

facts relating to the individuals responsible for the misconduct“ offenlegen, um vom Kooperationsbonus zu profitieren.¹¹⁴ Für Unternehmen besteht nun die Unsicherheit, wie mit dieser Erwartung umzugehen ist, ohne privilegierte Kommunikationen offenzulegen.¹¹⁵

Den besonderen Konflikt von Unternehmen in Bezug auf Ermittlungsbehörden berücksichtigen einige Gerichte wie folgt: Sie gehen davon aus, dass sich der Verzicht auf das Anwaltsprivileg nur auf die Behörde(n) bezieht und nicht auf Kläger im Rahmen eines Zivilverfahrens.¹¹⁶ Dieser Ansicht haben sich allerdings soweit ersichtlich kaum Gerichte angeschlossen. Die meisten Gerichte gehen davon aus, dass ein Verzicht des Privilegs gegenüber Behörden auch zu einem Verzicht gegenüber Dritten führt.¹¹⁷ Unternehmen könnten sich sonst aussuchen, wem gegenüber das Privileg gilt.

Wie können Unternehmen den soeben beschriebenen Konflikt sonst mindern? Empfehlenswert ist eine Vereinbarung mit einer Behörde, die gelieferten privilegierten Dokumente vertraulich zu behandeln. Einige Gerichte nehmen in diesem Fall nur einen beschränkten Verzicht an.¹¹⁸ Allerdings ist auch dies keine Garantie für die Wahrung des Anwaltsprivilegs, da andere Gerichte einen solchen beschränkten Verzicht auch bei einer Vertraulichkeitsvereinbarung mit einer Behörde ausdrücklich ablehnen.¹¹⁹

may be subject, at least in part, to the protections of attorney-client privilege and/or attorney work product protection. To receive cooperation credit for providing factual information obtained from the interviews, the corporation need not necessarily produce, and the staff may not request without approval, protected notes or memoranda generated by the attorneys' interviews. To earn such credit, however, the corporation must produce, and the staff always may request, relevant factual information—including relevant factual information acquired through those interviews.”

¹¹⁴ Vgl. das Memorandum unter <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (letzter Abruf: 16. September 2018). Diese Aussage soll nach Sally Yates nicht so verstanden werden, dass Unternehmen verpflichtet wären, vom Privileg umfasste Kommunikationen offenzulegen Vgl. <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-sally-q-yates-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>.

¹¹⁵ Insbesondere bei Interviews mit Mitarbeitern des Mandanten ist die Abgrenzung von Fakten und privilegierter Information alles andere als einfach.

¹¹⁶ *Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir. 1977 *en banc*).

¹¹⁷ Vgl. etwa *Westinghouse Electric Corp. v. Republic of Philippines*, 951 F.2d 1414, 1424 ff.; In re *Pac. Pictures Corp.*, 679 F.3d 1121, 1127 f. (9th Cir. 2012).

¹¹⁸ In re *Natural Gas Commodity Litigation*, No. 03 Civ. 6186VMAJP, 2005 WL 1457666, *5f. (S.D.N.Y. 2005) ging das Gericht von einem *selective waiver* aus. Zu einem beschränkten Verzicht tendierend: In re *Steinhardt*, 9 F.3d 230, 234 (2d Cir. 1993).

¹¹⁹ In re *Columbia/HCA Healthcare Corp. Billing Practices Litigation*, 293 F.3d 289 (6th Cir. 2002).

Unternehmensstrafrecht / Internal Investigations

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.

(Präventive) Ermittlungen der (Unternehmens-)Verteidigung im Verbandssanktionsverfahren und unternehmensinterne Ermittlungen nach italienischem Recht

I. Die Ermittlungen der Verteidigung nach italienischem Strafrecht

1. Rechtliche Grundlage

Mit dem Gesetz Nr. 397 vom 7. Dezember 2000 wurden in Italien spezielle Vorschriften (Artikel 391-bis – 391-decies) in das Buch V, in einen neuen Titel VI-bis der Strafprozessordnung (Codice di Procedura Penale, im Weiteren “CPP”) eingeführt, die die Befugnisse des Verteidigers regeln, eigenverantwortlich Ermittlungen im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens zu Verteidigungs-

zwecken durchzuführen.¹ Diese knüpfen an die zum gleichen Zeitpunkt eingeführte allgemeine Vorschrift des Art. 327-bis Abs. 1 CPP an, durch die dem Verteidiger in allgemeiner Form das Recht eingeräumt wird, Ermittlungen durchzuführen, um Beweismittel zugunsten seines Mandanten zu recherchieren und zu identifizieren, in derjenigen Form, in der es die Vorschriften der Art. 391-bis ff. CPP erlauben. Dieses Recht der Verteidigung gilt in allen Stadien und Instanzen des Strafverfahrens (Art. 327-bis Abs. 2 CPP).

Verfassungsrechtlicher Hintergrund der Einführung der Vorschriften war die vorhergehende durchgreifende Änderung der Vorschrift des Art. 111 der Italienischen Verfassung, die seit Ende 1999² – in sehr detaillierter Weise – die konstitutionellen Vorgaben an ein sogenanntes „Gerechtes Verfahren“ (u.a. im Sinne eines fairen Verfahrens, nur teilweise in Anlehnung an Art. 6 EMRK) beschreibt. In Art. 111 lt. Verfassung werden insbesondere der kontradiktorische Charakter des Strafverfahrens und die Mitwirkungsrechte sowie die Gleichberechtigung der Verteidigung betont (Art. 111 Abs. 2, Abs. 3 lt. Verfassung). Verfassungsrechtliche Grundlage ist daneben auch das Recht des Beschuldigten auf eine Verteidigung, das von der italienischen Verfassung als in jedem Stadium und jeder Instanz des Verfahrens als unverletzlich garantiert wird (Art. 24 Abs. 2 lt. Verfassung).³

Neben den verfassungsrechtlichen Grundsätzen und den strafprozessualen sowie datenschutzrechtlichen⁴ Vorschriften gelten für die Rechtsanwälte, die als Verteidiger tätig sind, berufsrechtliche Vorgaben, deren Verletzung von den Rechtsanwaltskammern disziplinarisch geahndet werden können.⁵ Selbstverständlich begrenzen daneben die einschlägigen Strafvorschriften die Befugnisse der Verteidiger bei ihren Ermittlungen.

