



Aktenzeichen: D 0025/07

**ENTSCHEIDUNG
der Beschwerdekammer in Disziplinarangelegenheiten
vom 28. August 2008**

Beschwerdeführerin: n.n.

Angefochtene Entscheidung: Entscheidung der Prüfungskommission für die europäische Eignungsprüfung vom 13. August 2007, dass die Beschwerdeführerin die Prüfung nicht bestanden hat.

Zusammensetzung der Kammer:

Vorsitzender: J.-P. Seitz
Mitglieder: R. T. Menapace
C. Onn

Sachverhalt und Anträge

- I. Wenn ein Bewerber in seiner Arbeit C der Europäischen Eignungsprüfung 2007 ("EEP 2007") dem Angriff auf
- einen der Ansprüche 1-6 des Patents Dokument Annex 3,
 - Anspruch 4 des Patents Dokument Annex 4,
 - einen der Ansprüche 3, 5 oder 6 des Patents Dokument Annex 5
- als nächstliegenden Stand der Technik zugrunde gelegt hatte, wurde von den Prüfungsausschüssen hierfür kein Punkt im Sinne von Regel 4 der Ausführungsbestimmungen zu den Vorschriften über die europäische Eignungsprüfung ("ABVEP", ABl. EPA 1998, 364 ff.) vergeben.
- II. Die Prüfungskommission stellte fest, dass eine unerwartet hohe Zahl der Bewerber "irrtümlich" Annex 3 als nächstliegenden Stand der Technik herangezogen hatte und war (oder gelangte dann zu) der Auffassung, dass auch bei einem unrichtigen Ausgangspunkt ein ordnungsgemäß abgefasster Aufgabe-Lösungs-Ansatz Anerkennung verdiene. In der Tat bestehe eine lange und bekannte Praxis, Punkte auch für einen unrichtigen Angriff zu vergeben, wenn dieser logisch und gemäß anerkannter Praxis begründet wurde.
- III. Im Hinblick darauf hat die Prüfungskommission, "ausnahmsweise entschieden, 10 zusätzliche Punkte zu der Note der Aufgabe C jedes Bewerbers zu erteilen"

(unabhängig davon, welches Dokument er als Ausgangspunkt genommen hatte), dies aufgrund folgender Überlegungen:

- Die Kommission sei dazu unter Artikel 7 (3) der Vorschriften über die europäische Eignungsprüfung für die beim EPA zugelassenen Vertreter ("VEP", ABl. EPA 1994, 7) - "Die Kommission benotet jede Arbeit und entscheidet darüber, ob der Bewerber bestanden hat oder nicht" - ermächtigt.
- " ... some credit could be seen in properly drafted problem and solution approaches even where the wrong starting point for assessment of inventive step had been used. Indeed it had been well-known and longstanding practice to award marks for an incorrect attack if the argumentation could be regarded as set out logically according to recognised substantive practice".
- Zusätzliche 10 Punkte wären das Maximum, was einem Bewerber, der vom falschen Dokument ausgegangen war, selbst im Rahmen einer Neubewertung jeder Arbeit C hätte zuerkannt werden können.
- In Anbetracht des fortgeschrittenen Verfahrens und der Unmöglichkeit einer Neubewertung aller Arbeiten wäre es für alle Kandidaten am fairsten, jedem von ihnen diese Höchstpunktezahl zuzuerkennen.
- Dies wäre für jeden Bewerber ein Vorteil, ohne dass jemand irgendwelche nachteilige Folgen hinnehmen müsste.

Ferner wurde klargestellt: "The Examination board took this exceptional decision in the light of the circumstances without this constituting a precedence for the future".

