

E-Discovery – die neue Gefahr aus Übersee

Unerlässliche Regeln zum Umgang mit E-Mail

Von Stefan Breitenstein und Peter Honegger*

In den USA muss im Prozessfall im Rahmen der sogenannten Discovery alles, was auch nur entfernt mit dem Prozessstoff zusammenhängen könnte, offengelegt werden. Die gutschweizerische Dokumentenaufbewahrung wird dann zum Bumerang oder gar zum Albtraum. Diese schmerzliche Erfahrung mussten auch Schweizer Konzerne machen. Mit dem E-Mail-Verkehr hat sich die Lage drastisch verschärft. (Red.)

Statistische Zahlen belegen, wie akut die Thematik E-Mail in den USA geworden ist: Im Jahr 2002 wurden täglich 31 Mrd. E-Mails versandt, im Jahr 2006 sollen es bereits 60 Mrd. sein. Wer in den USA flächendeckend, d. h. in allen 50 Gliedstaaten, tätig ist, riskiert, im Bereich E-Mail mit bis zu 2500 Gesetzen in Kontakt (man könnte auch sagen: in Konflikt) zu kommen.

Der lange Arm der US-Justiz

Die Thematik ist ein Dauerbrenner: Schweizer Konzerne, die in den USA Niederlassungen oder Tochtergesellschaften haben, werden dort zu Schadenersatzzahlungen in Millionenhöhe verurteilt (gemäss der «NZZ am Sonntag» vom 1. 5. 05 haben schweizerische Konzerne in den letzten sieben Jahren rund 10 Mrd. Fr. für amerikanische Rechtsfälle bezahlt). Die beklagten Konzerne werden von amerikanischen Behörden und Anwälten im Rahmen der «Discovery» regelmässig aufgefordert, zahllose Dokumente vorzulegen, auch dann, wenn die Relevanz der Dokumente nicht evident ist. Verlangt werden unter anderem auch Informationen, die am Schweizer Hauptsitz liegen, oder gar alles, was irgendwo rund um den Globus aufbewahrt wird. Neben den bekannten Problemen, dass derartig unilaterales Vorgehen die bestehenden Kanäle der Rechtshilfe verletzt, hat sich eine neue, unerfreuliche Perspektive eröffnet, welche die Thematik verschärft: US-Klägeranwälte wissen, «where the good stuff is to be found». Zur Herausgabe verlangt wird auch E-Mail-Korrespondenz, die – wie unschuldig auch immer gemeint – sehr schnell gegen den beklagten Konzern verwendet werden kann, vor allem wenn die E-Mails aus dem Kontext genommen und vor den Geschworenen auf Grossleinand projiziert werden.

Wie verhängnisvoll die E-Mail-Korrespondenz sein kann, ist seit den Skandalen um Enron und Worldcom bekannt. Auch Schweizer Konzerne sind nicht verschont geblieben. Der ehemalige CSFB-Gewaltige Frank Quattrone soll seine Untergebenen im Zusammenhang mit fraglichen IPO-Zuteilungen nachdrücklich aufgefordert haben, jeweils vor den Ferien die E-Mails zu löschen. Gemäss dem präjudiziellen «Fall Zubulake gegen UBS Warburg» sind im Rahmen der Discovery folgende Datengruppen zugänglich: aktive Online-Daten wie Desktop, Laptop, Hard-disk; Near-line-Daten wie CD Rom und DVD; Offline-Ablage und Archiv; Back-up-Tapes, die üblicherweise nur mit Spezial-Software gelesen werden können, und gelöschte, fragmentierte und beschädigte Daten, die nur mit Hilfe von Computerspezialisten wiederhergestellt werden können.

Nach den Discovery-Rules der USA kann der Gläubiger bzw. Arbeitnehmer nicht nur die umfassende Offenlegung aller «E-Evidence», sondern auch eine Besichtigung am Ort von der Gegenpartei verlangen. Um gar nichts dem Zufall zu überlassen, nehmen amerikanische Klägeranwälte Datenbank-Experten mit und verlangen, dass die IT-Experten des beklagten Konzerns

während der Inspektion zugegen sind und für Fragen zur Verfügung stehen. Es versteht sich von selbst, dass im Fall von solchen Onsite Inspections mit Suchbegriffen praktisch alles ans Tageslicht gefördert werden kann. Es ist sogar üblich, dass Kläger ihre Datenbank-Experten beauftragen, bei der Gegenpartei bereits gelöschte Daten wiederherzustellen («document recovery»).