2. Befugte Personen neben dem Verteidiger

Die Befugnisse aus diesen Normen erstrecken sich nicht allein auf den mandatierten Verteidiger selbst, sondern gemäß Art. 327-bis Abs. 3 CPP auch auf dessen anwaltlichen Vertreter („sostituto“), sowie auch auf bestimmte Hilfspersonen, insbesondere auf den Sachverständigen der Verteidigung (Art. 233 CPP, „consulente tecnico“) – den allgemein lizenzierten und speziell autorisierten Privatermittler⁶ der Verteidigung (Art. 222 der Umsetzungs- und Koordinationsvorschriften zum CPP).⁷ Grundsätzlich ist der Verteidiger befugt, sämtliche Ermittlungsaktivitäten nach den hier relevanten Vorschriften auf seine Hilfspersonen zu delegieren, soweit nicht anderweit gesetzlich geregelt.⁸ Allerdings dürfen lediglich der Verteidiger und sein Vertreter (Rechtsanwälte) – formalisierte Vernehmungen durchführen bzw. schriftliche Informationen entgegennehmen (Art. 391-bis Abs. 2 CPP).⁹

3. Geltung im Rahmen des Verbandssanktionenrechts (Legislativdekret Nr. 231/2001)

Diese Vorschriften gelten – wie grundsätzlich alle Vorschriften der italienischen Strafprozessordnung CPP, soweit des Unternehmensanktionsrecht keine spezielleren Vorschriften enthält – auch im Rahmen des italienischen Verbandssanktionenrechts gem. Legislativdekret Nr. 231 vom 8. Juni 2001 für den Verteidiger eines Verbandes (Artikel 34 Legislativdekret Nr. 231/2001), in der Praxis meist eines Unternehmens.¹⁰

¹ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 443.

² Legge costituzionale Nr. 2 vom 23.11.1999.

³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 649.

⁴ Das it. Datenschutzgesetz, der sog. „Codice della Privacy“, Legislativdekret Nr. 196/2003. Der nationale Datenschutzbeauftragte (sog. „garante della Privacy“) hat auf dieser Basis sodann einen Codex für die berufsrechtlich korrekte datenschutzrechtliche Behandlung der Daten aus den Ermittlungen der Verteidigung vorgegeben: Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive, Entscheidung vom 06.11.2008, *Gazzetta Ufficiale* Nr. 275 vom 24.11.2008.

⁵ Consiglio Nazionale Forense, Codice Deontologico Forense, *Gazzetta Ufficiale* Nr. 241 vom 16.10.2014, in Kraft seit dem 15.12.2014; ergänzend die detaillierten, gewohnheitsrechtlich geltenden Verhaltensregeln der Camere Penali, Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, in der Fassung vom 19.01.2007.

⁶ Im Detail zu den Voraussetzungen Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 654 f.

⁷ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 443.

⁸ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 655.

⁹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 655.

¹⁰ Danach gelten soweit anwendbar nachrangig zu den Art. 34 ff. (III. Abschnitt) des Legislativdekrets die Vorschriften des CPP entsprechend.

4. Zulässigkeit präventiver Ermittlungen des Verteidigers vor Einleitung eines Strafverfahrens oder Verbandssanktionenverfahrens

Im Hinblick auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut ist in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass die Befugnisse des Verteidigers zu eigenen Ermittlungen im Sinne der vorgenannten Vorschriften auch präventiv – d. h. vor Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens – ausgeübt werden dürfen, konkret vor Registrierung einer Strafanzeige („notizia del reato“) im entsprechenden Register (Art. 335 des italienischen Strafgesetzbuchs, des Codice Penale, hier: „CP“), mit dem das Strafverfahren eingeleitet wird (vgl. Art. 327-bis Abs. 1, 391-nonies Abs. 1 CPP; letztgenannte Vorschrift ist in unmissverständlicher Weise mit „Attività investigativa preventiva“ überschrieben).¹¹ Art. 327-bis Abs. 1 CPP schreibt nämlich vor, dass der Verteidiger entsprechende Ermittlungen vom Augenblick seiner Mandatierung an vornehmen kann; § 391-nonies Abs. 1 CPP stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Mandatierung nicht die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens voraussetzt: Die in der vorbezeichneten Vorschrift vorgesehene Ermittlungsaktivität darf durch einen entsprechend mandatierten Verteidiger auch präventiv ausgeübt werden, wenn dieser das Verteidigungsmandat für die Eventualität erhalten hat, dass ein – noch nicht existierendes oder nach h. M. auch noch nicht bekanntes – Strafverfahren eingeleitet wird oder worden ist.¹²

Art. 391-nonies Abs. 2 CPP sieht – offenbar zu Dokumentationszwecken – vor, dass die entsprechende Vollmacht eine Authentifizierung der Unterschrift enthalten muss und die Bevollmächtigung des Verteidigers unter Angabe der Tatsachen erfolgt, auf die sich das Verteidigungsmandat bezieht. Ausreichend ist eine knappe, identifizierbare – d. h. wohl für die Abgrenzung zu anderen Sachverhalten ausreichende – Zusammenfassung des relevanten historischen Sachverhalts.¹³ Diese Vollmacht dient zur Legitimierung des Verteidigers im Zusammenhang mit der Ausübung seiner Ermittlungstätigkeit. Eine bloße faktische Verteidigungstätigkeit ohne eine Vollmacht, die den Voraussetzungen des Art. 391-nonies Abs. 2 CPP entspricht, berechtigt nicht zur Vornahme der nach den Art. 391-bis ff. CPP zulässigen Ermittlungshandlungen und ist im Hinblick hierauf unwirksam.¹⁴

Zudem sollen vom Zeitpunkt der (formgerechten) Vollmachterteilung zum Schutze des Verteidigers die Garantien des Art. 103 CPP eingreifen, wonach der Verteidiger, seiner vorgenannten Hilfspersonen sowie seiner Gewahrsamssphäre gegenüber Inspektionen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen, TKÜ-Maßnahmen etc. eingreifen, nicht etwa erst mit Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.¹⁵ Dies wird daraus abgeleitet, dass in Italien auch allgemein (auch nach der Rechtsprechung) angenommen wird, dass die strafprozessualen Schutzrechte zugunsten des Verteidigers (Art. 103 CPP) auch unabhängig vom Bestehen eines Strafverfahrens ab der Erteilung des Verteidigungsmandats ihre Wirkung entfalten.¹⁶ Hintergrund ist die schon vor Einführung der Art. 391-bis ff. CPP bestehende Rechtsprechungsauffassung, wonach Art. 103 CPP die mandatierte Verteidigungsaktivität und nicht die Stellung des Verteidigers in einem konkreten Strafverfahren in Betracht zieht, in welchem die Verteidigungsaktivitäten entfaltet werden.¹⁷ Konkret haben die Vereinigten Strafsenate des Kassationsgerichtshofs 1993/1994 entschieden, dass die Garantien der Verteidigerstellung gemäß Art. 103 CPP nicht daran gekoppelt ist, dass die strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen gegen den Verteidiger in demselben Strafverfahren erfolgen, in dem er seine Verteidigungstätigkeit ausübt oder dass diese Verteidigungstätigkeit noch andauert.¹⁸ Die Garantien des Art. 103 CPP gelten heute nach herrschender Rechtsprechung jedenfalls für jedermann, der ein Verteidigungsmandat in irgendeinem Strafverfahren angenommen hat und schützen diesen nach Maßgabe der Vorschrift gegen den Eingriff je-

¹¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 653.

¹² G. Ruello in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.7 m.w.N.

¹³ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.2

¹⁴ G. Ruello in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.7 m.w.N.

¹⁵ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.4

¹⁶ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.4

¹⁷ P. Ventura in: Conso/Illuminati, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. III.4 unter Verweis auf Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Cassazione Penale 1994, 2020; 1994, 910; 914; 1998, 840.