- IV. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den "Remarks from the Examination Board for the EQE 2007", dem "Examiners' Report - Paper C 2007, Specific Comments" sowie der "Briefing Note" der Prüfungskommission vom 10. Januar 2008 an die Amtspräsidentin, welche die Präsidentin ihrer Stellungnahme gemäß Art. 27(4) VEP i.V.m. Art. 12 (2) der Vorschriften in Disziplinarangelegenheiten vom 15. Januar 2008 beigefügt hatte.
- V. Für den jeweiligen Kandidaten war die Vergabe der zusätzlichen Punkte aus Formblatt EB/A-D/2007 ersichtlich, auf welchem unter "Von der Prüfungskommission bestimmte Note" eine um 10 höhere Punktezahl angegeben ist als unter "Vom zuständigen Ausschuss empfohlene Note (falls abweichend)" und unter "Bemerkungen, falls erforderlich" angeführt ist: *"Für die europäische Eignungsprüfung 2007 hat die Prüfungskommission ausnahmsweise entschieden, 10 zusätzliche Punkte zu der Note der Aufgabe C jedes Bewerbers zu erteilen"*.
- VI. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Prüfungsarbeit C dem Angriff auf zumindest einen der Ansprüche 1-6 des Patents Dokument Annex 3 als nächstliegenden Stand der Technik zugrunde gelegt. Ihre Arbeit C wurde mit 40 Punkten bewertet.
- VII. Gegen die Entscheidung der Prüfungskommission vom 13. August 2007, dass die Beschwerdeführerin die

Europäische Eignungsprüfung 2007 nicht bestanden hat, legte sie am 10. September 2007 unter fristgerechter Zahlung der Gebühr eine ausführlich mit schwerwiegenden Verfahrensfehlern begründete Beschwerde ein und beantragte, dass sie Prüfungskommission die angefochtene Entscheidung aufhebt und die Prüfung für bestanden erklärt.

VIII. In ihrer Stellungnahme gemäß Artikel 27 (4) VEP vom 15. Januar 2008 äußerte sich die Amtspräsidentin dahingehend, dass Prüfungskommission und Prüfungsausschüsse ihre wichtige Aufgabe seit der ersten EEP immer mit großer Hingabe erfüllt hätten. Sie sei überzeugt, die Prüfungskommission habe ihre Entscheidung, für die Arbeit C jedem Bewerber 10 zusätzliche Punkte zuzuerkennen "*after careful consideration of all circumstances*" getroffen. Kein Bewerber sei dadurch benachteiligt, indem nach ihrem Verständnis im Vergleich damit eine Neu Beurteilung der Arbeit C zu einer gleichen oder schlechteren Note für jeden Bewerber geführt hätte.

Der Stellungnahme beigelegt war eine "Briefing Note" des Prüfungsausschusses mit im Wesentlichen dem oben unter Punkt III, zweiter bis vierter Unterabsatz wiedergegebenen Inhalt.

IX. Auch der Präsident des Instituts der beim Europäischen Patentamt zugelassenen Vertreter (EPI) hat von seinem Recht auf Stellungnahme im vorliegenden Fall wie auch in den gleichgelagerten Beschwerdefällen Gebrauch gemacht und zusammengefasst folgende Position eingenommen: Die Nichtzuerkennung von Punkten bei Wahl des "unrichtigen" Ausgangsdokuments widerspreche dem "fit-to-practice"-Kriterium und sei unfair; letzteres auch weil dies in

Widerspruch zu den den Bewerbern allgemein gegebenen Anweisungen stehe. Die offenbar ohne Würdigung der einzelnen Arbeiten vorgenommene "blanket addition of ten points" sei unvereinbar mit der impliziten Vorschrift in Art. 8 und 12 VEP, dass jede Arbeit individuell zu benoten ist. Den Beschwerden sollte daher stattgegeben und dem jeweiligen Beschwerdeführer, soweit gerechtfertigt, Punkte für Argumentation und rechtliche Aspekte auch bei einem "unrichtigen" Ausgangspunkt zuerkannt werden. Die Beschwerdeführer sollten auch die 10 zusätzlichen Punkte erhalten, weil es unfair wäre, ihnen einen Vorteil zu entziehen, der allen anderen Bewerbern gewährt wurde.

