascha Schneider-Marfels,
Rechtsanwalt, 4001 Basel,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Qualifikation von Pokerturnieren, Widerruf.

Sachverhalt:**A.**

A.a Z. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist Veranstalter von Pokerturnieren. Mit Gesuch vom 3. Dezember 2007 beantragte er bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK (nachfolgend: Vorinstanz oder ESBK), dass seine Pokerturnierformate "Texas Hold'em Unlimited (Freeze Out)" als Geschicklichkeitsspiele zu qualifizieren seien.

A.b Mit Verfügung Nr. (...) /01 vom 23. April 2008 entsprach die Vorinstanz diesem Gesuch.

A.c Am 12. Juni 2008 erhob der Schweizer Casino Verband dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Qualifikationsverfügung sowie die Feststellung, dass es sich bei den von der Vorinstanz beurteilten Pokerturnieren um Glücksspiele im Sinne des Spielbankengesetzes handle, die nur in konzessionierten Spielbanken angeboten werden dürften (Beschwerdeverfahren B-3995/2008).

A.d Mit Verfügung vom 26. Juni 2008 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren B-3995/2008 bis zum Vorliegen eines Entscheids in einem der Parallelverfahren.

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

A.f Gegen diesen Entscheid erhob der Schweizer Casino Verband Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess mit Urteil BGE 136 II 291 vom 20. Mai 2010 die Beschwerde des Schweizer Casino Verbandes 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.

B.

Gestützt auf dieses Urteil des Bundesgerichts widerrief die Vorinstanz mit Verfügung Nr. (...) /02 vom 9. Juni 2010 (Zustellung mit Schreiben vom 6. Juli 2010) wiedererwägungsweise ihre Qualifikationsverfügung Nr. (...) /01

vom 23. April 2008 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.

C.

Der Beschwerdeführer erhebt am 16. August 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 vollumfänglich aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Auflage, den Sachverhalt neu abzuklären und dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Überarbeitung seines ursprünglichen Gesuchs zu erteilen sowie eine Übergangsfrist von sechs Monaten zu gewähren, um seinen Pokerturnierbetrieb umzustellen oder zu schliessen. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Bundesrecht, eine falsche bzw. unvollständige Feststellung des Sachverhalts, sowie Unangemessenheit bzw. eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

D.

Mit Eingabe vom 15. September 2010 verzichtet der Schweizer Casino Verband auf die Geltendmachung von Parteirechten.

E.

Am 15. Oktober 2010 lässt sich die Vorinstanz vernehmen. Sie hält an ihren Anträgen fest und bringt vor, der Einwand der Verletzung des rechtlichen Gehörs, insbesondere der Verletzung der Begründungspflicht, sei unbegründet. Der Beschwerdeführer habe zuverlässige Kenntnis von den Entscheidungsgründen gehabt und sei gestützt auf die Ausführungen und den Verweis auf das Bundesgerichtsurteil in der angefochtenen Verfügung in der Lage gewesen, sich mit diesen Gründen auseinander zu setzen und sie gegebenenfalls anzufechten.

F.

Mit Replik vom 16. Dezember 2010 verweist der Beschwerdeführer auf eine inzwischen angepasste Version seines Turnierkonzepts, die er der Vorinstanz zur Überprüfung im Hinblick auf die Qualifikation als

Geschicklichkeitsspiel zugestellt habe. Daher stelle er den Verfahrens Antrag, das vorliegende Verfahren so lange zu sistieren, bis die Vorinstanz diesbezüglich entschieden habe.

G.

Die Vorinstanz beantragt mit Duplik vom 13. Januar 2011 die Abweisung der Beschwerde sowie des Verfahrens Antrags des Beschwerdeführers auf Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Entscheid über das neuerliche Qualifikationsgesuch. Für die Vorinstanz bestehe vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesgerichts BGE 136 II 291 keine Möglichkeit, Pokerturniere als Geschicklichkeitsspiele zu qualifizieren, und das vom Beschwerdeführer unterbreitete Pokerturnierkonzept gebe keinen Anlass, von dieser Rechtsauffassung abzurücken.

