

eDiscovery

Worauf ein Schweizer Rechtsdienst achten sollte

David Rosenthal, 28. Mai 2020

Ausgangslage

- **Vier Szenarien** für Schweizer Unternehmen
 - **Zivilprozess in den USA** oder ein anderer Zivilrechtsstreit, der nach ähnlichen Verfahrensregeln wie in den USA funktioniert
 - **Interne Untersuchung** wegen möglichem Fehlverhalten innerhalb des Unternehmens
 - **Dokumenten-Herausgabeaufforderung einer Behörde** aus dem In- oder Ausland oder in deren Auftrag
 - **Datenschutzrechtliches Auskunftsbegehren**, welches über das gewöhnliche Mass hinausgeht (z.B. von einem ehemaligen Mitarbeiter, der alle ihn betreffenden E-Mails haben will)
- In allen vier Szenarien ist es wahrscheinlich, dass **eDiscovery** betrieben werden muss
 - Sammeln, Verarbeiten, Sichten und ggf. Herausgeben grösserer Mengen an E-Mails und anderen meist elektronischen Dokumenten, die sich im Besitz oder in der Kontrolle des Unternehmens befinden
 - In den USA im Rahmen der sog. *pre-trial discovery* entwickelt

Ausgangslage

3. All documents concerning all third party logistics providers and customs brokers retained by [REDACTED] or on behalf of [REDACTED] in connection with the transport or shipment of all [REDACTED] products, as well as transport of all [REDACTED] products distributed by [REDACTED] pursuant to the [REDACTED] between [REDACTED] into Russia.