- X. Mit Zwischenbescheid vom 14. Juli 2008 teilte die Beschwerdekammer in Disziplinarangelegenheiten der Beschwerdeführerin wie auch den Beschwerdeführern in allen gleichgelagerten Beschwerdefällen Folgendes mit:

Sie sei nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage der Auffassung, dass die allgemeine, ohne Bezug auf die individuelle Arbeit C verfügte Anhebung der Benotungsgrundlage um 10 Punkte nicht geeignet sei, den Rechtsnachteil zu beseitigen, der einzelnen Bewerbern durch eine zu niedrige Bewertung unter Verstoß gegen Bewertungsgrundsätze zugefügt worden ist. Daher sei die Prüfungsarbeit C der betroffenen Beschwerdeführer einer neuerlichen Bewertung zu unterziehen. Aus rechtlichen (siehe u.a. Entscheidungen D 1/92, ABl. 1993,357 und D 6/92, ABl. 1993,361) und sachlichen Gründen erfordere diese eine neuerliche Befassung des jeweiligen Prüfungsausschusses, welcher bei der Vergabe von Punkten gemäß Regel 4 ABVEP insbesondere auch den Angriff wegen mangelnder

erfinderischer Tätigkeit nach den Kriterien der Absätze (2) und (3) dieser Bestimmung zu bewerten habe. Außerdem müsse der allen Bewerbern zuerkannte Punktevorteil den Beschwerdeführern erhalten bleiben und entspreche es der Billigkeit, die Beschwerdegebühr zur Gänze zurückzuzahlen (Artikel 27 (4) VEP).

Der Fall sei somit entscheidungsreif. Es werde angeregt, eine Entscheidung mit dem in der Mitteilung ausformulierten - dem Tenor der vorliegenden Entscheidung entsprechenden - Wortlaut zu beantragen (zumindest als Hauptantrag).

XI. Mit Schreiben vom 21. Juli 2008 kam die Beschwerdeführerin dieser Anregung nach, indem sie den Erlass einer entsprechenden Entscheidung erbat.

Entscheidungsgründe:

1. Die Beschwerde ist zulässig.
2. Ausgangspunkt und ursächlich für die angefochtene Benotung der Arbeit C war die Bewertung des jeweiligen Angriffs auf einen Anspruch des Streitpatents mit null Punkten, wenn der Bewerber hierfür nicht das nach Auffassung der Prüfungskommission den nächstliegenden Stand der Technik bildende Dokument zum Ausgangspunkt genommen hatte.
3. Für die rechtliche Überprüfung dieses Vorgehens im Rahmen des Beschwerdeverfahrens kommt es allerdings nicht auf die - in zahlreichen Beschwerden und sogar in Veröffentlichungen ("Comments on Paper C of the 2007

European Qualifying Examination" by S. Roberts in CIPA-Journal 2007, Seiten 644-646 und **epi** Information 4/2007) in diesem Zusammenhang behandelte - Frage an, welches Dokument richtigerweise als nächstliegender Stand der Technik zu betrachten ist. Eine fachliche Überprüfung der Benotung einer Prüfungsarbeit daraufhin, ob deren Bewertung (insbesondere in Form der Vergabe von Punkten i. S. von Regel 4 ABVEP) sachlich angezeigt ist oder nicht, ist nach ständiger Rechtsprechung zu Art. 27 (1) VEP (jüngst zusammengefasst in D 7/05, Pkt. 20 der Gründe) der Beschwerdekammer verwehrt. Das bedeutet, dass Anträgen auf Erhöhung der vergebenen Punkteanzahl und/oder Feststellung bzw. Entscheidung, dass die Beschwerdeführer die EEP 2007 bestanden hat im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht stattgegeben werden kann.

4. Zu überprüfen ist durch die Beschwerdekammer, ob durch das beanstandete Vorgehen die VEP oder höherrangiges Recht verletzt wurden, wobei dieses Vorgehen aus zwei aufeinanderfolgenden, aber unterschiedlichen Maßnahmen bestand, nämlich
- seitens des betreffenden Prüfungsausschusses: Keine Zuerkennung von Punkten bei Wahl des nach seiner Auffassung unrichtigen Ausgangsdokuments (siehe Punkt I., oben);
 - seitens der Prüfungskommission: die einheitlich für alle Arbeiten C der EEP 2007 ohne jeden Bezug auf die individuelle Bewertung der jeweiligen Arbeit verfügte Anhebung der Benotungsgrundlage um 10 zusätzliche Punkte.