¹⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Cassazione Penale 1994, 2020.

der Strafverfolgungsbehörde, unabhängig davon ob irgendein Bezug von deren Verfahren zu seiner Verteidigertätigkeit besteht oder er gar in deren Verfahren Verteidiger ist.¹⁹

Ausgenommen von der Ermächtigung des Verteidigers zu Ermittlungen im Rahmen von präventiver Verteidigung sind solche Ermittlungsaktivitäten, die einer richterlichen Entscheidung bedürfen (Art. 391-nonies Abs. 1 CPP). Dies gilt schon deshalb, weil vor Einleitung des Ermittlungsverfahrens ein zuständiger Richter nicht zuverlässig bestimmt werden kann.²⁰

Legitimer Zweck präventiver Verteidigungsermittlungen kann es etwa sein, vorweg der richterlichen Entscheidung zugunsten einer von der Staatsanwaltschaft beantragten strafprozessualen Zwangsmaßnahmen entgegenzutreten (Art. 292 Abs. 2-ter CPP) oder deren umgehende Aufhebung oder Aussetzung zu erreichen (Art. 299, 275 Abs. 3 CPP).²¹ Zu seinen Mandanten belastenden Ermittlungen ist der Verteidiger nicht berechtigt und nicht verpflichtet (vgl. Art. 327-bis Abs. 1 CPP), auch nicht zur Vorlage von (wider Erwarten erlangten) belastenden Beweisergebnissen seiner Ermittlungen. Die Bewertung, ob die Beweisergebnisse im Rahmen der verfolgten Verteidigungsstrategie be- oder entlastend sind, obliegt primär dem Verteidiger.²²

Gegenüber seinem Mandanten kann der Verteidiger berufsrechtlich verpflichtet sein, Ermittlungen der Verteidigung durchzuführen bzw. darauf bei seinem Mandanten hinzuwirken; der Verteidiger verletzt seine berufsrechtlichen Pflichten, wenn er sich nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob Ermittlungen der Verteidigung angezeigt sind oder wenn er Erforderlichkeit seinem Mandanten nicht mitteilt.²³

5. Ermittlungsbefugnisse des Verteidigers gemäß Art. 391-bis ff. CPP

Anders als die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden müssen die Ermittlungen des Verteidigers weder einem Vollständigkeitsgebot genügen noch müssen Sie sich auf den Mandanten belastende Umstände erstrecken; sie erfolgen nach dessen freiem Ermessen.²⁴

a) Allgemeines

Zusammenfassend gesagt sind der Verteidigung und deren Hilfspersonen nach den neuen Vorschriften berechtigt, mit Personen, die zur Sachverhaltsaufklärung bzw. für die Verteidigung nützliche Umstände mitteilen können, undokumentierte Gespräche zu führen, von diesen schriftliche Mitteilungen entgegenzunehmen oder Informationen, die schriftlich zu dokumentieren sind, entgegenzunehmen.²⁵ Interessanterweise hat der Verteidiger sogar das Recht, zum Zweck der Verteidigungsermittlungen ein Gespräch mit inhaftierten Personen zu führen, zu denen er kein Mandatsverhältnis unterhält, d. h. z. B. inhaftierten Mitbeschuldigten oder in einem anderen Verfahren beschuldigten inhaftierten Personen oder Personen, die sich in anderer Sache im Strafvollzug befinden (Art. 391-bis Abs. 7 CPP).²⁶

Ausdrücklich genannt in den gesetzlichen Bestimmungen der Art. 391-bis fortfolgende CPP sind nur die sogenannten typischen Ermittlungsmaßnahmen der Verteidigung, d. h. die gesetzlich vorgeprägten. Damit kommt nicht etwa zum Ausdruck, dass sogenannte atypische Ermittlungsmaßnahmen unzulässig seien. Diese sind vielmehr – sofern nicht anderweitig gesetzlich verboten – zulässig, und werden insbesondere durch Privatdetektive auch tatsächlich ausgeführt: Hierbei kann es sich beispielsweise um Beschattungen von Personen, die Registrierung von Gesprächen an öffentlichen Orten, informelle Gespräche am Telefon und anderes mehr handeln.²⁷ Es ist dem Privatdetektiv auch nicht grundsätzlich verboten, im Rahmen der Ermittlungen unter falscher Identität (Legende) aufzutreten, sich zu verkleiden, sowie in einem Rahmen, der die persönliche Freiheit Dritter nicht einschränkt, sonst zu täuschen bzw. zu lügen

¹⁹ T. Procaccianti in: Conso/Illuminati, Commentario Breve al Codice di Procedura Penale, 2. Auflage (2015), Art. 103 Rn. II.3; Corte di Cassazione, Guida al Diritto, 2014, Bd. 28, 82 ff.

²⁰ P. Ventura in: Conso/Illuminati, Commentario Breve al Codice di Procedura Penale, 2. Auflage (2015), Art. 391-nonies Rn. II.8

²¹ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, Procedura Penale, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

²² Tonini, Manuale di Procedura Penale, 17. Auflage, 2015, S. 652.

²³ Art. 3 Verhaltensrichtlinien der Camere Penale, s.o. Fn 5; vgl. Tonini, Manuale di Procedura Penale, 17. Auflage, 2015, S. 651 f.

²⁴ G. Ruello in: Conso/Illuminati, Commentario Breve al Codice di Procedura Penale, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.8 m.w.N.

²⁵ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, Procedura Penale, 4. Auflage, 2016, S. 5 443 f.

²⁶ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, Procedura Penale, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

²⁷ Tonini, Manuale di Procedura Penale, 17. Auflage, 2015, S. 655 f. Typischerweise werden die atypischen Ermittlungen durch Hilfspersonen, insbesondere die Privatermittler durchgeführt.

(„inganno benevolo“) etc.; solche Verhaltensweisen sind hingegen dem Verteidiger standesrechtlich verwehrt.²⁸

Die italienische Rechtsprechung hat bezüglich von Ermittlungen des Verteidigers im Ausland festgehalten, dass für diese die Vorschriften des Art. 391-bis ff. CPP keine Rechtsgrundlage darstellen, weil Beweiserhebungen im Ausland nur auf dem Rechtshilfewege, den der Verteidiger nicht beschreiten kann, in das italienische Strafverfahren eingebracht und nur hieraus resultierende Beweismittel im italienischen Strafverfahren verwertet werden können.²⁹

