O contrato de Escrow em alienações de participação societária: uma análise comparativa entre os direitos brasileiro e alemão

---

Das Escrow-Agreement bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen: eine vergleichende Untersuchung brasilianischen und deutschen Rechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde im Cotutelle-Verfahren

der Faculdade de Direito der Universidade de São Paulo

und der Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

Vorgelegt von

Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana

2025

Referent (São Paulo): Prof. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (USP)
Korreferent (München): Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit (LMU)
Tag der mündlichen Prüfung: 09.04.2025

RESUMO

Autor: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Título: O contrato de escrow em alienações de participação societária: uma análise comparativa entre os direitos brasileiro e alemão. Número de páginas: 880 p. Doutorado em dupla titulação pelas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Ludwig-Maximilians-Universität. São Paulo/Munique, data: 03.01.2025.

O trabalho inicia com a exposição das principais características do contrato escrow e suas aplicações na praxe. Passa-se à análise dos traços jurídicos mais relevantes do contrato escrow no direito norte-americano. Com base nas funções identificadas do contrato escrow no direito norte-americano, o trabalho faz uma comparação do tratamento jurídico do escrow nos direitos alemão e brasileiro, começando pela sua (1) definição e perpassando (2) os elementos indispensáveis para a qualificação de um contrato como escrow, bem como (3) as formatações corriqueiras do contrato escrow, (4) sua natureza jurídica, (5) as relações possessórias construídas entre as partes do escrow, (6) as relações entre o escrow e o contrato subjacente, (7) aspectos da relação interna entre as partes e (8) o tratamento a ser dado ao bem objeto do escrow na execução forçada por terceiros. Por fim, a tese concretiza certas aplicações das regras gerais do contrato escrow para as operações de alienação de participação societária (M&A). A principal tese de direito alemão defendida no trabalho é a de que o contrato escrow caracteriza um contrato de mandato oneroso legalmente típico (*Geschäftsbesorgung*), mais especificamente, um negócio fiduciário (*Treuhand*), ao qual as regras dispostas para o depósito notarial (§ 57 ss. BeurkG) podem ser aplicados por analogia. Para o direito brasileiro, a principal tese é a de que a natureza jurídica do contrato escrow é de negócio fiduciário atípico, ao qual determinadas normas do contrato de mandato (Arts. 653 ss. CC) podem ser aplicadas por analogia.

Palavras-chave: escrow; conta escrow; agente escrow; neutralidade; independência; imparcialidade; M&A; alienação; participação societária; negócio fiduciário; depósito; mandato.

ZUSAMMENFASSUNG

Autor: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Titel: Das Escrow-Agreement bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen: eine vergleichende Untersuchung brasilianischen und deutschen Rechts. Seitenzahl: 880. Promotion in Doppelabschluss an den juristischen Fakultäten der Universität São Paulo und der Ludwig-Maximilians-Universität. São Paulo/München, Datum: 03.01.2025.

Diese Doktorarbeit beginnt mit einer Darstellung der wichtigsten Merkmale des Escrow-Agreements und seiner Anwendung in der Praxis. Anschließend werden die wichtigsten rechtlichen Merkmale des Escrow-Agreements im U.S.-amerikanischen Recht analysiert. Anhand der identifizierten Funktionen des Escrow-Agreements im US-amerikanischen Recht wird ein Vergleich der rechtlichen Behandlung des Escrow-Agreements im deutschen und brasilianischen Recht vorgenommen, beginnend mit seiner (1) Umschreibung. Danach geht die Arbeit in die Fragen (2) der wesentlichen Merkmale für die Qualifizierung eines Vertrags als Escrow-Agreement, sowie (3) der üblichen Gestaltungsformen des Escrow-Agreements, (4) seiner Rechtsnatur, (5) der Besitzverhältnisse zwischen den Parteien des Escrow-Agreements, (6) der Auswirkungen der Vertragsverbindung mit dem zugrundeliegenden Hauptgeschäft auf das Escrow-Agreement, (7) des Innenverhältnisses des Escrow-Agreements, also der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und (8) der rechtlichen Behandlung des Escrow-Gegenstands in der Zwangsvollstreckung durch Drittgläubiger der Parteien. Schließlich führt die Doktorarbeit einige konkrete Anwendungen der allgemeinen Regeln des Escrow-Agreements auf M&A-Transaktionen aus. Die Hauptthese der Doktorarbeit im deutschen Recht lautet, dass das Escrow-Agreement eine typische Geschäftsbesorgung, genauer gesagt eine Treuhand, darstellt, auf die die Regeln der notariellen Verwahrung (§ 57 ff. BeurkG) analog angewendet werden können. Im brasilianischen Recht ist die Hauptthese, dass die Rechtsnatur des Escrow-Agreements die eines atypischen fiduziarischen Geschäfts (*negócio fiduciário*) bildet, auf das bestimmte Regeln der Geschäftsbesorgung (*contrato de mandato*) (Art. 653 ff. CC) analog angewendet werden können.

