

Von Dr. Mark C. Hilgard, Frankfurt am Main*

Electronic Discovery im Schiedsverfahren

Electronic Discovery („E-Discovery“) ist zunehmend Gegenstand internationaler Schiedsverfahren. Der Beitrag beschreibt die prozessuale Grundlage von E-Discovery in Schiedsverfahren, bezeichnet Dokumente, die Gegenstand einer E-Discovery sein können und erörtert die prozessualen Möglichkeiten, mit dem ein Schiedsgericht die Herausgabe von Unterlagen durchsetzen kann. Schließlich werden Fragen des Rechts zur Verweigerung der Vorlage erörtert und auf die Notwendigkeit eines Document Retention Plans hingewiesen.

Discovery of electronic documents („E-Discovery“) is increasingly found in international arbitration proceedings. The Article highlights the procedural basis of E-Discovery in arbitration proceedings, addresses the documents which may be subject to E-Discovery and deals with the procedural instruments that an arbitral tribunal has to enforce the production of electronic documents. Finally, the article also addresses the issue of privileges and claw-back agreements and emphasizes the necessity to be prepared by implementing a document retention plan.

I. Einleitung

Bei meinen Bemerkungen zum Thema „Electronic Discovery im Schiedsverfahren“ klammere ich sowohl die grundlegenden Unterschiede zwischen den Beweisführungsregeln in Civil-Law-Ländern und den Discovery-Regeln der Common-Law-Länder¹ als auch die alte, eigentlich nicht mehr aktuelle Frage, ob und inwieweit ein Schiedsgericht eine Discovery anordnen oder zulassen soll oder darf², aus. Vielmehr soll der Blick auf einige ausgewählte Aspekte gelenkt werden, die bei der Durchführung einer sog. E-Discovery Beachtung finden sollten, welche auch in internationale Schiedsverfahren immer häufiger Einzug hält. Dies sind im Einzelnen die prozessualen Grundlagen einer E-Discovery im Schiedsverfahren (II.), der Umfang der ggf. herauszugebenden Dokumente (III.), die Möglichkeit zur Erzwingung der Vorlage seitens des Schiedsgerichts (IV.), das Recht zur Verweigerung der Vorlage (V.), die Problematik der Vernichtung von E-Mails (VI.) und schließlich der Zusammenhang zwischen E-Discovery und einem sog. Document Retention Plan (VII.).

II. Prozessuale Grundlage

Zunächst soll ein kurzer Blick auf die prozessualen Grundlagen einer Electronic Discovery in einigen der gebräuchlichsten Schiedsordnungen geworfen werden.

1. American Arbitration Association (AAA)

Führen die Parteien vor einem amerikanischen Schiedsgericht eine Beweisaufnahme nach den Regeln der AAA durch, so steht meist außer Frage, dass die Discovery auch elektronische Dokumente umfasst. In den USA sind die zivilprozessualen Regeln vor kurzer Zeit im Hinblick auf E-Discovery ergänzt worden³. Auf

diesem Gebiet gibt es zudem eine Organisation – einen „Think Tank“ –, die sich mit länderübergreifenden Regeln einer E-Discovery bzw. Electronic Document Production beschäftigt: „The Sedona Conference“⁴ ist ein Zusammenschluss von Experten, namentlich Rechtsanwälten, Professoren, Richtern und IT-Fachleuten, unterteilt in verschiedene working groups. Die working group 1 befasst sich mit Electronic Document Retention and Production, während sich die working group 6 mit International Electronic Information Management, Discovery and Disclosure auseinandersetzt⁵. The Sedona Conference verfasst die „The Sedona Conference Principles“⁶, auf die bei amerikanischen Schiedsverfahren gerne zurückgegriffen wird.

Die für internationale Schiedsverfahren zuständige Abteilung der AAA, das International Centre for Dispute Resolution (ICDR), hat gerade neue Guidelines für die Vorlage von (auch elektronischen) Dokumenten in internationalen Schiedsverfahren herausgegeben, welche ab dem 1. Juni 2008 angewendet werden.

2. International Chamber of Commerce (ICC)

Wenn die Parteien ein Verfahren nach den Regeln der Internationalen Handelskammer (ICC) durchführen, besagt Artikel 20 Abs. 1 der ICC-Schiedsgerichtsordnung lapidar: „Das Schiedsgericht stellt den Sachverhalt in möglichst kurzer Zeit mit allen angemessenen Mitteln fest.“ Was „angemessene Mittel“ sind, steht damit in völlig freiem Ermessen der Schiedsrichter; diese können folglich nach freiem Ermessen darüber bestimmen, ob den Parteien eine Discovery gestattet ist, und demgemäß auch, ob die Discovery sich auch auf elektronische Dokumente erstrecken soll. Auch die Frage, wie und in welcher Form die „Document Production“ erfolgen soll, wird nach freiem Ermessen der Schiedsrichter entschieden.