Jenseits einer Nutzung von Verteidigungsermittlungen im Ermittlungsverfahren zur Einwirkung auf den Staatsanwalt im Zusammenhang mit seiner Entscheidung wie die Ausübung der öffentlichen Klage können diese Ermittlungen auch im Hinblick auf die richterliche Anhörung im Zwischenverfahren („udienza preliminare“) geführt werden (Art. 327-bis, 421 Abs. 3 CPP) oder zur Ergänzung der Beweisgrundlage der Hauptverhandlung (Art. 430 CPP).³⁰

b) Anhörung von Auskunftspersonen im Rahmen der Verteidigungsermittlungen

Die gesetzlichen Regelungen (hier Art. 391-bis CPP) sehen grundsätzlich drei verschiedene Formen der Informationsgewinnung von Auskunftspersonen durch den Verteidiger vor, ein informelles Gespräch, die formelle (zu protokollierende) Anhörung und die Entgegennahme schriftlicher Einlassungen der Auskunftsperson.³¹ Nur das informelle Gespräch darf auf nichtanwaltliche Hilfspersonen delegiert werden. Gesetzlich ist zudem auch die Anhörung derjenigen Verfahrenssubjekte durch den Verteidiger verboten, die im betreffenden Strafverfahren nach dem CPP keine Zeugenstellung einnehmen können (der Richter, der Staatsanwalt und der zivilrechtlich Verantwortliche bzw. der zivilrechtlich für Geldstrafe haftende Verantwortliche, sowie Verteidiger, die im selben Verfahren Anhörungen durchgeführt haben, vgl. Art. 197 Abs. 1 CPP); berufsrechtlich – nicht aber nach der Rspr.³² – ist es dem Verteidiger zudem verboten, seinen Mandanten (d. h. den von ihm vertretenen Beschuldigten) im Rahmen von Verteidigungsermittlungen anzuhören.³³

aa) Belehrungen

In allen Fällen der Anhörung von Auskunftspersonen durch den Verteidiger besteht eine Belehrungspflicht diesen gegenüber (Art. 391-bis Abs. 3 CPP). Der Verteidiger hat über seine Verfahrensstellung und über den Zweck des Gesprächs bzw. Entgegennahme schriftlicher Stellungnahmen zu belehren, sowie darüber, welche der drei zulässigen Anhörungsformen er wählt sowie deren Modalitäten und die Form der Dokumentation sowie über für die Auskunftsperson bestehenden Auskunftsverweigerungsrechte und Aussageverweigerungsrechte. Im Hinblick darauf, dass hier besondere Vorschriften bzgl. einer Anhörung gelten, muss der Verteidiger zudem klären, ob es sich bei der Auskunftsperson um einen Mitbeschuldigten oder um einen Beschuldigten in einem Verfahren handelt, zu dem ein Sachzusammenhang besteht.³⁴ Zudem muss der Verteidiger darauf hinweisen, dass die Auskunftspersonen nicht berechtigt sind, dem Verteidiger etwaige Fragen der Strafverfolgungsbehörden an die Auskunftsperson und die diesbezüglichen Antworten mitzuteilen; dies gilt auch, wenn eine Vernehmung bereits stattgefunden hat (Art. 391-bis Abs. 4 CPP). Der Verteidiger ist auch verpflichtet, über strafrechtliche Konsequenzen einer unzutreffenden Einlassung zu belehren.³⁵ Weitergehende, zumindest berufsrechtlich verbindliche Vorgaben – insbesondere bezüglich der Belehrung von Angehörigen von Mitbeschuldigten über ihr Aussageverweigerungsrecht – werden in den Verhaltensregeln der Rechtsanwaltskammern gemacht; die höchstrichterliche Rechtsprechung hat diese zwischenzeitlich als bei Strafe eines Verwertungsverbots verbindlich und aus Regeln des CPP herzuleiten aner-

²⁸ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 656.

²⁹ Corte di Cassazione, *Cassazione Penale* 2008, 4707 (dies dürfte zugleich bedeuten, dass etwaige Beweisresultate von Verteidigungsermittlungen im Ausland strafprozessual unverwertbar wären); a.A. Selvaggi *Cassazione Penale* 2009, 2049; Albano *Cassazione Penale* 2008, 4708 f.; Curtotti Nappi *Giurisprudenza Italiana* 2008, 986 f.

³⁰ Corso in: *Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni*, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. 5 444 f.

³¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657.

³² Corte di Cassazione, *Diritto Penale e Processo* 2010, 1297 m.w.N.

³³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657.

³⁴ In diesem Falle besteht ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers des Mitbeschuldigten, der im Übrigen mindestens 24 Stunden zuvor zu informieren ist. Sofern der Verteidiger des Mitbeschuldigten nicht anwesend ist, ist die Vernehmung nicht verwertbar. Gegebenenfalls muss ein Pflichtverteidiger ernannt werden. Hierüber ist zu belehren, Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 659 m.w.N.

³⁵ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657 f.

kannt.³⁶ Zudem gelten bei der Vernehmung von Minderjährigen im Zusammenhang mit bestimmten (Sexual-)Straftaten besondere Regeln der Strafprozessordnung.³⁷

Die Auskunftsperson ist nicht verpflichtet, dem Verteidiger überhaupt Auskunft zu erteilen und darf auch einzelne Fragen nicht beantworten.³⁸ Jedoch besteht im Falle der Erteilung von Auskünften eine Wahrheitspflicht für die Auskunftsperson, deren Verletzung seit 2000 gemäß Art. 371-ter CP („false dichiarazioni al difensore“) mit einer Freiheitsstrafe von bis zu vier Jahren bestraft wird. Auch die Enthüllung des Inhalts von amtlichen Vernehmungen und die Aufforderung hierzu, letzteres durch den Verteidiger oder seine Hilfspersonen, im Kontext von Erhebungen des Verteidigers ist strafbar (Art. 379-bis CP). Insgesamt führt die Verletzung der oben beschriebenen Belehrungsvorschriften und sonstigen Vorgaben bezüglich der Vernehmung nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung stets zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich der Vernehmungsergebnisse (Art. 391-bis Abs. 7 CPP).³⁹

bb) Informelles Gespräch

Das informelle, nicht dokumentierte Gespräch – welches auch der Privatdetektiv durchführen kann und häufig durchführen wird – soll regelmäßig dazu dienen, in Erfahrung zu bringen, ob die Auskunftsperson als Zeuge aus der Perspektive der Verteidigung für die Verteidigungsermittlungen geeignet ist, d. h. zu welchen Tatsachen die Auskunftsperson welche Auskünfte geben kann.⁴⁰ Es hat mithin den Charakter eines Vorgesprächs zur formellen Anhörung durch den Verteidiger, das dem Verteidiger aufgrund der fehlenden Dokumentationsobliegenheiten ermöglicht, eine formale Aufnahme des Gesprächs bei Unergiebigkeit oder Schädlichkeit des voraussichtlichen Beweisergebnisses zu unterlassen.⁴¹

cc) Formelle Anhörung

Der Gang einer formellen Anhörung durch den Verteidiger wird im Gesetz – abgesehen von den oben beschriebenen Belehrungsvorschriften – nicht näher beschrieben oder vorgegeben. Es ist allerdings gesetzlich verboten, dass der Beschuldigte oder Geschädigte (der durch den Verteidiger vertreten wird) bei der Anhörung anwesend ist (Art. 391-bis Abs. 8 CPP), wie es auch der richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Zeugenvernehmung der Fall ist (Art. 63 Abs. 1 CPP).⁴² Es gibt vor diesem Hintergrund keine Verpflichtung des Verteidigers, den Zeugen zunächst im Zusammenhang berichten zu lassen, auch wenn dies der Regel nach sinnvoll erscheint, kann auch lediglich ein Fragenkatalog durchgegangen werden.⁴³ Wenn sich der Verteidiger entscheidet, die Anhörung zu dokumentieren, muss dies gemäß Art. 391-ter Abs. 3 CPP entsprechend den allgemeinen Vorschriften zur Erstellung von staatsanwaltschaftlichen und richterlichen Vernehmungsprotokollen in den Artikeln 134 ff. CPP „soweit anwendbar“ erfolgen.⁴⁴ Die Protokollierung erfolgt hier naturgemäß durch den Verteidiger oder eine Hilfsperson.