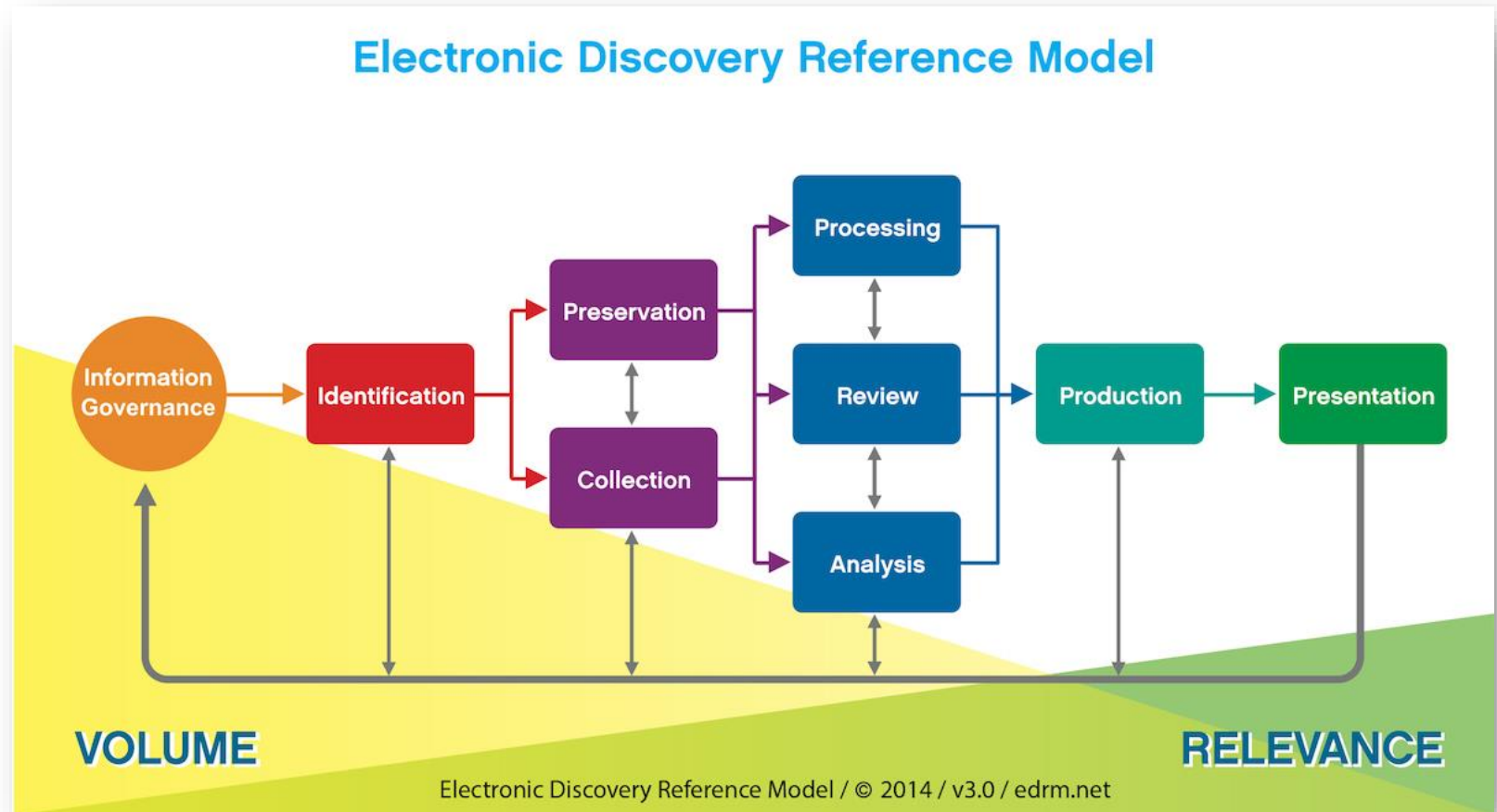
1.2 Mio. E-Mails und Dokumente

[REDACTED] entity identified in response to Item 3: (i) all contracts, agreements, or other documents, either written or oral, entered into between [REDACTED] and [REDACTED]; (ii) all documents concerning payments made to any such [REDACTED] including but not limited to back-up and supporting documents, (iii) all documents concerning services performed by such persons or entities; and (iv) all documents concerning diligence and/or audits performed of any such persons or entities on behalf of [REDACTED]

5. For each person or entity identified in response to Item 3, all documents reflecting communications or conversations including but not limited to email communications, text messages, memoranda, voice files, correspondence and faxes.

Aus einem *Document Production Request* der SEC an ein Schweizer Unternehmen

Das übliche
Vorgehen



In der Praxis

- **Schritt 1: Preservation** (Daten vor Verlust/Veränderung schützen)
 - "Legal Hold" aussprechen, technische Sicherungsmassnahmen
 - Betrifft alle möglicherweise relevanten Dokumente und *Custodians*
- **Schritt 2: Collection & Processing** (einsammeln und verarbeiten)
 - Eine Auswahl der Daten werden in spezielle Systeme überführt
 - Werden i.d.R. als Service zugemietet (*Relativity, Nuix, etc.*)
 - Welche Datenquellen sind relevant (Mail, Chats, etc.)? Strukturierte Daten? *Chain-of-Custody* relevant? Cloud-Systeme? Archive? Papier?
- **Schritt 3: Culling & Review** (Daten aussortieren und sichten)
 - Klar irrelevante Dokumente werden mit Filtern u.Ä. ausgemistet
 - Menschen sichten potenziell relevante Dokumente und codieren sie
- **Schritt 4: Production** (Daten herausgeben)
 - Gewisse heikle Daten werden geschwärzt, *Legal Privilege*-Review
 - Herausgabe in elektronischer Form mit "Metadaten"

Etwas
auswändiger
als mit Google

Keywords Find documents containing

Any of these words ⓘ

- rjazan ⓘ (2 of 2) +
- carrier AND (russ* OR moscow OR moskau OR rumo OR ⓘ (1575 of 3166) + -
- spediteur AND (russ* OR moscow OR moskau OR rumo ⓘ (1573 of 3164) + -
- driver AND (russ* OR moscow OR moskau OR rumo OR ru ⓘ (1571 of 3163) + -
- fahrer AND (russ* OR moscow OR moskau OR rumo OR ru ⓘ (1572 of 3163) + -
- camion* AND (russ* OR moscow OR moskau OR rumo OR ⓘ (1614 of 3229) + -

Select Variations ⓘ

Select variations for: Show:

<input type="checkbox"/> Variation	Matching Emails	Matching Unique Files
<input type="checkbox"/> spedit	0	8
<input checked="" type="checkbox"/> speditons	3896	500
<input type="checkbox"/> spediteer	0	1
<input checked="" type="checkbox"/> spedition	2208	819
<input type="checkbox"/> spedit	1	3
<input type="checkbox"/> speditive	3	2