Stichworte: Escrow; Escrow-Account; Escrow-Agent; Neutralität; Unabhängigkeit; Unparteilichkeit; M&A; Veräußerung; Gesellschaftsanteile; Treuhand; Verwahrung; Geschäftsbesorgung.

ABSTRACT

Author: Giacomo Luiz Maria Oliveira Grezzana. Title: The escrow agreement in company acquisitions: a comparative analysis of Brazilian and German Law. Number of pages: 880. Double doctorate conducted before the Faculties of Law of the University of São Paulo and the Ludwig-Maximilians-Universität. São Paulo/Munich, date: January 3rd, 2025.

The doctoral work begins with an exposition of the main characteristics of the escrow agreement and its applications in the practical business environment. It goes on to analyze the most relevant legal features of escrow agreements in American Law. Based on the identified functions of the escrow contract in American Law, the a comparison of the legal treatment of escrow agreements in German and Brazilian Law is undertaken, starting with (1) its definition and then moving forward to (2) the necessary requisites for qualifying a contract as an escrow agreement, as well as (3) the usual designs of escrow agreements, (4) its legal nature, (5) the possessory relationships between the parties to the escrow, (6) the relationship of the escrow agreement to the underlying contract, (7) aspects of the internal relationship between the parties and (8) the treatment to be given to the escrowed item in enforcement claims by third parties. Finally, certain general rules of the escrow agreement are concretely applied to M&A transactions. The main thesis of German Law is that the escrow agreement characterizes a legally typical onerous agency contract (*Geschäftsbesorgung*), more specifically, with traits of a fiduciary relationship (*Treuhand*), to which the rules applicable to the notarial deposit (§ 57 ff. BeurkG) can be applied by analogy. In Brazilian Law, the main thesis is that the legal nature of the escrow agreement is that of an atypical fiduciary relationship (*negócio fiduciário*), to which certain rules of the agency contract (*contrato de mandato*) (Arts. 653 ff. CC) can be applied by analogy.

Keywords: escrow; escrow account; escrow agent; neutrality; independence; impartiality; M&A; sale; shares; fiduciary relationship; deposit; agency.

VERSÃO BRASILEIRA

ÍNDICE

RESUMO ... 3
ZUSAMMENFASSUNG ... 4
ABSTRACT ... 5
VERSÃO BRASILEIRA ... 6
ÍNDICE ... 7
GLOSSÁRIO ... 15
PARTE 1: INTRODUÇÃO. RELEVÂNCIA E FUNÇÃO DO CONTRATO ESCROW ... 17
I.1 Disposição de interesses e importância econômica ... 17
I.2 Características do contrato escrow no direito norte-americano ... 24
I.2.1 Acordo e nomeação do agente escrow ... 25
I.2.2 Sujeição a uma *condition* ... 28
I.2.3 Renúncia à posse do objeto do escrow ... 29
I.2.4 Obrigações do agente escrow ... 30
I.2.5 Descaminho do bem objeto do escrow ... 31
I.2.6 Conclusão ... 31
I.3. Recepção do contrato escrow na Alemanha e no Brasil. Curso da investigação ... 32
PARTE 2: O CONTRATO ESCROW EM GERAL ... 35
II.1 Descrição do contrato escrow ... 35
II.1.1 Alemanha ... 35
II.1.2 Brasil ... 38
II.1.3. Descrição própria ... 40
II.2 Características essenciais do contrato escrow ... 40
II.2.1 Entrega condicional do bem objeto do escrow ... 40
II.2.1.1 Alemanha ... 42
II.2.1.1.1 Qualificação como condição ... 42
II.2.1.1.1.1. Inexistência de potestatividade ... 43
II.2.1.1.1.2 Formação de um direito expectativo ... 44
II.2.1.1.2 Efeitos da qualificação como condição sobre a fase interimística ... 46
II.2.1.1.2.1. Entrega antecipada ... 46
II.2.1.1.2.2 Atos de disposição no período interimístico ... 46
II.2.1.2 Brasil ... 48
II.2.1.2.1 Qualificação como condição ... 48