Sofern die Auskunftsperson Erklärungen abgibt, aus denen Indizien für eine eigene Strafbarkeit der Auskunftsperson abgeleitet werden können, hat der Verteidiger die Anhörung sofort zu unterbrechen und zu beenden; bezüglich der bereits erhobenen Informationen gilt ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Auskunftsperson, nicht betreffend Dritter (Art. 391-bis Abs. 9 CPP); die Regelungen entsprechen denen für Vernehmungen durch die Justiz (Art. 63 Abs. 1 CPP).⁴⁵

Sofern sich der Verteidiger sich zur Entgegennahme von zu protokollierenden Äußerungen im oben genannten Sinne (und damit zur Formalisierung eines Gesprächs mit einer Auskunftsperson) entschließt, ist er verpflichtet, Fragen und Antworten inhaltsgetreu zu dokumentieren. Sofern er der Auffassung ist, dass die Erklärungen der Auskunftsperson für die Position des eigenen Mandanten nicht hilfreich sind, ist er nicht verpflichtet, das Vernehmungsprotokoll vorzulegen oder sonst den Behörden zugänglich zu machen.⁴⁶ Im Falle einer Vorlage des Protokolls ist der

³⁶ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 657 f.; Corte di Cassazione, III Sezione, Urt. v. 6. Oktober 2009 – Nr. 46682.

³⁷ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 659.

³⁸ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 658.

³⁹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 659.

⁴⁰ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660.

⁴¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660.

⁴² Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 661. Für die informellen Vorgespräche gilt erstaunlicherweise keine entsprechende Regelung.

⁴³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660.

⁴⁴ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 660 f.

⁴⁵ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 661.

⁴⁶ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 661 f.; ausweislich der berufsrechtlichen Regeln ist der Verteidiger übrigens auch nicht verpflichtet, eine Kopie seines Protokolls der Auskunftsperson oder seinem Verteidiger/Rechtsanwalt zugänglich zu machen.

Verteidiger verpflichtet dieses ohne jede Manipulation vorzulegen; ein Wahlrecht hat er lediglich im Hinblick darauf, ob er dies den Strafverfolgungsbehörden zugänglich macht oder nicht.⁴⁷

dd) Entgegennahme einer schriftlichen Einlassung

Der Verteidiger kann die Auskunftsperson – unter Berücksichtigung der eingangs geschilderten Belehrungspflichten – anstelle der vorgenannten Gespräche auch bitten, ihm gegenüber eine schriftliche Erklärung abzugeben. Das einzuhaltende Vorgehen ist in Art. 393-ter Abs. 1 CPP im Detail geregelt. Die schriftliche Erklärung muss durch die Auskunftsperson unterschrieben werden; die Unterschrift ist durch den Verteidiger oder seinen Vertreter zur Authentifizierung. Zusätzlich muss der Verteidiger einen Bericht fertigen, der der schriftlichen Erklärung der Auskunftsperson beizufügen ist (Art. 391-ter Abs. 2 CPP). In den Bericht des Verteidigers sind nach den Vorgaben dieser Vorschrift aufzunehmen: Das Datum, unter dem die schriftliche Erklärung entgegengenommen wurde, die persönlichen Daten des entgegennehmenden Verteidigers (oder seines Vertreters) und der Person, die die Erklärung abgegeben hat, eine Bestätigung, dass der Verteidiger die vorgeschriebenen Belehrungen vorgenommen hat, sowie die Tatsachen, zu denen die Erklärung abgegeben wurde.⁴⁸

ee) Keine Erzwingungsbefugnisse des Verteidigers bei Aussageverweigerung - aber Antragsrechte bzgl. staatsanwaltlicher oder richterlicher Vernehmung

Es ist wichtig festzuhalten, dass die o.g. Ermittlungsbefugnisse zwar einerseits nicht mit den Zwangsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden einhergehen. Allerdings gibt es hierfür andererseits einen potentiell sehr wirksamen Ersatz: Diejenigen aus der Sicht des Verteidigers relevanten Auskunftspersonen (potenziellen Zeugen), die von ihrem Recht Gebrauch machen, sich gegenüber dem Verteidiger nicht zu äußern, müssen auf Antrag des Verteidigers durch den *Staatanwalt* innerhalb von sieben Tagen (ab Antragstellung) als Zeugen vernommen werden (gemäß den Vorgaben des Art. 391-bis Abs. 10 CPP). Alternativ dazu ist der Verteidiger auch befugt, eine vorgezogene *richterliche* Beweisaufnahme (Art. 392 CPP; sog. "incidente probatorio"⁴⁹) – d. h. hier eine richterliche Zeugenvernehmung – dieser Auskunftspersonen zu beantragen. Voraussetzung ist jedoch stets, dass auch aus der Sicht der Justiz die vom Verteidiger genannte Auskunftsperson in der Lage ist, relevante tatsächliche Umstände im Hinblick auf dessen Verteidigungsermittlung mitzuteilen; Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter haben eine entsprechende Prüfung der Relevanz der Vernehmung vorzunehmen.⁵⁰ Zu diesem Zweck ist der Verteidiger verpflichtet, dem Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter die Tatsachen mitzuteilen, zu denen die Auskunftspersonen gehört werden sollen und die Gründe, weshalb dies zum Zweck der Ermittlungen des Verteidigers zielführend ist.⁵¹

Kommt es zu einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung, ist zunächst der Verteidiger berechtigt, Fragen zu stellen und generell den ersten Teil der Zeugenvernehmung in Anwesenheit des Staatsanwalts durchzuführen; anschließend kann der Staatsanwalt ebenfalls Fragen stellen; der Verteidiger ist durchgehend anwesenheitsberechtigt.⁵² Nicht nur die Fragen des Staatsanwalts, sondern auch die Fragen des Verteidigers sind unter Strafdrohung wahrheitsgemäß zu beantworten (Art. 371-bis Abs. 3 CP). Im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung ist der Zeuge grundsätzlich zur vollständigen Aussage verpflichtet, sofern ihm kein besonderes Zeugnisverweigerungsrecht oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht.⁵³

c) Herausgabeverlangen bzgl. Urkunden

Darüber hinaus ist der Verteidiger auch berechtigt, im Rahmen seiner Ermittlungen Urkunden heraus zu verlangen, die sich im Besitz der öffentlichen Verwaltung befinden, und dieses Verlangen auch mithilfe der Strafverfolgungsbehörden bzw. Strafjustiz zu vollstrecken (Art. 391-ter CPP). Auf Antrag des Verteidigers hat der Staatsanwalt eine Beschlagnahme vorzunehmen (Art. 367, 368 CPP), sofern die Urkunden zum Zwecke der Ermittlungen des Verteidigers dienlich sind;

⁴⁷ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 662.

⁴⁸ Zusammenfassend Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 662.

⁴⁹ Eine solche richterliche Beweisaufnahme hat den möglichen Vorteil, dass deren Protokoll im Rahmen einer späteren Hauptverhandlung unmittelbar verwertbar sein kann. Das protokollierte Ergebnis einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung ist per se regelmäßig (Ausnahmen existieren) nur im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zum Zwecke der Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage verwendbar.