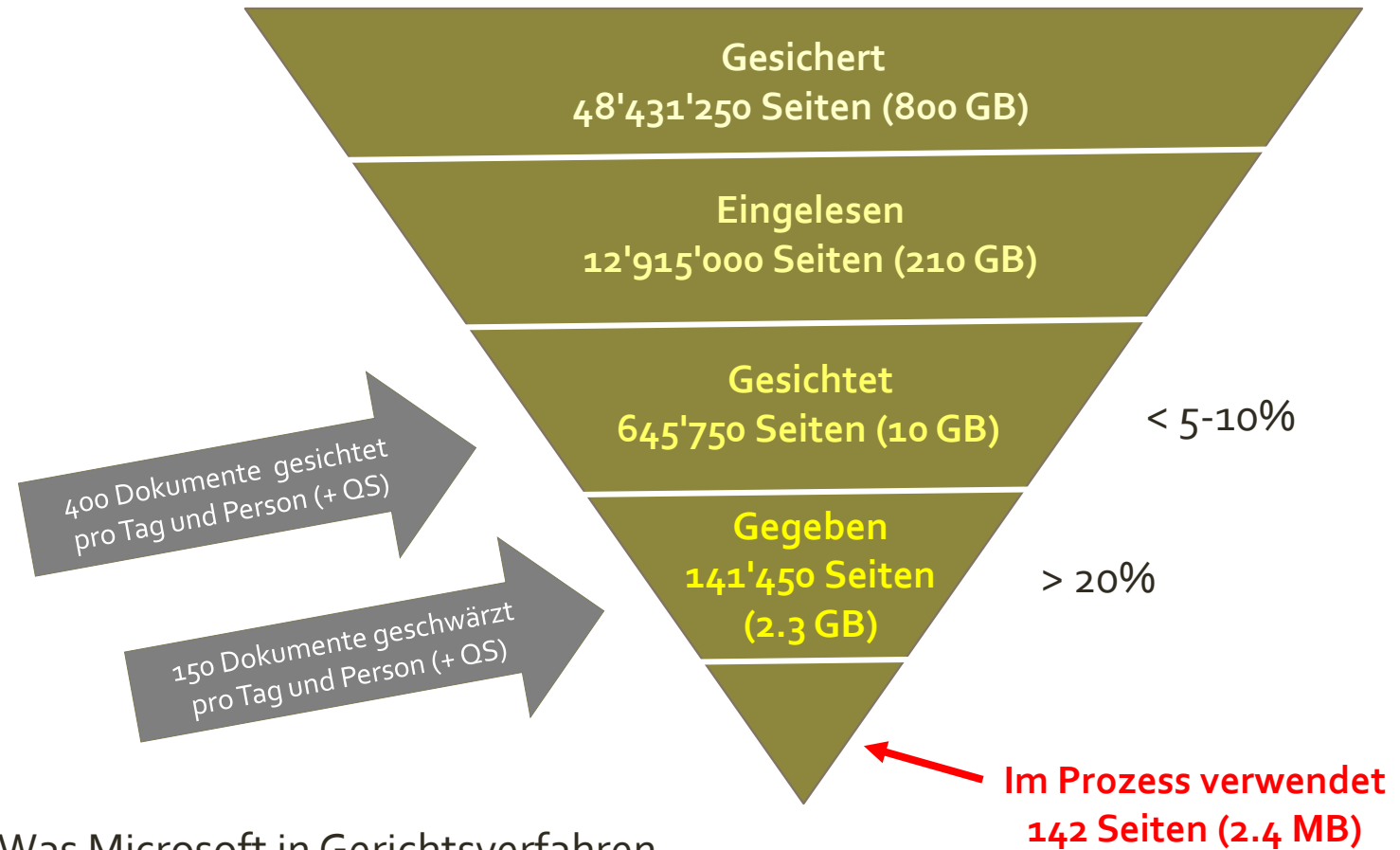
Review

The screenshot shows a document review application interface. It features a top navigation bar with a 'Return to document list' link and a document identifier 'JWOLFE_0004717'. Below this is a toolbar with various icons and a 'Basic Default' dropdown. The main content area is divided into a left sidebar (1) and a central document viewer (2). The sidebar contains a tree view with categories like 'Primary', 'Investments', and 'Industry', and sub-items like 'deal (11)', 'energy (1)', and 'trad* (1)'. The central viewer displays a document titled 'NomLogic Simulation' with sections for 'Pipeline(s)', 'Counterparty(s)', 'Enron Trader', and 'Enron Scheduler'. To the right of the main viewer is a 'First Pass Review' panel (4) with radio buttons for 'Responsive Designation' and 'Confidential Designation'. Below this is a 'Family' panel (5) showing a list of documents with checkboxes and a search filter. At the bottom of the interface is a document set navigation bar (6) with a '1 / 2' indicator.