Dabei ist anzunehmen, dass ein vorwiegend mit U. S.-amerikanischen Schiedsrichtern besetztes

* Dr. Mark C. Hilgard ist Partner bei der internationalen Sozietät Mayer Brown LLP in Frankfurt am Main und dort für Dispute Resolution zuständig. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf einer gemeinsamen Veranstaltung der Hamburg Arbitration Circle, der Handelskammer Hamburg und der Amerikanischen Handelskammer in Deutschland (AmCham) gehalten hat.

1) Dazu umfassend: *Elsing*, Konflikte der Rechtskulturen bei der Beilegung internationaler Streitfälle, ZVglRWiss 106 (2007), 123 ff.; *Schwung*, Transatlantische Justizkonflikte aus Unternehmenssicht, AG 2006, 818, 820 f.

2) Vgl. dazu etwa die Bestimmungen in Art. 3 Ziff. 3 der IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration; zur Thematik ausführlich: *Elsing*, Konflikte der Rechtskulturen bei der Beilegung internationaler Streitfälle, ZVglRWiss 106 (2007), 123, 138 ff.; allg.: *Schütze*, Aktuelle Fragen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von US-amerikanischen Schiedssprüchen und Gerichtsurteilen in Deutschland, ZVglRWiss 104 (2005), 427, 433 ff.; *Thümmel*, Beweisaufnahme im internationalen Schiedsverfahren, AG 2006, 842 ff.

3) *Allman*, The Impact of Proposed Federal E-Discovery Rules, Richmond Journal of Law & Technology (13) 2006, Vol. XII, Issue 4; *Allman*, The Sedona Principles after the Federal Amendments, abrufbar unter: <http://www.thesedonaconference.org/content/miscFiles/2007SummaryofSedonaPrinciples2ndEditionAug17assentforWG1.pdf>; *Thomas/Rottman*, Litigation in the Age of the Terabyte: The 2006 e-discovery Amendments to the U.S. Rules of Civil Procedure, DAJV-Newsletter 1/2007, S 30 ff.

4) Website: <http://www.thesedonaconference.org/>; dazu: *Gebhardt*, Internationale Prozessführung / International Litigation, IDR 2005, 30, 34.

5) Working group series abrufbar unter: http://www.thesedonaconference.org/content/miscFiles/publications_html?grp=. Der Verfasser ist Mitglied der WG 6.

6) Abrufbar unter: http://www.thesedonaconference.org/dltForm?did=TSC_PRINCP_2nd_ed_607.pdf.

Schiedsgericht andere Ermessensentscheidungen treffen wird als ein Schiedsgericht mit Schiedsrichtern aus Ländern, denen schon eine Discovery fremd ist⁷.

3. International Bar Association (IBA)

Auch die IBA ist mit Empfehlungen für Beweisaufnahmen in Schiedsverfahren hervorgetreten. Nach Artikel 1 der IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration wird "Document" im Rahmen eines „document request“ als „a writing of any kind, whether recorded on paper, electronic means, audio or visual recording or any other mechanical or electronic means of storing or recording information“ definiert. Die IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration behandeln elektronische Dokumente also genauso wie Papierdokumente.

4. Erforderlichkeit einer Regelung durch die Parteien

Angesichts des sehr weiten Ermessensspielraums des Schiedsgerichts ist den Parteien dringend anzuraten, selbst eine Einigung über die anwendbaren Regeln und deren Tragweite zu treffen. Dies gilt insbesondere auch für die Frage, ob eine eventuelle Discovery auch elektronische Dokumente umfassen soll.

5. Recht des Schiedsortes

Einigen sich die Parteien nicht, ob und inwieweit auch eine elektronische Discovery zulässig sein soll, hat das am Schiedsort geltende Recht maßgeblichen Einfluss auf das Verfahren. Ein in Deutschland ansässiges Schiedsgericht darf einer Partei nicht auferlegen, der anderen Seite ihre Dokumente vorzulegen, soweit diese Vorlagepflicht weiter geht, als es die ZPO vorsieht⁸. Hinzuweisen ist aber darauf, dass das deutsche Recht der Durchführung einer E-Discovery vor einem amerikanischen Gericht zur Unterstützung eines hiesigen Schiedsverfahrens nicht entgegensteht⁹. Bis vor kurzem war relativ umstritten, ob auch ein Schiedsgericht ein „Tribunal“ im Sinne des § 1782 U. S. C. sein könne. Durch die beiden Entscheidungen „Roz Trading“¹⁰ und „Oxus Gold“¹¹, die eine „US-Discovery in aid of non-US-Arbitration“ ausdrücklich zulassen, wurde dies nunmehr bestätigt¹².