⁵⁰ Corte di Cassazione, Urt. v. 17. Januar 2012 – Nr. 1399.

⁵¹ Corte di Cassazione, Urt. v. 6. Dezember 2006 – Nr. 40232; Il Sole 24 Ore vom 13. Januar 2007.

⁵² Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 663.

⁵³ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 664.

sofern der Staatsanwalt dies verweigert, erfolgt eine Entscheidung des Ermittlungsrichters, der dann ebenfalls die Beschlagnahme anordnen kann.⁵⁴

d) Zutritts- und Besichtigungsrecht

Zudem kann der Verteidiger zu Ermittlungszwecken den Zutritt zu privaten Örtlichkeiten verlangen oder auch zu solchen Örtlichkeiten, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind; sofern der Berechtigte nicht zustimmt, kann der Verteidiger beim Ermittlungsrichter beantragen, dass dieser ihn durch Beschluss zur Betretung bzw. Besichtigung ermächtigt (Art. 391-sexies und Art. 391-septies CPP). Ausgeschlossen sind von dem Besichtigungsrecht grundsätzlich Wohnungen, sofern dort keine unmittelbaren Spuren einer Straftat vorzufinden sind.

e) Beratung des Verteidigers durch Sachverständige bzw. Parteigutachten durch Sachverständige und unwiederholbare technische Erhebungen

Der Verteidiger kann im Rahmen seiner Ermittlungen Sachverständige zu seiner Beratung ernennen, so dass diese Teile der Ermittlungen übernehmen können, die besondere Fachkenntnisse eines Sachverständigen erfordern, auch wenn seitens der Strafverfolgungsbehörden kein Sachverständigengutachten angeordnet ist (Art. 233 CPP).⁵⁵ Dieser Parteisachverständige kann autonom – ohne Beteiligung der Strafverfolgungsbehörden – unwiederholbare und daher unaufschiebbare Maßnahmen als Sachverständiger treffen, wobei allerdings der zuständige Staatsanwalt unverzüglich zu unterrichten ist, damit dieser seine eigenen Ermittlungsbefugnisse gemäß Art. 360 CPP wahrnehmen kann (Art. 391-decies Abs. 3 CPP). Tritt der Staatsanwalt nicht in die sachverständigen Ermittlungen ein und tritt er diesen nicht entgegen, und führt der Sachverständige des Verteidigers diese sodann durch, ist darüber seitens des Verteidigers ein spezielles Protokoll anzufertigen (Art. 391-decies Abs. 4 CPP). Grundsätzlich können diese parteigutachterlichen Erhebungen als Beweis eingeführt werden.⁵⁶

Der Sachverständige der Verteidigung hat zudem das Recht, seitens der Strafverfolgungsbehörden beschlagnahmte Gegenstände noch an Ort und Stelle zu untersuchen, oder, wenn dies unmöglich war, nachträglich Beweisgegenstände, die sich bereits im Gewahrsam der Strafverfolgungsbehörden befinden, zu untersuchen. Sofern sich Beweisgegenstände an für die Verteidigung unzugänglichen Orten befinden, kann die Gewährung von Zutritt beim Richter beantragt werden, der diese bei Vorliegen der Voraussetzungen anzuordnen hat (Art. 391-septies CPP). Er hat zudem – wie schon bisher der Verteidiger – ein Anwesenheitsrecht bei einer Besichtigung („ispezione“; Art. 233 Abs. 1-bis CPP) von relevanten Beweisgegenständen durch die Strafverfolgungsbehörden.⁵⁷

f) Schutzrechte des Verteidigers bei den Ermittlungen

In Art. 391-ter CPP sind die spezifischen Rechte der Verteidigung im Rahmen ihrer Untersuchungen geregelt, zugleich auch die Garantien zur Sicherstellung der Unverfälschtheit der Beweismittel.⁵⁸ Es ist selbstverständlich zu berücksichtigen, dass Begünstigung, Strafvereitelung und Prozessbetrug sowie vergleichbare Straftaten des italienischen materiellen Strafrechts (vergleiche die Art. 377-bis, 430-bis CP) natürlich im vollen Umfang auch für die Aktivitäten des Verteidigers gelten.⁵⁹

g) Sicherung der Unverfälschtheit der Beweise

Der Verteidiger ist auch im Hinblick auf materielle strafrechtliche Vorschriften gezwungen, bei den eigenen Ermittlungen nicht unlauter zu agieren. Der Kassationsgerichtshof hat entschieden, dass der den Urkundendelikten zuzuordnende Straftatbestand des Art. 479 CP („falso ideologico“) verwirklicht ist, wenn der Verteidiger aus einer Anhörung von Auskunftspersonen im Rahmen der Verteidigung Ermittlungen gewonnene Umstände im Strafverfahren nutzt, nachdem er diese unvollständig und nicht ihrem Sinn entsprechend dokumentiert hat.⁶⁰ Als straf-

⁵⁴ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 668.

⁵⁵ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 668 f. m.w.N.

⁵⁶ Corte di Cassazione, *Guida al diritto* 2003, Nr. 33, S. 91.

⁵⁷ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 669. Es darf jedoch nicht zu irreversiblen Veränderungen des Beweisgegenstands kommen.

⁵⁸ Corso in: *Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni*, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. S 444.

⁵⁹ Corso in: *Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni*, *Procedura Penale*, 4. Auflage, 2016, S. S 444.

⁶⁰ Corte di Cassazione, *Vereinigtes Strafsenate, Cassazione Penale* 2006, 3985.

rechtlich bedenklich wird es ebenfalls angesehen, wenn der Verteidiger selektiv protokolliert bzw. in den Niederschriften (auch erkennbar) Auslassungen verzeichnet, etwa weil die Äußerungen der Auskunftspersonen insoweit nicht dem Verteidigungszielen dienlich waren.⁶¹ In Betracht kommt auch eine Strafbarkeit nach Art. 481 CP („falsità ideologica in certificati“).

6. Wechselwirkungen mit dem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft

Unerwünschte Wechselwirkungen der Ermittlungen des Verteidigers mit den (möglicherweise gleichzeitig stattfindenden) Ermittlungen der Staatsanwaltschaft (mittels ihrer Ermittlungsperson) kann letztere in eingeschränktem Umfang verhindern. Der Staatsanwalt hat die Befugnis, gemäß Art. 391-bis das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren zwei Monate geheim zu halten und hierdurch (sofern diese von der Kenntnis des Ermittlungsverfahrens abhängig sind und nicht präventiv erfolgen) die Ermittlungen der Verteidigung zu verhindern.⁶²

7. Dokumentation der Ermittlungen des Verteidigers und Einreichung zu den Verfahrensakten

Zunächst ist nochmals festzuhalten, dass der Verteidiger nicht verpflichtet ist, die dokumentierten Ergebnisse seiner Ermittlungen überhaupt in das Strafverfahren bzw. in die Verfahrensakten einzubringen (Art. 391-octies Abs. 1, 2 CPP). Er kann hierüber nach Interessenlage seines Mandanten frei entscheiden und stattdessen die Ermittlungsergebnisse auch in seiner (insoweit gem. Art. 103 CPP geschützten) Gewahrsamssphäre verwahren.⁶³