Sanktionen im Fall der Zerstörung

Häufig entbrennt ein heftiger Disput darüber, ob der beklagte Konzern alle Informationen offengelegt hat und ob möglicherweise fahrlässig oder absichtlich Informationen zerstört oder gelöscht worden sind. Klägeranwälte verlangen in der Regel gerichtliche Sanktionen im Fall der Zerstörung elektronischer Daten. Die Zerstörung von Daten kann mit einem Säumnisurteil enden (bestraft wird nicht ein primär vertrags- oder rechtswidriges Verhalten, sanktioniert werden Fehler in der Aufbewahrung oder Produktion von E-Mails). Der jüngste Präzedenzfall, der in den USA ein juristisches Erdbeben bei Konzernen und Anwälten auslöste, ist der «Fall Coleman gegen Morgan Stanley». Die Beklagte, Morgan Stanley, wurde beschuldigt, als Financial Adviser 33 Mio. \$ kassiert und der Sunbeam Corporation bei einem «Bilanzbetrug» geholfen zu haben. Auf gerichtlichen Befehl produzierte Morgan Stanley 1300 Seiten E-Mail-Korrespondenz, und der Projektverantwortliche bestätigte deren Vollständigkeit. Monate später tauchten dann aber zusätzlich 8000 Seiten E-Mail auf, was Morgan Stanley bzw. deren Anwalt schönfärberisch und mit Verzögerung dem Gericht mitteilte. Aufgrund dieser Umstände instruierte die zuständige Richterin die Geschworenen, davon auszugehen, dass Morgan Stanley mit Sunbeam konspiriert habe («adverse inference order»). Dies führte zu einem 1,45 Mrd. \$ schweren Urteil gegen Morgan Stanley.

Vom Nutzen eines Retention-Plan

US-Gerichte sehen die Löschung von E-Mails aufgrund eines Plans über die Aufbewahrung («retention plan») als zulässig an. Umgekehrt wird die willkürliche Löschung ohne schriftlichen Plan oder die Löschung entgegen dem Retention-Plan als suspekt angesehen. Die Einführung eines Retention-Plan auf Konzernebene, frühzeitig bzw. lange bevor ein Gerichtsverfahren in den USA droht, ist deshalb für international tätige Konzerne geradezu Pflicht (interessant ist in diesem Zusammenhang, dass im Jahr 2003 dennoch nur gerade 34% der US-Gesellschaften einen solchen Plan hatten).

Der Retention-Plan muss zwingend folgende Punkte abdecken: Erstens beschreibt er die Methode für die Bestimmung der Aufbewahrungsdauer; er umfasst, zweitens, eine Liste mit der Aufbewahrungsdauer, und er legt, drittens, das Prozedere der Aufbewahrung und der Vernichtung fest und bestimmt, viertens, die Verantwortlichen. Die Aufbewahrungsdauer kann für tägliche E-Mail-Korrespondenz kurz sein (z. B.

30 bis 90 Tage), für eigentliche Geschäftskorrespondenz allerdings sollte sie zehn Jahre betragen, so etwa für Bestellungen. Andere Dateien sollten noch länger aufbewahrt oder gar nicht gelöscht werden, z. B. Steuerangelegenheiten (die Aufbewahrungsdauer hängt selbstverständlich von der lokalen Gesetzgebung ab). Der Retention-Plan hat über die Aufbewahrung, besonders die Lokalitäten, Auskunft zu geben, und über Vernichtungen sollte Protokoll geführt werden. Entsprechend der Klagefreudigkeit in den USA empfiehlt es sich auch, ein (ständiges) Discovery-Response-Team auf die Beine zu stellen.

Sobald ein Gerichtsverfahren angekündigt ist oder droht, sollte die sogenannte Retention-Notice an die Angestellten weitergeleitet werden. Allein die Vermutung, dass nach Eintritt eines Gerichtsverfahrens E-Mails gelöscht wurden, kann die Glaubwürdigkeit des beklagten Unternehmens schwerwiegend beeinträchtigen.

Schulung tut not

Uns Schweizern steckt es in Fleisch und Blut, Dokumente möglichst lange aufzubewahren – man weiss ja nie. Hinzu kommt, dass schweizerische Arbeitnehmer – anders als ihre Kollegen in den USA – auch am Arbeitsplatz eine Privatsphäre erwarten. Diese Kultur wird auch im Umgang mit E-Mails weitergelebt, was in Discovery-Verfahren zum Desaster führen kann. Mitarbeiter von international tätigen Konzernen müssen deshalb eindringlich geschult werden, welche E-Mails das Kriterium Geschäftskorrespondenz erfüllen und welche nicht. Das Unternehmen kann dabei von einer grossen Zahl von E-Mails ohne geschäftliche Relevanz entlastet werden.

* Stefan Breitenstein und Peter Honegger sind Mitglieder des Legal Committee der Swiss-American Chamber of Commerce. Diese Organisation führt am 11. November 2005 einen Luncheon zur Thematik «E-Mail Management and Retention Policy» durch. http://www.amcham.ch/events/m_zurich.htm