III. Unterlagen, die für eine E-Discovery in Betracht kommen

„Electronic documents are no less subject to disclosure than paper records“¹³. Die Vielfalt der Materialien, welche bei einer E-Discovery – je nach Wunsch der Parteien – („Request“) vorgelegt werden müssen¹⁴, kann gar nicht überschätzt werden. Laienhaft könnte zunächst davon ausgegangen werden, dass es sich in erster Linie um E-Mails handelt. Das ist jedoch ein großer Irrtum, wie die nachfolgende – keineswegs abschließende – Übersicht der potentiell von der E-Discovery betroffenen Unterlagen veranschaulicht:

- Correspondence
- Document drafts
- Document changes not saved
- Documents created not saved
- Instant messages-sent and received
- E-Mails
- Attachments¹⁵
- Metadata associated with specific data files
- Internet Service Provider (ISP) e-mails, i. e. Yahoo mail, Hot Mail, AOL etc.

- Voice mail messages / deleted voice messages
- Folder names / File directory
- Master File Table
- Images-including all website images visited
- All website visiting activities-including elapsed time while viewing each site
- Spreadsheets
- Draft spreadsheets
- Database files
- Financial records incl. tax and accounting info
- Faxes sent & rec'd
- File access history from company servers and/or Internet
- Contact lists, Outlook calendar appointments
- PDA synchronized data
- Credit card numbers/Online credit card transactions
- History of Internet searches by search criteria
- Blogs
- Company records
- Inventory of all external hardware devices connected to computer i. e. external media devices, printers, back-up systems etc.
- Inventory of all software applications installed on the computer
- Deleted data files

IV. Möglichkeit zur Erzwingung der Vorlage elektronischer Dokumente seitens des Schiedsgerichts

Gerade wenn auch elektronische Daten vorgelegt werden sollen, stellt sich die Frage, wie das Schiedsgericht damit umgeht, wenn eine Partei sich weigert, bestimmte Unterlagen vorzulegen. Hier gibt es regelmäßig vier Reaktionsmöglichkeiten: Als folgenreichste und intensivste „Maßnahme“¹⁶ kann das sog. (1) Adverse Inference Risk genannt werden, demzufolge das Schiedsgericht aus der Nichtvorlage negative Schlussfolgerungen ziehen kann. Als weitere Option ist (2) Shifting the Burden of Proof zu nennen. Dabei kann das Schiedsgericht von einer Beweislastumkehr ausgehen, wenn eine Partei die in ihrem Besitz befindlichen Dokumente („Guardianship“) nicht herausgeben will. Ferner existiert die Möglichkeit zur Verkündung eines sog. (3) Interim Award oder Partial Award, d. h. das Schiedsgericht kann eine explizite Order erlassen, wonach bestimmte Dokumente vor-

7) Ebenso: *Gebhardt*, Internationale Prozessführung / International Litigation, IDR 2005, 30, 36.

8) Vgl. hierzu *Kraayvanger/Hilgard*, Urkundenvorlegung im Zivilprozess, Annäherung an das amerikanische Discovery-Verfahren?, NJ 2003, 572 ff.

9) Vgl. dazu *Kraayvanger/Richter*, Die US-amerikanische Beweishilfe nach der Intel-Entscheidung des Supreme Court, RIW 3/2007, 177 ff.; *Kraayvanger*, Discovery im deutschen Zivilprozess – über den Umweg der US-amerikanischen Beweishilfe, RIW 2007, 496 ff.

10) In re Application of Roz Trading Ltd., Case No. 1:06-wv-02305-WFD (N. D. Ga. Dec. 19, 2006).

11) In re Matter of the Application of Oxus Gold plc., Misc. No. 06-82, 2006 WL 2927615, 2006 U. S. Distr. LEXIS 74118 (D.N.J. Oct. 10, 2006).

12) Dazu auch: *MacGrath*, Looking Ahead: the Use of 28 U.S.C. § 1782 to Obtain Documents or Testimony from A Person or Entity in the United States in Aid of Foreign or International Arbitration, TDM 2007, Vol. 4, Issue 5. *Wessel*, A Tribunal by Any Other Name, TDM 2007, Vol. 4, Issue 5.