II.2.1.2.1.1 Inexistência de potestatividade pura 51
II.2.1.2.1.2 Formação de um direito expectativo 52
II.2.1.2.2 Efeitos da qualificação como condição sobre a fase interimística 53
II.2.1.2.2.1 Entrega antecipada 53
II.2.1.2.2.2 Atos de disposição no período interimístico 54
II.2.1.3 Conclusão 56
II.2.2 Impossibilitação de atos de disposição e transmissão da posse 56
II.2.2.1 Alemanha 57
II.2.2.1.1 Transferência da posse direta 60
II.2.2.1.1.1 Bens inaptos 60
II.2.2.1.1.2 Bens móveis 61
II.2.2.1.2 Transferência da titularidade de um direito 63
II.2.2.2 Brasil 64
II.2.2.2.1 Transferência da posse direta 67
II.2.2.2.1.1 Bens inaptos 67
II.2.2.2.1.2. Bens móveis 68
II.2.2.2.2 Transferência da titularidade de um direito 72
II.2.2.3 Em particular: escrow de software 73
II.2.2.4 Conclusão 74
II.2.3 Independência e imparcialidade do agente escrow 74
II.2.4. Finalidade de adimplemento e garantia 79
II.3 Modalidades de contrato escrow 83
II.3.1 Escrow-posse e escrow-direito 83
II.3.2. Escrow próprio e impróprio 89
II.3.3 Escrow-substituição e escrow-alternativa 92
II.3.4 Escrow unidirecional e multidirecional 92
II.4 Natureza jurídica 95
II.4.1 Alemanha 96
II.4.1.1 Contrato escrow como Treuhand dupla 96
II.4.1.1.1 Definição de *Treuhand* 96
II.4.1.1.2 Tipos de *Treuhand* 99
II.4.1.1.2.1 De acordo com o fim da *Treuhand* 100
II.4.1.1.2.2 De acordo com a disposição de interesses 101
II.4.1.1.2.3 De acordo com a posição jurídica do fiduciário sobre o bem 104
II.4.1.1.2.4. De acordo com o meio de obtenção da posição jurídica 105

II.4.1.1.3. Qualificação do contrato escrow como *Treuhand* 106
II.4.1.1.3.1. *Treuhand* como contrato de mandato 106
II.4.1.1.3.2. Caráter de empreitada 110
II.4.1.1.4. Contrato escrow como contrato misto? 112
II.4.1.1.5. A conta escrow 115
II.4.1.1.6. Resultado parcial 118
II.4.1.2. Depósito notarial como fonte de analogia 119
II.4.1.2.1. Lacuna contrária ao plano da lei 119
II.4.1.2.2. Comparabilidade da disposição de interesses 121
II.4.2. Brasil 127
II.4.2.1. Distinção de figuras afins 129
II.4.2.1.1. Contrato de depósito 129
II.4.2.1.2. Sequestro convencional 135
II.4.2.1.3. Contrato de mandato 136
II.4.2.1.4. Alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de créditos 141
II.4.2.2. Contrato escrow como negócio fiduciário 142
II.4.2.2.1. Qualificação como negócio fiduciário 142
II.4.2.2.1.1. Classificação e natureza jurídica dos negócios fiduciários 143
a) Avaliação das classificações empreendidas até o momento 143
b) Proposta de qualificação do negócio jurídico fiduciário 149
II.4.2.2.1.2. Tipos de negócio fiduciário 156
II.4.2.2.1.3. O negócio fiduciário "duplo" 157
II.4.2.2.1.4. Resultado parcial 160
II.4.2.2.2. Determinação dos dispositivos legais aplicáveis 161
II.4.2.2.2.1. Os métodos 161
II.4.2.2.2.2. Proposta de método a ser utilizado 165
II.4.2.2.2.3. Resultado parcial 168
II.4.2.2.3. Em particular: a conta escrow 169
II.4.2.2.3.1. Banco como agente escrow 169
II.4.2.2.3.2. Conta escrow notarial 172
II.5. Aspectos possessórios 173
II.5.1. Alemanha 174
II.5.2. Brasil 179
II.5.3. Conclusão 182
II.6. Relação com o negócio principal 183