Quelle: https://help.relativity.com/9.6/Content/Solutions/Reviewing_documents_in_Relativity.htm

- 1 Art der Ansicht
- 2 Dokument
- 3 Auftrag (Batch)
- 4 Tags
- 5 Zugehörige Dokumente
- 6 Dokumentensets

Ziel: Mengen
reduzieren



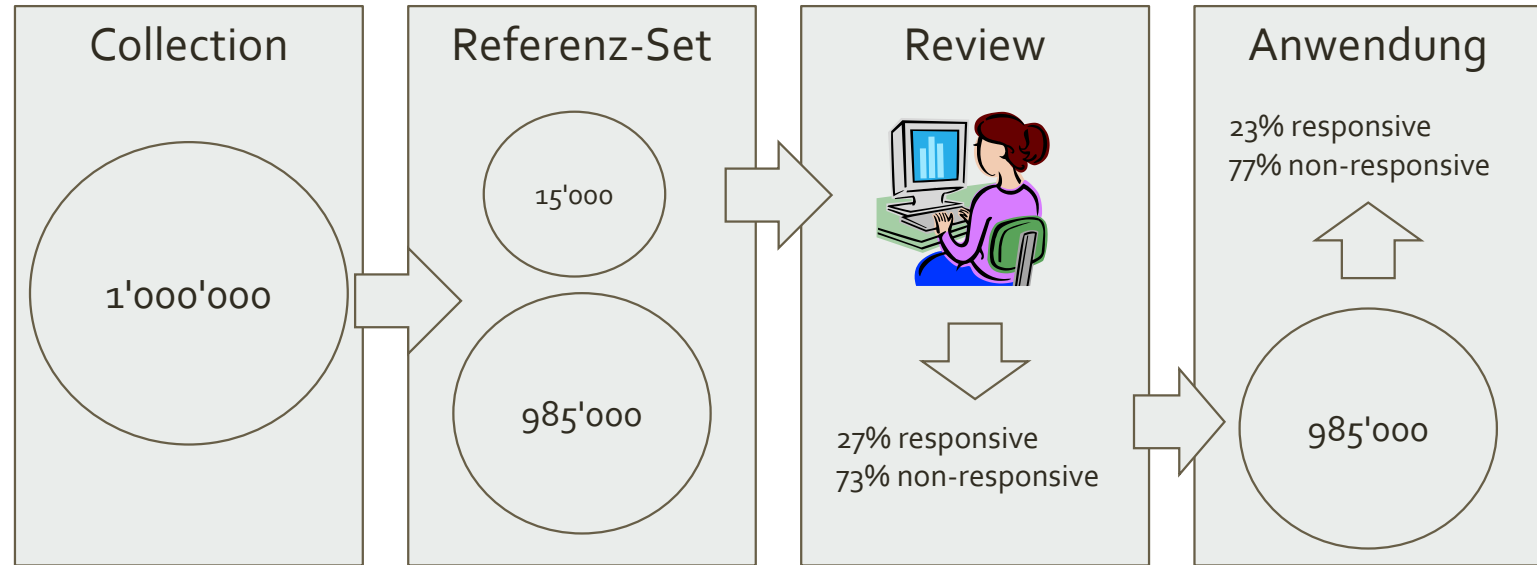
Was Microsoft in Gerichtsverfahren 2011 im Schnitt zu verarbeiten hatte

Quellen: David Howard, Jonathan Palmer, & Joe Banks, Re: September 9, 2011
Committee Meeting on Preservation and Sanctions, MICROSOFT (Aug. 31, 2011)
(gefunden unter: <https://bit.ly/3ei65m7>)
Die Zahlen zum Aufwand der Sichtung/Schwärzung sind eigene Erfahrungswerte
(sie stammen nicht von Microsoft) und können je nach Fall stark schwanken