13) *Rowe Entm't, Inc. v. William Morris Agency, Inc.*, 205 F.R.D. 421, 428 (S.D. N. Y. 2002).

14) S. auch: *Warsbauer*, Electronic Discovery in Arbitration, Dispute Resolution Journal Vol. 61, Issue 4 (Nov. 2006/Jan. 2007), S. 2.

15) Zur Differenzierung von E-Mails und E-Mail-Attachments: *Wietzorek*, Der Beweis des Zugangs von Anhängen in E-Mails, MMR 2007, 156 ff.

16) So: *Gebhardt*, Internationale Prozessführung / International Litigation, IDR 2005, 30, 36; *Warsbauer*, Electronic Discovery in Arbitration, Dispute Resolution Journal Vol. 61, Issue 4 (Nov. 2006/Jan. 2007), S. 6.

gelegt werden müssen¹⁷. Schließlich bleibt noch ein sog. (4) Recourse to National Courts: Handelt es sich um ein Verfahren, das vor einem US-amerikanischen Schiedsgericht anhängig ist, so liegt es nahe, „recourse“ bei einem ordentlichen Gericht zu nehmen, welches eine Discovery ohne größere Probleme anordnen wird. So bestimmt etwa Art. 9 Ziff. 5 der IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration „the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party.“

V. Das Recht zur Verweigerung der Vorlage

Ein großes praktisches Problem bei der E-Discovery liegt in einem Bereich, den man erst auf den zweiten Blick erkennt. Macht man sich einmal klar, welche Vielzahl von Dokumenten von einer E-Discovery betroffen sind und welcher enger Zeitrahmen zur Vorlage dieser Dokumente üblicherweise vorgegeben ist, so wird schnell klar, dass es sich regelmäßig nicht realisieren lässt, alle Dokumente vor der Vorlage an die Gegenseite einer expliziten Prüfung zu unterziehen. Geprüft werden sollte jedoch, ob diese aus Gründen des nationalen oder internationalen Rechts einem „Privileg“, also etwa einem Zeugnisverweigerungsrecht unterliegen¹⁸, ein Betriebsgeheimnis darstellen oder aus anderen Gründen von der Vorlagepflicht ausgeschlossen sind¹⁹. Die massive Anzahl elektronischer Unterlagen erhöht also nicht nur den Prüfungsaufwand dramatisch, sondern führt auch zu einem exponentiellen Anstieg des Risikos, unabsichtlich „privileged material“ vorzulegen.

Natürlich könnte man geneigt sein, dieses Risiko in Kauf zu nehmen; dabei würde jedoch übersehen, dass damit die Rechte der beweisbelasteten Partei beeinträchtigt würden: Sie legt dann Material vor, welches sie eigentlich gar nicht vorlegen müsste. Mindestens genauso schwer wiegt jedoch die Gefahr, dass die Partei hier ihres Privileges insgesamt verlustig geht. Denn gerade im amerikanischen Recht gibt es die Regel „partial disclosure on a given subject matter will bring in its wake total disclosure“²⁰. Mit anderen Worten: Wenn auf ein Privileg auch nur teilweise verzichtet wird, kann man sich insgesamt nicht darauf berufen.

Die Vorlage einer einzigen E-Mail mit privilegiertem Inhalt kann also dazu führen, dass das Privileg insgesamt verloren geht. Dies hat dazu geführt, dass die Parteien dieses Risiko konsequent zu minimieren versuchen, indem sie vor der Vorlage von elektronischen Informationen ein so genanntes Claw-Back Agreement abschließen²¹. In einem solchen Claw-Back Agreement wird bestimmt, dass Unterlagen nur mit der Maßgabe vorgelegt werden (müssen), dass die Disclosure von „privileged material“ keinerlei Preisgabe des Privileges bedeutet. Gleichzeitig wird das Schiedsgericht sehr häufig gebeten, eine solche Vereinbarung mitzutragen, da andernfalls die Gefahr besteht, dass das Schiedsgericht das Claw-Back Agreement für unwirksam hält oder eben von einem Waiver ausgeht²². Oftmals wird ein solches Claw-Back Agreement daher in Form eines Beschlusses des Schiedsgerichts festgehalten, wonach die Parteien von einer Verpflichtung entbunden werden, die von ihr vorgelegten elektronischen Dokumente einer Vorprüfung auf eventuelle Privilege zu unterziehen, oder in

dem direkt festgestellt wird, dass die Vorlage von elektronischen Dokumenten nicht als „Waiver“ des Privileges angesehen wird²³.