H.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2011 reicht der Beschwerdeführer eine weitere Studie als Beweismittel ein und beantragt die Erstellung eines Gutachtens, welches aus rechtlicher und statistischer Sicht darüber Aufschluss gebe, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen beim Poker die Geschicklichkeitskomponente überwiege.

I.

Mit Stellungnahme der Vorinstanz vom 23. Juni 2011 beantragt die Vorinstanz, der Antrag des Beschwerdeführers auf Ausarbeitung eines derartigen Gutachtens sei abzuweisen.

J.

Am 8. Juli 2011 reicht der Beschwerdeführer ein von Prof. L. _____, Universität Basel, verfasstes Kurzgutachten ein und macht geltend, daraus ergebe sich, dass sich die Vorinstanz nur in ungenügender Weise mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt und die Rechtslage falsch interpretiert habe. Aus dem Bundesgerichtsentscheid gehe hervor, dass es einer Einzelfallüberprüfung bedürfe um festzustellen, ob eine Form des Pokerspiels unter der Gattung der Glücks- oder Geschicklichkeitsspiele einzuordnen sei.

K.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 5. August 2011, das Kurzgutachten sei aus den Akten zu weisen. Es stelle keine materiell-wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob bei Pokerturnieren die Glücks- oder Geschicklichkeitskomponente

überwiege, dar, sondern beinhalte lediglich eine Würdigung des einschlägigen Bundesgerichtsentscheids.

L.

Mit Zwischenverfügung vom 8. August 2011 wies die Instruktionsrichterin sowohl den Antrag der Vorinstanz, das Kurzgutachten sei aus dem Recht zu weisen, als auch den Antrag des Beschwerdeführers vom 16. Dezember 2010, das Verfahren sei bis zum Entscheid der Vorinstanz über ein weiteres, angepasstes Gesuch von ihm zu sistieren, ab.

M.

Auf die Begründung der Anträge des Beschwerdeführers und der Vorinstanz wird, soweit notwendig, in den Erwägungen eingegangen.

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 15. 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]).

Die Qualifikationsverfügung Nr. (...) /01 vom 23. April 2008, welche durch die angefochtene Verfügung widerrufen wurde, sowie die angefochtene Widerrufsverfügung stellen derartige Feststellungsverfügungen dar.

3.

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer vor, er habe vor Erlass der angefochtenen Verfügung keinerlei Gelegenheit erhalten, seine Sicht der Dinge darzulegen oder am Beweisverfahren mitzuwirken, was insbesondere deshalb von Bedeutung sei, weil er sich auch im Verfahren B-3995/2008 bislang nicht zu den Argumenten der in jenem Verfahren beschwerdeführenden Gegenseite habe äussern können. Er müsse sich den Ausgang des Musterfalles in formaler Hinsicht keineswegs anrechnen zu lassen. Die Vorinstanz hätte ihm vielmehr Gelegenheit geben müssen, sich zum Ausgang des Musterfalles zu äussern. Da ein Teil der zahlreichen gleichlautenden Allgemeinverfügungen in Rechtskraft erwachsen seien, habe er angesichts der erheblichen Rechtsunsicherheit darauf vertrauen dürfen, im Anschluss an den Entscheid des Bundesgerichts mindestens einmal Gelegenheit zu erhalten, seine Sicht der Dinge darzulegen. Dieser formale Mangel lasse sich im vorliegenden Verfahren nicht heilen. Das Bundesgericht habe die Gutheissung der