Sofern sich der Verteidiger entscheidet, die Ergebnisse seiner Ermittlungen ganz oder teilweise zu den Akten zu reichen gilt folgendes: Die Dokumentation aus der Ermittlungsaktivität des Verteidigers ist eine gegebenenfalls neu anzulegende sogenannte „Akte des Verteidigers“ einzubringen und dort zu verwahren (dazu ausf. Art. 391-octies CPP). Diese wird vom Richter für das Ermittlungsverfahren („Giudice per le indagini preliminari“ („GIP“)⁶⁴) angelegt und geführt. Während des Ermittlungsverfahrens hat die Staatsanwaltschaft auf diese Akte grundsätzlich keinen Zugriff; Einsicht erhält der Staatsanwalt nur, soweit eine richterliche Entscheidung auf Antrag des Verteidigers ergehen soll (Art. 391-octies Abs. 3 S. 1 CPP).⁶⁵ Nach dem Abschluss der Ermittlungen (und vor dem Ergehen einer Abschlussverfügung) ist die Akte des Verteidigers in die Akte der Staatsanwaltschaft zu überführen (Art. 391-octies Abs. 3 S. 2 CPP).

8. Verwertung und Verwertbarkeit der Ermittlungen des Verteidigers

Die Verwertung der Akte des Verteidigers mit der Dokumentation seiner Verteidigungsermittlungen kann grds. in jeder Phase und in jeder Instanz des Strafverfahrens erfolgen (Art. 391-decies CPP).⁶⁶ Rechtsprechung und herrschende Meinung sind übereinstimmend der Auffassung, dass es keine wesentlichen Unterschiede zwischen der Verwertbarkeit und dem Beweiswert der zu den Akten gelangten Resultate der Verteidigungsermittlungen und den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und seiner Ermittlungspersonen in der Akte der Staatsanwaltschaft („fascicolo del pubblico ministero“) gibt, in die die Akte des Verteidigers nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens überführt wird.⁶⁷ Bezüglich der Verwertung als Beweismittel in der Hauptverhandlung gelten die allgemeinen Regeln, d.h. nur diejenigen Aktenbestandteile, die in die sog. Akte für die Hauptverhandlung („fascicolo per il dibattimento“) aufzunehmen sind, können als Beweis verwertet werden (Art. 511 CPP). Im Wesentlichen handelt es sich hier lediglich um die Dokumentation von nicht wiederholbaren Ermittlungshandlungen des Verteidigers (vgl. Art. 391-decies Abs. 3, Abs. 4; 431 Abs. 1 Buchst. c; 391-decies Abs. 2 CPP).⁶⁸ Die übrigen Bestandteile

⁶¹ T. Procaccianti in: Conso/Illuminati, Commentario Breve al Codice di Procedura Penale, 2. Auflage (2015), Art. 103 Rn. II.4 m.w.N.

⁶² Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, Procedura Penale, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

⁶³ G. Ruello in: Conso/Illuminati, Commentario Breve al Codice di Procedura Penale, 2. Auflage (2015), Art. 327-bis Rn. II.9 m.w.N.

⁶⁴ Vor dem Hintergrund, dass seit Einführung der neuen, am Akkusationsprinzip orientierten italienischen Strafprozessordnung im Jahr 1988 die zuvor komplexe Verfahren dominierende Figur des Ermittlungsrichters mit (nach französischem Vorbild) weitgreifenden eigenen Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnissen abgeschafft wurde, wird hier von der Verwendung des Begriffes „Ermittlungsrichter“ abgesehen und die – umständliche – wörtliche Übersetzung gewählt. Der italienische Richter für das Ermittlungsverfahren hat aber grundsätzlich vergleichbare Befugnisse und Zuständigkeiten wie der Ermittlungsrichter nach der StPO.

⁶⁵ Tonini, Manuale di Procedura Penale, 17. Auflage, 2015, S. 674.

⁶⁶ Corso in: Dominioni/Corso/Gaito/Spangher/Galantini/Filippi/Garuti/Mazza/Varraso/Vigoni, Procedura Penale, 4. Auflage, 2016, S. 5 444.

⁶⁷ Corte di Cassazione, Cassazione Penale 2009, 266.

⁶⁸ Tonini, Manuale di Procedura Penale, 17. Auflage, 2015, S. 674 f.; hierbei handelt es sich nicht um die normalen Protokolle der Anhörung von Zeugen durch den Verteidiger, sondern etwa um solche, bei denen der Zeuge zwischenzeitlich verstorben, unauffindbar etc. geworden ist.

der Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft – einschließlich derjenigen aus den Ermittlungen des Verteidigers können nur im Wege des Vorhaltes genutzt werden.⁶⁹

9. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen

Die datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen, die für die Ermittlung des Verteidigers relevant sind, können hier zur Begrenzung des Umfangs der Ausführungen nicht im Einzelnen dargestellt werden. Maßgeblich ist hier wie gesagt (jedenfalls bis zum Inkrafttreten der Regelungen zur Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung) primär das bereits erwähnte italienische Datenschutzgesetz (Legislativdekret Nr. 196 vom 30. Juni 2003, „legge sulla privacy“); ergänzend sind die oben erwähnten Regeln des anwaltlichen Berufsrechts heranzuziehen.⁷⁰ Durch die explizite Regelung des Art. 11 des italienischen Datenschutzgesetzes ist vorgeschrieben, dass jede Behandlung persönlicher Daten, die gegen die anwendbaren Datenschutzvorschriften verstößt, zur Unverwertbarkeit besagter Daten führt.⁷¹ Hierbei handelt es sich jedoch nach wohl herrschender Auffassung nicht um eine von Amts wegen zu berücksichtigende, *strafprozessuale* Unverwertbarkeit gemäß Art. 191 Abs. 2 CPP, sondern um das Verbot einer Nutzung *außerhalb des Strafprozesses*.⁷² Vor diesem Hintergrund erscheint eine Vertiefung des Themas jedenfalls im Hinblick auf die im Mittelpunkt stehende strafprozessuale Relevanz zu vernachlässigen. Im Wesentlichen folgen die materiellen datenschutzrechtlichen Regelungen im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben – jedenfalls in der Zukunft – voraussichtlich denselben Grundsätzen wie in Deutschland.