5. Dass die pauschale Bewertung einer Teilaufgabe mit 0 Punkten durch die Prüfungsausschüsse nicht korrekt war, hat die Prüfungskommission selbst anerkannt (vergl. Punkt II und III, oben). Die Zuerkennung von Punkten für einen (nach Meinung der Prüfungsausschüsse und/oder der Prüfungskommission) zwar unrichtigen, aber logisch und gemäß anerkannter Praxis begründeten Angriff, ist allerdings nicht nur sachgerechte Praxis, sondern auch rechtlich geboten: Nach Regel 4 (2) und (3) ABVEP bestimmt sich die Anzahl der zur Bewertung jeder Arbeit zu vergebenden Punkte (auf einer Skala von 0 -100) darnach, ob und inwieweit "der Bewerber allein aufgrund dieser Arbeit zur Ausübung der Tätigkeit eines beim Europäischen Patentamt zugelassenen Vertreters für geeignet befunden werden kann". Damit nicht vereinbar ist es, eine Prüfungsarbeit für Bewertungszwecke als eine Liste voneinander unabhängiger Einzelfragen (wie etwa bei einem Multiple-Choice-System) zu behandeln, für die es überdies jeweils nur eine richtige Antwort gibt. Vielmehr folgt aus dem "fit-to-practice"-Kriterium die Verpflichtung der Prüfer, bei der Bewertung der einzelnen Teile der Antworten ihre Wertigkeit im Gesamtzusammenhang der Prüfungsarbeit nicht außer Acht zu lassen (D 3/00, ABl. EPA 2003, 365, Punkt 3 der Entscheidungsgründe) sowie die Notwendigkeit einer gerechten Bewertung von vom Schema abweichenden, aber dennoch vertretbaren und kompetent begründeten Antworten (D 7/05 ABl. EPA 2007,378, Leitsatz II). Darauf hat jeder Bewerber einen Rechtsanspruch.

6. Auch die pauschale Zuerkennung von 10 Punkten durch die Prüfungskommission stellt eine Rechtsverletzung dar, dies insbesondere aus folgenden Gründen:

6.1 Nach der Systematik der VEP sind Noten / "grades" / "notes" die Umsetzung der in Punkten ausgedrückten Bewertung der einzelnen Arbeit in eine der drei Noten "Bestanden", "Nicht Bestanden" und "Bestanden mit Ausgleichsmöglichkeit", und zwar nach einem festen, in Regel 4 (2) bis (4) ABVEP festgelegten Umrechnungsschlüssel. Nur die Benotung in diesem Sinne und die formelle (und damit durch Beschwerde anfechtbare) Entscheidung über das (Nicht-/)Bestehen der Prüfung insgesamt ist durch Absatz 3 von Artikel 7 VEP "Befugnisse der Prüfungskommission" dieser zugewiesen. Sie umfasst nicht auch die vorausgehende, individuelle Bewertung der einzelnen Arbeiten unter Zugrundelegung einer Punkteskala von 0 bis 100 ("shall be marked on a scale of zero to 100 by the relevant examination committee" / "est notée par la commission d'examen compétente selon un barème allant de zéro à 100"), welche nach Art. 8 b) VEP und Regel 4(1) ABVEP vom jeweils zuständigen Prüfungsausschuss vorzunehmen ist. Für eine Abänderung - hier eine pauschale Anhebung für alle Arbeiten C - der vom Prüfungsausschuss vergebenen Punkteanzahl durch die Prüfungskommission bleibt rechtlich kein Raum, sodass diese insofern *ultra vires* gehandelt hat.

6.2 Zum anderen verstößt die abstrakt, ohne Rücksicht auf das "fit-to-practice-Kriterium" der Regel 4 ABVEP und überhaupt ohne Befassung mit den einzelnen Prüfungsarbeiten vorgenommene Zuerkennung von Punkten gegen das Objektivitätsgebot im Allgemeinen und im Besonderen gegen Artikel 8 b) VEP (wonach jede Arbeit gesondert von zwei Mitgliedern des Prüfungsausschusses bewertet wird) sowie Regel 4 ABVEP als Vorschriften, die eine möglichst objektive Beurteilung der

Prüfungsarbeiten gewährleisten sollen. Auch aus diesem Grunde kann die Prüfungskommission eine für eine einzelne Arbeit nach Regel 4 ABVEP vergebene Punktezahl nicht selbst abändern, sondern muss, falls sie Zweifel an der Richtigkeit der Bewertung durch den Prüfungsausschuss hat, diesen zur Überprüfung seiner Bewertung und dementsprechenden Notenvorschlägen auffordern. Aus eigenem kann (und muss ggf.) die Prüfungskommission auf die Bewertung der Prüfungsarbeiten nur durch generelle, im Voraus zu erteilende Anweisungen gemäß Art. 16 VEP (siehe Pkt. 6.4, unten) einwirken.