Beschwerde im Musterfall BGE 2C_694/2009 damit begründet, dass das Überwiegen der Geschicklichkeitskomponente aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht wissenschaftlich nachgewiesen sei und darauf hingewiesen, dass die Testserien der Vorinstanz und ihre Hypothesen nicht aussagekräftig genug gewesen seien. Demnach habe das Bundesgericht die Qualifikation der vorliegend strittigen Pokerturnierformate als Geschicklichkeitsspiele nicht per se ausgeschlossen, sondern die Auffassung vertreten, dass die Abklärungen der Vorinstanz einer rechtlichen Überprüfung nicht standhielten. Es sei somit nicht auszuschliessen, dass neue Testreihen sowie neue wissenschaftliche Erkenntnisse den Beweis liefern könnten, die strittigen Pokerformate doch als Geschicklichkeitsspiele zu qualifizieren. Es könne nicht die Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts sein, die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu heilen. Die Vorinstanz verfüge über ausserordentliches Fachwissen im zur Diskussion stehenden Bereich, und es sei ihre Aufgabe, allenfalls aufgrund der neuen bundesgerichtlichen Kriterien neue Testreihen durchzuführen und sich zumindest damit zu beschäftigen. Es gehe nicht an, dass diese Aufgabe dem Bundesverwaltungsgericht übertragen werde, da dieses auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen könne. Angesichts dieser Ausgangslage hätte die Vorinstanz ihm Gelegenheit geben müssen, sich zumindest zum Ausgang des Musterfalls zu äussern und Beweise für seine Hypothese beizubringen.

Die Vorinstanz bestreitet, dass eine Verletzung des 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.

3.1. 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).

3.2. 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, 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 auf diese Bestimmung 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).

3.3. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen für einen Verzicht auf eine vorgängige 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 zwar, 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 offensichtlich 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. Der Begründung der Vorinstanz, warum sie auf eine vorgängige Anhörung des Beschwerdeführers verzichtet hat, kann daher nicht gefolgt werden.

3.4. Die Rüge des Beschwerdeführers, er habe vor Erlass der angefochtenen Verfügung keinerlei Gelegenheit erhalten, seine Sicht der

Dinge darzulegen oder am Beweisverfahren mitzuwirken, ist indessen nur teilweise begründet.

Zu berücksichtigen ist nämlich, dass es sich um einen Widerruf *lite pendente*, d.h. während eines hängigen Beschwerdeverfahrens handelt. Das Verfahren, das letztlich zur angefochtenen Widerrufsverfügung führte, wurde am 3. Dezember 2007 durch ein Gesuch des Beschwerdeführers eingeleitet, in dem er die Vorinstanz um die Feststellung ersuchte, dass die von ihm veranstalteten Pokerturniere keine Glücksspiele im Sinne von Art. 3 Abs. 1 SBG darstellten. Die für den Entscheid über dieses Gesuch und damit auch für den Widerruf der ersten Qualifikationsverfügung relevanten Sach- und Rechtsfragen haben sich im Verlauf des Verfahrens nicht geändert. Es trifft somit nicht zu, dass der Beschwerdeführer bisher keine Gelegenheit gehabt hätte, seine Sicht der Dinge darzulegen oder am Beweisverfahren mitzuwirken. Vielmehr hätte er bereits mit seinem Gesuch seine Argumente in das Verfahren einbringen und Beweismittel einreichen können. Lediglich zu den Vorbringen in der Beschwerde im Verfahren B-3995/2008 sowie zum Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2010 konnte er vor dem Widerruf der Qualifikationsverfügung noch keine Stellung nehmen.

3.5. Zu prüfen ist in daher in der Folge, ob diese Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden kann.

3.5.1. 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. ULRICH

HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, 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 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, einen neuen Entscheid 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.).

3.5.2. Massgebend für die Zulässigkeit einer derartigen Heilung im vorliegenden Verfahren ist, dass das ursprüngliche Verfahren, das die Rechtmässigkeit der Qualifikationsverfügung Nr. (...) /01 vom 23. April 2008 zum Gegenstand hatte, im Zeitpunkt des Widerrufs bereits vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig war. Hätte die Vorinstanz ihre Qualifikationsverfügung nicht widerrufen, so hätte das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-3995/2008 den heutigen Beschwerdeführer und damaligen Beschwerdegegner zur Beschwerdeantwort und die Vorinstanz zur Vernehmlassung eingeladen und dann über diese Frage geurteilt. Durch den Erlass der Widerrufsverfügung wurde der Beschwerdeführer zwar neu in die Beschwerdeführerrolle gedrängt; an der Instanz, vor der er seine Argumente vorbringen kann, und an deren Kognition änderte sich indessen nichts.