Aus der Praxis

- Solche Projekte können i.d.R. **nicht alleine intern gestemmt** werden
 - Informatik liefert die nötigen Daten (wie gut ist sie vorbereitet?)
 - Zusammenarbeit Dienstleistern, welche die Systeme bereitstellen
 - Anwaltsbüros führen Reviews durch, teilweise mit Fremdpersonal
 - Enge Begleitung durch Rechtsdienst (Schnittstelle, Entscheide)
- Hauptkostentreiber sind **Reviews durch Menschen**
 - Was Sie an Dokumenten haben, erfahren Sie erst mit der Zeit, doch jede laufende Kurskorrektur kostet Zeit, Geld und Perfektion
 - Organisation und Qualitätssicherung ist herausfordernder, als es scheint
 - Oft unterschätzt: *Early Case Assessment (ECA)*, *Culling*, Instruktionen
 - Hohe Sonderkosten in Europa durch Notwendigkeit von Schwärzungen
- **Vorsicht vor Schlagworten** ("KI") und Versprechungen der Anbieter
 - Technologie ist erforderlich, aber ohne den Menschen geht es nicht
- Auch die eigenen **Anwälte hinterfragen**: Was braucht es wirklich?

Technology Assisted Review (TAR)

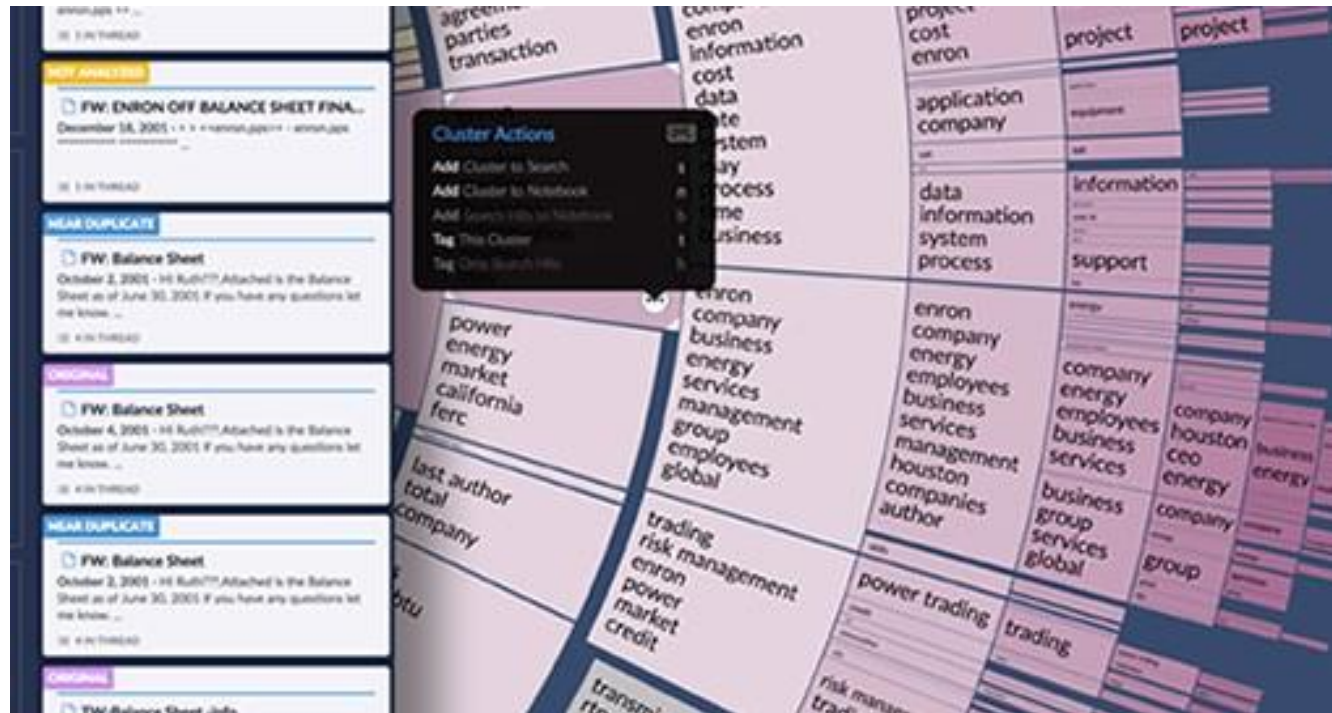


Predictive Coding: Ein Subset von Daten wird von Hand gesichtet; danach sucht das System nach Mustern und wendet diese auf den Rest der Daten an

Pro: Notwendigkeit zur manuellen Sichtung kann u.U. stark gesenkt werden

Contra: Funktioniert nur bei grossen Datenmengen; jeder Fall ist anders

Technology Assisted Review (TAR)



Beispiel Brainspace

Analysieren und Visualisieren von Daten: Daten werden in einer Weise analysiert und dargestellt, die einen intuitiveren, rascheren Zugang erlauben

Pro: Erlaubt das "Stöbern" in Daten zur Suche nach der Nadel im Heuhaufen

Contra: Braucht Erfahrung und Spürsinn; Skalierbarkeit; Nachvollziehbarkeit

Ist das alles erlaubt?