6.3 Unerheblich für die Rechtmäßigkeit der Zuerkennung zusätzlicher Punkte durch die Prüfungskommission ist, ob sie sich dabei bewusst über Rechtsgrundsätze hinweggesetzt hat und/oder aus welchen Beweggründen (etwa auch, um eine statistisch und/oder politisch akzeptable Quote an "Bestanden" herbeizuführen) sie so gehandelt hat. Ebenso rechtsunerheblich ist der Hinweis in der Stellungnahme der Präsidentin auf das "*significant commitment*" jedes Kommissionsmitgliedes und auf ihre Überzeugung, dass die Prüfungskommission sich für diese Maßnahme "*after careful consideration of all circumstances*" entschieden hat: Selbst eine subjektive Entschuldigbarkeit seitens der Prüfungskommission - die hiermit aber keineswegs festgestellt wird - könnte die von ihr begangene objektive Rechtsverletzung nicht heilen.

6.4 Ein übergesetzlicher Notstand im Sinne einer faktischen Unmöglichkeit rechtskonform zu handeln, war nicht gegeben. Nichts hinderte die Prüfungskommission an der Erfüllung der ihr durch Artikel 16 VEP auferlegten

Verpflichtung, nötigenfalls durch eine (korrekte) Anweisung an die Prüfungsausschüsse sicherzustellen, dass die Prüfungsarbeiten auch hinsichtlich der Wahl des Ausgangsdokuments für den Angriff auf einen Anspruch einheitlich und richtig bewertet werden. Das ist nicht geschehen, vielmehr dürfte die Prüfungskommission - darauf deutet die Vergabe von null Punkten einheitlich durch alle Prüfungsausschüsse hin, wenn der Bewerber nicht das "richtige" Ausgangsdokument gewählt hatte - auf diese unkorrekte Vorgangsweise selbst hingewirkt haben. Es mag sein, dass im Hinblick auf den späten Zeitpunkt, an dem sich die Prüfungskommission, aus welchen Gründen auch immer, zu einer Reaktion auf die fehlerhafte Bewertung seitens der Prüfungsausschüsse entschlossen hat, die Feststellung und neuerliche Durchsicht der betroffenen Arbeiten zusätzlichen Aufwand und eine Verzögerung des gesamten Prüfungsverfahrens zur Folge gehabt hätte. Als Rechtfertigungsgrund kann sich die Prüfungskommission jedoch schon deshalb nicht darauf berufen, weil dies auf ihr eigenes Fehlverhalten zurückzuführen ist. Im Übrigen beschränkt sich die neuerliche Überprüfung inzwischen auf die Arbeiten der vergleichsweise wenigen Bewerber, die dieses fehlerhafte Vorgehen bei der Bewertung ihrer Arbeit durch Beschwerde erfolgreich aufgegriffen haben.

- 6.5 Dass durch die einheitliche Zuerkennung 10 zusätzlicher Punkte als solche kein Bewerber der EEP 2007 einen Nachteil erlitt - ein Umstand, auf den sich die Prüfungskommission berief und der auch von der Amtspräsidentin hervorgehoben wurde - kann die vorstehend dargelegte Rechtswidrigkeit dieser Maßnahme nicht beheben. Zum einen wird die Verletzung der VEP und relevanter Rechtsgrundsätze nicht dadurch unbeachtlich,

dass sie systematisch erfolgte; zum anderen geht es bei der EEP nicht darum, die Bewerber zu begünstigen, sondern darum, ihre objektive Eignung für die anspruchsvolle Tätigkeit eines zugelassenen Vertreters vor dem EPA festzustellen. Mit diesem einzigen Sinn und Zweck der EEP absolut unvereinbar ist jede nicht auf den Leistungen des einzelnen Bewerbers bei der Lösung der Prüfungsaufgaben basierende Punktezuerkennung (vergl. Punkt 6.2 oben), welche "übergeordneten" Gesichtspunkte auch immer der Anlass für eine solche Maßnahme gewesen sein mögen.