Die Beschwerdeschrift im Verfahren B-3995/2008 wurde dem Beschwerdeführer bereits in jenem ersten Verfahren zur Kenntnis zugestellt und das Urteil des Bundesgerichts ist publiziert (vgl. BGE 136 II

291). Anlässlich seiner Beschwerde und seiner Replik im vorliegenden Verfahren hatte der Beschwerdeführer daher Gelegenheit, dazu sowie zur Begründung des Widerrufs Stellung zu nehmen und eigene Beweismittel einzureichen.

3.5.3. Die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs kann daher ohne Weiteres im vorliegenden Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden.

4.

In formeller Hinsicht rügt der Beschwerdeführer weiter einen Verstoß gegen die Begründungspflicht. Die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb sie auf neue Testreihen verzichte, obwohl das Bundesgericht nicht ausgeschlossen habe, dass Pokerturniere als Geschicklichkeitsspiele qualifiziert werden könnten. Zudem sei in der angefochtenen Verfügung keine eigentliche Interessenabwägung erfolgt.

Die Vorinstanz bestreitet, ihre Begründungspflicht verletzt zu haben. Sie habe keinen nennenswerten Entscheidungsspielraum gehabt. Ausserdem habe es sich um ein Massenverfahren gehandelt. Aus diesen Gründen habe die Begründung kurz ausfallen dürfen. Die angefochtene Verfügung enthalte zudem die entscheidungswesentlichen Überlegungen, welche sie bewogen habe, sämtliche Qualifikationsverfügungen zu widerrufen.

4.1. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folgt 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 Rechtslage 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.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1705 f.).

4.2. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen erfüllt. Die Vorinstanz legte 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). Eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht ist daher nicht ersichtlich.

Ob die Vorinstanz vor einer allfälligen Wiedererwägung ihrer Qualifikationsverfügungen neue Testreihen durchführen und eine eigentliche Abwägung der in Frage stehenden öffentlichen Interessen gegen die privaten Interessen des Beschwerdeführers hätte vornehmen sollen, sind Fragen, die nicht die Begründungspflicht betreffen, sondern im Kontext der materiellen Prüfung zu beantworten sein werden.

5.

Der Beschwerdeführer rügt weiter eine unzulässige Anwendung von Art. 58 VwVG. Die Vorinstanz habe sich zum strittigen Sachverhalt bereits verbindlich im Musterverfahren (BGE 136 II 291) geäußert. Die Vernehmlassung im Musterfall sei ihr im vorliegenden Verfahren "anzurechnen".

5.1. Nach dem Prinzip des Devolutiveffekts geht die Zuständigkeit zum Entscheid über eine angefochtene Verfügung grundsätzlich an die Beschwerdeinstanz über; mit der Rechtshängigkeit wird der Verwaltung mit andern Worten die Herrschaft über den Streitgegenstand, insbesondere auch in Bezug auf die tatsächlichen Verfügungs- und Entscheidungsgrundlagen, grundsätzlich entzogen. Mit der Einreichung der Beschwerde geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, grundsätzlich auf das Bundesverwaltungsgericht als funktionell übergeordnete Rechtsmittelinstanz über (vgl. Art. 54 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wird damit zuständig, sich mit der Angelegenheit zu befassen, und die Vorinstanz verliert die Herrschaft über den Streitgegenstand (Prinzip des Devolutiveffekts). Der Devolutiveffekt erleidet indessen durch Art. 58 Abs. 1 VwVG einen teilweisen Aufschub: Diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die

Vorinstanz bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen kann.