Verglichen mit der deutschen Regelung nach § 142 ZPO und der Frage, ob Urkunden in einem Zivilprozess vorgelegt werden müssen²⁴, bewegt man sich auf einer völlig anderen Ebene²⁵.

VI. Vernichtung von E-Mails

Ein Aspekt, der bei einer E-Discovery häufig übersehen wird, ist, dass Daten auch im Laufe eines Schiedsverfahrens „verloren gehen“ können²⁶. Teilweise finden sich Document Retention Plans, welche zu einer automatischen Löschung nach bestimmten Zeitintervallen führen²⁷. Sollte eine solche automatische Löschung während eines Schiedsverfahrens geschehen, so muss das Schiedsgericht hier über dieselben Sanktionen nachdenken, die ihm zur Durchführung einer Discovery zur Verfügung stehen (s. IV.). Im US-Rechtskreis führt ein so genanntes „Litigation Hold“ dazu, dass Unternehmen Maßnahmen ergreifen müssen, um z. B. eine Vernichtung von E-Mails zu verhindern²⁸.

VII. Zusammenhang zwischen E-Discovery und Document Retention Plan

In Zusammenhang mit der Notwendigkeit bzw. Obiegenheit, alle angeforderten Dokumente finden, prüfen und vorlegen zu können, ist darauf hinzuweisen, dass ein enger Zusammenhang zwischen einer E-Discovery und einem Document Retention Plan besteht: Je systematischer die Ablage ist, umso zuverlässiger findet man das Gesuchte – und hält die Kosten unter Kontrolle²⁹. Man könnte fast sagen: Records Management ist die ultimative Antwort auf Electronic Discovery.

17) Auf verringerte Durchsetzbarkeit in der Praxis hinweisend: *Gebhardt*, Internationale Prozessführung / International Litigation, IDR 2005, 30, 36.

18) Vgl. hierzu etwa *Hilgard*, Legal Professional Privilege of Communication with Inhouse-Counsel under Attack, DAJV-Newsletter 2008, 23 f.

19) S. auch: *Warschauer*, Electronic Discovery in Arbitration, Dispute Resolution Journal Vol. 61, Issue 4 (Nov 2006/Jan. 2007), S. 2.

20) *Selan Epstein*, The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine, 2001, S. 287 f. mit Rechtsprechungsübersicht.

21) Dazu: *Zubilake v. UBS Warburg, LLC*, 216, F.R.D. 290, Southern District of New York, 2003; *Rhys Davies*, 'claw-back' agreements lose their grip in court, National Law Journal, 24 Juli 2006.

22) Exemplarisch: *Ciba-Geigy Corp. v. Sandoz Ltd.*, 916 F. Supp. 404 (D.N.J. 1995); *United States v. Rigas*, 281 F.R.D. 160 (S.D.N.Y. 2003).

23) S. auch: *Warschauer*, Electronic Discovery in Arbitration, Dispute Resolution Journal Vol. 61, Issue 4 (Nov. 2006/Jan. 2007), S. 7.

24) Jüngst dazu: *BGH*, XI ZR 277/05 (2007); *BGH*, III ZR 2/06 (2006); *BGH*, X ZR 114/03 (2006); *Drenckhahn*, Urkundspflichten im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach der ZPO-Reform unter besonderer Berücksichtigung der Neufassung des § 142 ZPO, 2007, S. 110 ff.; 159 f.; *Gruber/Kießling*, Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002, ZZZ 2003, 305 ff.; *Lang*, Die Urkundenvorlagepflicht der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 2007, S. 114, 145 ff., 188 ff.

25) *Kraayvanger/Hilgard*, Urkundenvorlegung im Zivilprozess, NJ 2003, 572 ff.

26) Zur Aufbewahrungspflicht: *Böhme*, Die Aufbewahrungspflicht von E-Mails, K&R 2006, 176 ff.; *Ernst/Schmittmann*, Kaufmännische Aufbewahrungspflichten im Computerzeitalter, RDV 2006, 189 ff.

27) Vgl. *Hilgard*, Archivierung oder Löschung von E-Mails im Unternehmen, ZIP 2007, 985 ff.

28) *Klinger*, Vernichtet und verloren?, RIW 2007, 108, 112.

29) Vgl. *Hilgard*, Archivierung oder Löschung von E-Mails im Unternehmen, ZIP 2007, 985, 990 f.