II. Fazit: Präventive Ermittlungen der (Unternehmens-) Verteidigung gem. Art. 327-bis, 391-bis ff. CPP und sonstige unternehmensinterne Untersuchungen

Obenstehenden Ausführungen lässt sich ohne weiteres entnehmen, dass eine unternehmensinterne Untersuchung von Verdachtsfällen bezüglich der Begehung von Straftaten aus dem Unternehmen heraus und in dessen Interesse bzw. zu dessen Vorteil (unter Einbeziehung zumindest eines externen Anwalts als Unternehmensverteidiger) grundsätzlich unter Nutzung der Befugnisse und Schutzrechte der Art. 327 -bis 391-bis ff. CPP als präventive oder aktuelle Ermittlungen des (Unternehmens-) Verteidigers durchgeführt werden können. Ebenfalls ist ganz offensichtlich, dass dem anwaltlichen Unternehmensvertreter – der zusätzlich natürlich auch sonstige Befugnisse geltend machen kann, die ihm als anwaltlichen Vertreter des Unternehmens in dessen Vollmacht zur Verfügung stehen – in diesem Zusammenhang deutlich weitergehende Befugnisse zu Gebote stehen, als bei einer rein privatrechtlich unterlegten unternehmensinternen Untersuchung. Insbesondere gilt dies, soweit Personen betroffen sind, die nicht (ehemalige) Mitarbeiter des Unternehmens sind, oder Gegenstände und Orte betroffen sind, die nicht der Verfügungsgewalt des Unternehmens unterliegen. Auf der anderen Seite sind gerade die am weitesten reichenden oben genannten Ermittlungsbefugnisse des Verteidigers (Vernehmung von Zeugen, die die Aussage verweigern; Betretungsrechte; Inspektionsrechte etc.) in einer Verteidigungsermittlung regelmäßig nicht ohne Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden nutzbar. Zudem erfordern Ermittlungen im Rahmen des Art. 327-bis CPP – für den Fall, dass eine Verwertung in einem eventuellen Strafverfahren beabsichtigt ist – ein hohes Maß an Dokumentation, und insbesondere eine objektive, vollständige und sachgetreue Dokumentation der Beweisergebnisse aus der Ermittlung. All dies wird gerade dann, wenn (noch) kein Verfahren anhängig oder bekannt ist und die Verdachtsgründe den Strafverfolgungsbehörden voraussichtlich auch nicht zwingend bekannt werden müssen, nicht immer im (gefühlten) Interesse des Unternehmens liegen.

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überraschen, dass in Italien nicht selten auch – vergleichbar dem deutschen Muster – Verdacht bezogene unternehmensinterne Untersuchungen durchgeführt werden, die nicht als Verteidigungsermittlungen im Sinne des Art. 327-bis CPP angelegt sind, d. h. für die kein formalisiertes (präventives) Verteidigungsmandat (siehe oben) erteilt wird und die unter bloßer Ausschöpfung der privatrechtlichen Befugnisse des Unternehmens (auch hier meist federführend durch einen bevollmächtigten externen Anwalt) durchgeführt werden.⁷³ Bezüglich solcher internen Untersuchungen ist jedoch unstrittig, dass für den

⁶⁹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 675.

⁷⁰ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 675.

⁷¹ Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 675.

⁷² Corte di Cassazione, *Procedura Penale e Giustizia* 2013, Nr. 4, S. 72 mit Anm. P. Laviani; Tonini, *Manuale di Procedura Penale*, 17. Auflage, 2015, S. 676.

⁷³ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

Fall, dass kein formalisiertes Verteidigungsmandat im Sinne des Art. 391-nonies CPP erteilt ist, die Beweisresultate der unternehmensinternen Untersuchung – auch wenn sie zu Verteidigungszwecken erhoben wurden – voll den Beweiserhebungsrechten und den Beweisverwertungsbefugnissen der Strafjustiz unterliegen. Es besteht insofern lediglich ein Aussageverweigerungsrecht der Organe des Unternehmens im unternehmensbezogenen Strafverfahren.⁷⁴ Sowohl vor als auch nach der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen das Unternehmen (oder auch gegen dessen Leitungspersonen) entstandene Interviewprotokolle, Berichte oder Informationen sonstiger Art im Gewahrsam des Unternehmens, selbstverständlich auch Berichte etc. der internen Revision und der Compliance-Beauftragten, sind den Strafverfolgungsbehörden herauszugeben bzw. können durch diese zu Beweiszwecken beschlagnahmt werden.⁷⁵

Dies gilt – wie oben schon angedeutet – gerade nicht für die Beweisergebnisse der (auch präventiven) Ermittlungen eines gemäß Art. 391-nonies CPP bevollmächtigten Verteidigers. Diese Beweis Resultate profitieren (vorbehaltlich ihrer Vorlage im Rahmen des Verfahrens, siehe oben) von einem umfassenden Geheimnisschutz und einer realen Immunität nach den Vorschriften des CPP. Der Unternehmensverteidiger kann nicht verpflichtet werden, Zeugenaussagen zum Gegenstand seines Mandats zu machen (Art. 200 CPP) und er ist gegenüber Durchsuchungen, Beschlagnahmen, TKÜ außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 1 CPP – Beteiligungsverdacht oder Erhebung unmittelbarer materieller Spuren einer Straftat bzw. eines corpus delicti bzw. einer gesuchten Person – immun; alle Ermittlungsmaßnahmen sind verboten und ihre Ergebnisse mit einem umfassenden Verwendungsverbot belegt (Art. 103 Abs. 7 CPP).⁷⁶ Auch zur Herausgabe von Akten, Urkunden, Daten, Informationen oder andere Gegenstände, die nach der Erklärung des Verteidigers zum Gegenstand seiner Berufsausübung gehören, ist der Verteidiger nicht verpflichtet (Art. 256 CPP).

Vor diesem Hintergrund bietet der Regelungskomplex zu den Ermittlungen des Verteidigers (Art. 327-bis, 391-bis fortfolgende CPP) dem anwaltlichen Unternehmensvertreter jedenfalls in solchen Fällen, in denen ein Ermittlungsverfahren bereits läuft oder unmittelbar bzw. jedenfalls wahrscheinlich bevorsteht (aber über eine volle Kooperation des Unternehmens noch nicht entschieden ist) eine effektive Möglichkeit zur geschützten Sachverhaltsaufklärung für die Zwecke der Verteidigung. Auf der anderen Seite dürfte ein anwaltlicher Unternehmensvertreter in solchen Fällen, bei denen Verdachtsfälle voraussichtlich nicht unbedingt zu einem Strafverfahren bzw. Anerkenntnis der Strafverfolgungsbehörden führen werden bzw. sollen, mitunter geneigt sein, eine unternehmensinterne Untersuchung ohne Mandatierung als Verteidiger und ohne Nutzung der Befugnisse der hier erläuterten Normen durchzuführen. Aus diesen, aber auch aus anderen Gründen erfolgt dies insbesondere auch im Zusammenhang mit steuerlich motivierten Untersuchungen zum Zwecke der Nacherklärung. In diesem Zusammenhang ist es oft sinnvoll, wenn eine zur Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen nötige forensische Untersuchung gerade nicht dem Schutz der Art. 391-bis ff. CPP unterliegt, da diese dann im Falle der Offenlegung und Kooperation regelmäßig ein höheres Maß an Glaubwürdigkeit für sich beanspruchen kann.⁷⁷

Das italienische Recht gewährt somit dem anwaltlichen Unternehmensvertreter ein begründenswertes Wahlrecht hinsichtlich des Rechtsrahmens für die Durchführung einer verdachtsabhängigen unternehmensinternen Untersuchung. Die Vorzugwürdigkeit einer der beiden Rechtsregime kann (siehe oben) nur für den konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände und der Interessenlage des Unternehmens bestimmt werden.

⁷⁴ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

⁷⁵ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

⁷⁶ Ceresa-Gastaldo, *Procedura Penale delle Società*, 2015, S. 153.

⁷⁷ Schon weil ansonsten der Sachverständige Hilfsperson des Verteidigers und insofern weisungsunterworfen wäre.