Der Zweck von Art. 58 VwVG ist ein prozessökonomischer: Mit dieser Bestimmung soll der Behörde erlaubt werden, eine erkannte Fehlleistung durch eine neue Verfügung zu beheben, bevor die Beschwerdebehörde entsprechend entscheidet (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 31 N. 22 f). In der Praxis werden Wiedererwägungen daher auch nach der Vernehmlassung noch zugelassen, wobei die genaue zeitliche Grenze möglicherweise nicht ganz einheitlich gehandhabt wird (vgl. AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 58, N. 12; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 189; ANDREA PFLEIDERER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., N. 36 zu Art. 58 VwVG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Wiedererwägung durch die Vorinstanz nach Abschluss des Schriftenwechsels nichtig (vgl. BGE 130 V 138 E. 4.2). Das Bundesverwaltungsgericht erachtet Wiedererwägungen nach der ersten Vernehmlassung, aber noch innerhalb eines weiteren Schriftenwechsels daher als zulässig (vgl. Abschreibungsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-4718/2010 vom 27. Oktober 2010; vgl. auch PFLEIDERER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., N. 24 zu Art. 58 VwVG). Auf diese allenfalls unterschiedlichen Nuancen in Lehre und Rechtsprechung braucht indessen im vorliegenden Fall nicht näher eingegangen zu werden, denn sie betreffen lediglich die Frage, ob bzw. bis wie lange *nach* der ersten Vernehmlassung eine Vorinstanz ihre Verfügung *lite pendente* in Wiedererwägung ziehen kann. Dass die Vorinstanz aber jedenfalls bis zum Einreichen ihrer ersten Vernehmlassung ihre Verfügung zu Gunsten des Beschwerdeführers in Wiedererwägung ziehen kann, ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut von Art. 58 Abs. 1 VwVG und ist in Lehre und Praxis völlig unumstritten.

5.2. Es ist nicht ersichtlich, warum der Umstand, dass die Vorinstanz im Parallelverfahren B-517/2008 eine Vernehmlassung eingereicht hatte, einen Einfluss auf den Devolutiveffekt im vorliegenden Verfahren haben und diesen – in Abweichung vom Art. 58 Abs. 1 VwVG – früher eintreten lassen sollte. Die Argumentation des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe sich zum strittigen Sachverhalt bereits verbindlich im Pilotverfahren B-517/2008 geäußert, weshalb ihr die Vernehmlassung in jenem Verfahren "anzurechnen" sei, ist daher unbehelflich.

6.

In materieller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe das von ihm durchgeführte Turnierformat in ihrer Widerrufungsverfügung zu Unrecht als Glücksspiel qualifiziert. Sie habe den Sachverhalt diesbezüglich nur ungenügend festgestellt. Das Bundesgericht habe seinen Entscheid im Pilotverfahren explizit damit begründet, dass die anhand der Rechtsprechung zum Glücksspielautomaten entwickelten Hypothesen und Testreihen nicht aussagekräftig seien. Daher hätte die Vorinstanz abklären müssen, ob neue wissenschaftliche Methoden oder Testreihen bekannt seien, die Aufschluss darüber geben, ob Pokerturniere mit der Bezeichnung "Texas Hold'em No-Limit (Freeze Out)" Geschicklichkeits- oder Glücksspiele seien. Auf jeden Fall sei abzuklären, ob es sich bei der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Turnierform um dieselbe Variante handle, wie sie das Bundesgericht als Glücksspiel eingestuft habe.

Die Vorinstanz wendet ein, die vom Beschwerdeführer ins Recht gelegten Beilagen und beantragten Beweiserhebungen würden keine Änderung des Qualifikationsentscheids herbeiführen. Selbst wenn sie weitere Testserien durchführen würde, 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. Der Umstand, dass es das Bundesgericht in seinem Entscheid bewusst unterlassen habe, die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, sondern die Beschwerde reformatorisch gutgeheissen habe, belege, dass eine Neubeurteilung durch die Vorinstanz nicht angezeigt sei.