- **Keine Einwilligung** der Mitarbeiter nötig
 - Aber: eDiscovery in Datenschutzerklärungen vorsehen
- Drei zu berücksichtigende **Grundprinzipien**
 - Betroffene *Custodians* informieren (z.B. im Rahmen des *Legal Holds*)
 - Datenbearbeitung auf das Notwendige beschränken
 - Private Daten vermeiden und aussondern (Ausnahmen möglich)
- **Review durch Menschen** durch *Culling*, gute Suchbegriffe und andere TAR-Methoden so stark wie möglich **einschränken**
 - Reviewer einsetzen, die mit den *Custodians* nichts zu tun haben
- **Klare und dokumentierte Regeln** für den Review
 - Vertrag mit dem Anwalt, Dienstleister, etc., welcher den Review durchführt (gilt je nach Fallkonstellation eine "Auftragsbearbeitung")
 - Zugriff von ausserhalb Europas erfordert besondere Vorkehrungen
 - Betroffene Personen dürfen ihre eigenen Dokumente einsehen

Ist das alles erlaubt?

- **Herausgabe für ausländische Zivilverfahren**
 - Private und sensitive Daten (z.B. HR-Daten, Gesundheitsdaten) müssen ausgesondert/geschwärzt werden (nur tw. automatisierbar)
 - Ähnliches gilt für Geschäftsgeheimnisse Dritter (insb. Art. 273 StGB)
 - Datenlieferung an US-Gegenpartei nur unter einem erweiterten sog. *Protective Order*, der jede andere Verwendung untersagt
- **Herausgabe für ausländische Straf- und Verwaltungsverfahren**
 - Mitarbeiter anonymisieren, soweit eine Offenlegung für diese nachteilige Auswirkungen haben kann (Ausnahmen sind möglich)
 - Alternative: Mitarbeiter (und Dritte) vorgängig informieren und ihnen Gelegenheit zum Widerspruch geben (oft unrealistisch)
- **Art. 271 StGB beachten** (insbesondere bei Herausgabebefehlen)
- **US-Anwälte** frühzeitig auf diese **Einschränkungen** hinweisen
 - Sie müssen i.d.R. selbst einen Datenschutzvertrag unterzeichnen

Vielen Dank!

- Weiterführende Infos:

- <https://www.edrm.net>
- <https://www.cediv.org> – ein Schweizer Verein, in welchem sich Unternehmen über ihre Erfahrungen im Bereich e-Discovery und Untersuchungen austauschen
- <https://thesedonaconference.org/wgs/wg6> u.a. mit einem Muster für *Protective Orders*, diversen *Best Practices* und gut zur gegenseitigen Verständnisbildung zwischen Vertretern der Rechtssysteme in den USA und in Europa
- Ein guter Beitrag für Einsteiger in Thema von Christian Zeunert und Louise Dräyer-de Moor: <https://bit.ly/2Xpxl5H>

- Feedback, Fragen:

- David Rosenthal
- david@rosenthal.ch, www.rosenthal.ch
- Ab 1. Juni 2020: Partner bei VISCHER (www.vischer.com)

E-Discovery Maturity Model				
Level	Focus	Strategy	Expertise	Costs
5 Integrated and Optimizing	Automate and Integrate	Legal and IT Manage In-house with Strategic Vendor Use	Expert Team of Legal and IT	Shared Costs, Mainly with IT
4 Semi-Integrated	Reduce Costs	Legal Manages Blend of Vendor and In-house Resources	Single Expert in either Legal or IT	Targeted Reductions
3 Standardized	Standard, Repeatable Process	Vetted and Trusted Vendor(s)	Expert at Trusted Vendor	Controlled
2 Managed	Plan and Manage	Outside Counsel Manages Many Vendors	Expert at Outside Counsel	Overruns, Unexpected Costs
1 Ad Hoc, Chaotic	Just Get It Done	Individual Heroics	None	Surprising

Quelle: www.edrm.net