7. Die einheitliche, gegenüber jedem Teilnehmer an der EEP 2007 ohne jeden Bezug auf die individuelle Bewertung seiner Arbeit C verfügte Anhebung der Benotungsgrundlage ist als solche auch nicht geeignet, den Rechtsnachteil zu beseitigen, der einzelnen Bewerbern durch einen spezifischen Verstoß gegen Bewertungsgrundsätze bei der Vergabe von Punkten durch die Prüfungsausschüsse (Punkt 5, oben) entstanden ist: Schon wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes muss der mit der Zuerkennung der zusätzlichen 10 Punkte verbundene Vorteil der Beschwerdeführerin erhalten bleiben; auch ist der Beschwerdeantrag nicht auf Aufhebung dieser Maßnahme gerichtet, und auch nicht darauf, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz eine rechtswidrige Besserbehandlung Dritter auch auf den Beschwerdeführer auszudehnen - eine hier nicht vorliegende Situation, in der der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gelten würde. Das bedeutet, dass entgegen der von der Amtspräsidentin geteilten Auffassung der Prüfungskommission die von letzterer vergebenen Punkte nicht als Kompensation des Nachteils gelten können, der der Beschwerdeführerin

durch die Vorenthaltung einer rechtlich korrekten Bewertung ihrer Arbeit C zugefügt wurde. Mit anderen Worten, die zusätzlichen 10 Punkte sind nicht mit den Punkten verrechenbar, die bei gerechter Bewertung jedes auf ein "unrichtiges" Ausgangsdokument gestützten Angriffes auf einen Anspruch vergeben worden wären.

8. Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin unbeschadet der auch ihr zugute gekommenen 10 Zusatzpunkte weiterhin einen bisher nicht erfüllten Anspruch auf eine ordnungsgemäße - d. i. auch in Bezug auf den Angriff auf die einzelnen Ansprüche der Prüfungsaufgabe gerechte (im Sinne des Leitsatzes der Entscheidung D 7/05) - Bewertung ihrer Arbeit C hat. Diese ist durch den betreffenden Prüfungsausschuss nachzuholen, wobei rechtlich keine Beschränkung auf ein Maximum von 10 zusätzlichen Punkten gegenüber der erstmaligen Bewertung besteht; das Ergebnis zuzüglich 10 Punkte hat die Prüfungskommission ihrer neuerlichen Entscheidung gemäß Artikel 7 (3) VEP zugrunde zu legen.
9. Da der Beschwerde somit stattzugeben ist und es sich bei dem von der Prüfungskommission selbst eingeräumten Verstoß gegen Bewertungsgrundsätze um eine grobe Missachtung wesentlicher Rechte der Beschwerdeführerin mit erheblichen Folgen handelte, entspricht es der Billigkeit, die Beschwerdegebühr zur Gänze zurückzuzahlen (Artikel 27 (4) VEP).

Entscheidungsformel

Aus diesen Gründen wird entschieden:

1. Die angefochtene Entscheidung der Prüfungskommission wird aufgehoben.
2. Der Prüfungskommission wird aufgetragen,
 - a) eine neuerliche Bewertung der Arbeit C der europäischen Eignungsprüfung 2007 der Beschwerdeführerin durch den betreffenden Prüfungsausschuss zu veranlassen, wobei bei der Vergabe von Punkten nach Maßgabe von Regel 4 (2) und (3) ABVEP jede Lösung jeder Teilaufgabe zu berücksichtigen ist.
 - b) der Benotung der Arbeit C der Beschwerdeführerin das Ergebnis der neuerlichen Bewertung gemäß a) zuzüglich 10 Punkte zugrunde zu legen und hierauf gemäß Art. 7 (3) VEP zu entscheiden, ob die Beschwerdeführerin die europäische Eignungsprüfung 2007 bestanden hat oder nicht.
3. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

P. Martorana

J.-P. Seitz