6.1. 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).

6.2. Gemäss Art. 12 VwVG hat die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Sie muss die für das Verfahren notwendigen Sachverhaltsunterlagen beschaffen und die rechtlich relevanten Umstände abklären. Dieses Untersuchungsprinzip wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert (Art. 13 Abs. 1 VwVG). Die Parteien sind gehalten, sich an der Feststellung des Sachverhalts zu

beteiligen, wenn sie das Verfahren, wie vorliegend, durch eigenes Begehren eingeleitet haben (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG).

6.3. 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).

6.4. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob es sich bei seinem Turnierformat um dieselbe Variante handle wie diejenige, die das Bundesgericht als Glücksspiel eingestuft habe. Er rügt auch diesbezüglich eine unvollständige Sachverhaltsabklärung.

Warum weitere Sachverhaltsabklärungen notwendig sein sollten bezüglich der Frage, ob es sich bei der Turnierform, die Gegenstand des Gesuchs des Beschwerdeführers ist, um dieselbe Variante handle wie diejenige im Pilotverfahren, die das Bundesgericht als Glücksspiel

eingestuft hat, ist unerfindlich, denn die relevanten Eckdaten beider Turniere wurden durch die Vorinstanz bereits anlässlich der ursprünglichen Qualifikationsverfügungen abgeklärt.

Die verschiedenen Turniere unterscheiden sich zwar in einzelnen Punkten. Aus dem Urteil des Bundesgerichts geht indessen 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 können. 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 handle. 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).

Was die Vorinstanz daher in Bezug auf den Vergleich zwischen der Turnierform, die Gegenstand des Pilotverfahrens war, und der Turnierform, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, weiter hätte abklären müssen, hat der Beschwerdeführer nicht substantiiert und ist auch nicht ersichtlich.

6.5. Der Beschwerdeführer beantragt, die Vorinstanz habe verschiedene Anfragen zu tätigen und verschiedene Expertisen einzuholen. Diese Beweisanträge stellt er indessen erstmals im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Der Vorwurf, sie habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt, könnte der Vorinstanz daher nur gemacht werden, wenn es sich um Beweise handeln würde, die sie aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen hätte erheben müssen.

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. Das Bundesgericht erachtete eine derartige Qualifikation als möglich, sobald eine gesicherte Datenbasis vorhanden sei, die annehmen lasse, dass durch eine derartige

Qualifikation die vom Gesetzgeber mit der bundesrechtlichen Spielbankenregelung bezweckten Ziele nicht grundlegend in Frage gestellt würden. Das Bundesgericht ging indessen offensichtlich nicht davon aus, der rechtserhebliche Sachverhalt sei nicht genügend 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 Pokerturniere der Variante "Texas Hold'em" betreffen und auf den gleichen Entscheidungsgrundlagen basierten, ist auch im vorliegenden Fall von dieser Beurteilung auszugehen.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Rüge, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nur ungenügend ermittelt, als nicht begründet.

6.6. Zum Nachweis seines Standpunkts, das von ihm durchgeführte Turnierformat sei nicht als Glücks-, sondern als Geschicklichkeitsspiel zu qualifizieren, hat der Beschwerdeführer – neben einem ausländischen Urteil, verschiedenen Aufsätzen und einem Rechtsgutachten, denen kein Beweischarakter zukommt – auch drei wissenschaftliche Studien eingereicht. Dabei handelt es sich um statistische Untersuchungen zur quantitativen Auswirkung von Geschicklichkeits- und Zufallskomponenten auf die Gewinnaussichten bei Pokerspielen im Allgemeinen und bei "Texas Hold'em"-Turnieren im Besonderen.

6.6.1. 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 indessen zutreffend ausführt, ist 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.

6.6.2. 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.

6.7. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und 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 vom 23. April 2008 materiell unrichtig sei.

7.

Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung seines Anspruchs auf Vertrauensschutz. Die Vorinstanz habe versäumt abzuklären, in welchem Umfang er Pokerturniere durchführe und welche finanziellen Dispositionen er getroffen habe. Angesichts der finanziellen Investitionen und der zur Diskussion stehenden Arbeitsplätze überwiege sein privates Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz. Die Qualifikationsverfügungen stellten Allgemeinverfügungen dar, welche in verschiedenen Parallelverfahren rechtskräftig geworden seien. Aufgrund der Rechtsgleichheit sowie der Rechtssicherheit sei ihm daher gestattet gewesen, wie seine Marktkonkurrenten Pokerturniere durchzuführen. Der Widerruf verletzte die in der Verfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit, denn sie untersage ihm per sofort, seiner Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine derart drastische Massnahme liege nicht im öffentlichen Interesse, da Arbeitsplätze und Steuersubstrat vernichtet und Sozialkassen belastet würden. Der Widerruf sämtlicher Qualifikationsverfügungen per sofort

verletzte auch das Verhältnismässigkeitsprinzip. Bereits aus dem Vertrauensgrundsatz ergebe sich, dass im Minimum eine Übergangsfrist hätte erteilt werden müssen. Diese Übergangsfrist könnte mit Auflagen verbunden werden (z. B. Limitierung der Startgebühren, Anpassung der Preisgeldstruktur, Höhe der Blinds). Eventualiter sei ihm als milderer Mittel eine angemessene Übergangsregelung von sechs Monaten zugestehen, um seinen Spielbetrieb umzustellen oder zu schliessen.

Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, sie sei nicht verpflichtet gewesen abzuklären, in welchem Ausmass der Beschwerdeführer in den vergangenen zwei Jahren Pokerturniere durchgeführt habe. Selbst wenn eine Vertrauensgrundlage und gestützt darauf getätigte, nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen des Beschwerdeführers bejaht würden, könne sich der Beschwerdeführer nicht auf den Vertrauensschutz berufen, da vorliegend überwiegende öffentliche Interessen entgegen stünden. Diese beständen in der Beseitigung der im Zusammenhang mit dem Bundesgerichtsurteil entstandenen Rechtsunsicherheit. Das objektive Recht solle rasch durchgesetzt werden. Die verfolgten öffentlichen Interessen überwögen den Anspruch des Beschwerdeführers in den Schutz seines Vertrauens in die blosser Feststellung, dass es sich bei den geprüften Turnierformaten um Geschicklichkeitsspiele handle. Der sofortige Widerruf aller Qualifikationsverfügungen sei erforderlich gewesen, nachdem das Bundesgericht die fraglichen Pokerturniere generell als Glücksspiele beurteilt habe. Die Organisation von Glücksspielen stelle eine Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz dar. Aus strafrechtlicher Sicht bestehe kein Spielraum für das Aussetzen der Strafverfolgung im Rahmen einer Übergangsfrist. Überdies habe auch das Bundesgericht in seinem Urteil keine Übergangsfrist statuiert, sondern festgehalten, dass die öffentlichen Spielstrukturen rückgängig gemacht werden müssten.

7.1. 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 mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 994, 997 f., TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 21).

7.2. Diese Grundsätze gelten in erster Linie für den Widerruf von Gestaltungs- oder Leistungsverfügungen. Ob bzw. inwieweit sie auch in Bezug auf den Widerruf einer 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: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], 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).

7.3. Es ergibt sich somit, dass bei Feststellungsverfügungen wie bei Leistungs- oder Gestaltungsverfügungen der Grundsatz gilt, dass Wiedererwägungen von formell noch nicht rechtskräftigen Verfügungen nicht denselben (strengen) Voraussetzungen unterworfen sind, wie sie für den Widerruf formell rechtskräftiger Verfügungen gelten. Massgebend hierfür ist die Überlegung, dass das Gebot der Rechtssicherheit und der Vertrauensgrundsatz bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft der Verfügung nicht die gleiche Bedeutung haben können wie nach diesem Zeitpunkt. In der Regel darf die Behörde daher, ohne dass besondere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, auf eine unangefochtene Verfügung zurückkommen, solange die Rechtsmittelfrist nicht abgelaufen ist. In gleicher Weise darf sie gestützt auf Art. 58 Abs. 1 VwVG ihre angefochtene und daher ebenfalls formell noch nicht rechtskräftige Verfügung während eines hängigen Beschwerdeverfahrens zurücknehmen und durch eine neue ersetzen (vgl. BGE 134 V 257 E. 2.2; BGE 129 V 110 E. 1.2.1; BGE 121 II 273 E. 1a/aa mit Hinweisen; vgl. ANNETTE GUCKELBERGER, Der Widerruf von Verfügungen im schweizerischen Verwaltungsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2007 S. 309 f.; MÄCHLER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 58, N. 12; ANDREA PFLEIDERER, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., N. 16 zu Art. 58 VwVG).

7.4. Im vorliegenden Fall erfolgte der Widerruf der materiell unrichtigen Verfügung während eines hängigen Beschwerdeverfahrens, und damit, bevor sie in formelle Rechtskraft erwachsen war. Der Beschwerdeführer kann sich daher auf keine hinreichende Grundlage berufen, um darauf zu vertraut zu haben, dass die ursprüngliche Qualifikationsverfügung richtig sei. Ein allfälliges diesbezügliches Vertrauen seinerseits ist daher nicht schutzwürdig, weshalb sich eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am Widerruf der materiell unrichtigen Verfügung und den privaten Interessen des Beschwerdeführers erübrigt. Für die Vorinstanz bestand daher kein Anlass, irgendwelche Sachverhaltsabklärungen zu diesen privaten Interessen des Beschwerdeführers zu tätigen oder diese Interessen in der Begründung ihrer Widerrufsverfügung zu thematisieren.

Die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers erweisen sich daher als unbegründet.

7.5. Auch das Argument des Beschwerdeführers, die Qualifikationsverfügungen in verschiedenen Parallelverfahren seien

formell rechtskräftig geworden, weshalb er sich diesbezüglich auf den Anspruch auf Rechtsgleichheit berufe, ist unbehelflich:

Der Gleichheitsgrundsatz von Art. 8 BV sichert den Betroffenen grundsätzlich nur den Anspruch auf eine Gleichbehandlung im Recht zu. Der Umstand, dass in einigen Fällen das Gesetz nicht oder unrichtig angewandt worden ist, lässt in der Regel keinen Anspruch darauf entstehen, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Nach herrschender Lehre und ständiger Praxis besteht daher grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, denn der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip im Konfliktfall in der Regel vor. Besteht allerdings eine ständige gesetzeswidrige Praxis der Behörde und ist keine Bereitschaft der Behörde zu erkennen, von dieser Praxis abzuweichen, so haben die Betroffenen einen Anspruch darauf, ebenfalls in Abweichung vom Gesetz behandelt zu werden (vgl. BGE 127 I 1 E. 3 mit Hinweisen, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 518.), TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 23 Rz. 18 ff).

Die ersten 169 Qualifikationsverfügungen der Vorinstanz wurden beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und wurden nie rechtskräftig. Erst einige spätere Verfügungen erwachsen in formelle Rechtskraft. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts im Pilotverfahren widerrief die Vorinstanz sämtliche Verfügungen, darunter auch diejenigen, die in formelle Rechtskraft erwachsen waren. Damit hat die Vorinstanz klar zu erkennen gegeben, dass sie nicht beabsichtigt, an ihrer vom Bundesgericht als rechtswidrig eingestuften Praxis festzuhalten. Aus dem Umstand, dass ein Teil der Qualifikationsverfügungen in formelle Rechtskraft erwachsen waren, kann der Beschwerdeführer daher nichts ableiten.

8.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (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]). Diese werden auf Fr. 3'000.– festgesetzt und mit dem am 13. September 2010

geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– verrechnet. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet.

3.

Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (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