II.6.1. Efeitos da coligação contratual 183
II.6.1.1. Alemanha 184
II.6.1.2. Brasil 189
II.6.1.3. Conclusão 194
II.6.2. Limites à interpretação 194
II.6.2.1. Alemanha 195
II.6.2.2. Brasil 196
II.6.2.3. Conclusão 198
II.6.3. Adimplemento do negócio principal 198
II.6.3.1. Alemanha 199
II.6.3.1.1. Teoria da mudança de objeto da prestação 201
II.6.3.1.2. Teoria do adimplemento estendido 203
II.6.3.1.3. Efeito de adimplemento no contrato escrow 205
II.6.3.2. Brasil 209
II.6.3.2.1. Distinção de figuras afins 210
II.6.3.2.2. Satisfação do credor por meio do contrato escrow 213
II.6.3.2.2.1. Escrow-substituição 215
II.6.3.2.2.2 Escrow-alternativa 217
II.6.3.2.2.3. Distribuição de riscos 219
II.6.3.3. Conclusão 222
II.7. Relações internas do contrato escrow 223
II.7.1. Formação do contrato 223
II.7.1.1. Obrigação de celebrar o contrato escrow 223
II.7.1.1.1. Alemanha 224
II.7.1.1.2. Brasil 224
II.7.1.2. Forma e necessidade de depósito do bem 225
II.7.1.2.1. Alemanha 225
II.7.1.2.2. Brasil 226
II.7.1.2.3. Conclusão 233
II.7.2. Direitos e obrigações que se estendem a toda relação 234
II.7.2.1. Persecução de interesses 234
II.7.2.1.1. Alemanha 234
II.7.2.1.2. Brasil 238
II.7.2.1.3. Conclusão 240
II.7.2.2. Revogação de instruções 241

II.7.2.2.1. Alemanha 241
II.7.2.2.2. Brasil 247
II.7.2.2.3. Conclusão 249
II.7.2.3. Remuneração do agente escrow 250
II.7.2.3.1. Alemanha 250
II.7.2.3.1.1. Responsabilidade solidária 251
II.7.2.3.1.2. Compensação 252
II.7.2.3.2. Brasil 255
II.7.2.3.2.1. Responsabilidade solidária 256
II.7.2.3.2.2 Compensação 257
II.7.2.3.2.3. Excurso: direito de retenção do agente escrow 259
II.7.2.3.3 Conclusão 261
II.7.3. Fase de depósito 261
II.7.3.1. Deveres de depositar e receber o bem objeto do escrow 262
II.7.3.1.1. Alemanha 262
II.7.3.1.1.1. Pretensão ao depósito 262
II.7.3.1.1.2. Momento do depósito 263
II.7.3.1.1.3. Exceções do Depositante 264
II.7.3.1.1.4. Obrigação do agente escrow de receber o bem 266
II.7.3.1.2. Brasil 267
II.7.3.1.2.1. Pretensão ao depósito 267
II.7.3.1.2.2. Momento do depósito 268
II.7.3.1.2.3. Exceções do Depositante 269
II.7.3.1.2.4. Obrigação do agente escrow de receber o bem 271
II.7.3.1.3. Conclusão 271
II.7.3.2. Obrigação de inspecionar o bem 272
II.7.3.2.1. Alemanha 272
II.7.3.2.2. Brasil 275
II.7.3.2.3. Conclusão 275
II.7.4. Fase de pendência 276
II.7.4.1. Obrigação de custódia 276
II.7.4.1.1. Alemanha 276
II.7.4.1.2. Brasil 277
II.7.4.1.3. Conclusão 279
II.7.4.2. Proibição de restituição 279

II.7.4.2.1. Alemanha 280
II.7.4.2.2. Brasil 280
II.7.4.2.3. Conclusão 281
II.7.4.3. Distribuição dos frutos 281
II.7.4.3.1. Alemanha 282
II.7.4.3.2. Brasil 286
II.7.4.3.3. Conclusão 287
II.7.5. Fase de entrega 288
II.7.5.1. Obrigação de entrega 288
II.7.5.1.1. Alemanha 289
II.7.5.1.2. Brasil 293
II.7.5.1.3. Conclusão 297
II.7.5.2. Entrega devido à extinção antecipada do contrato 297
II.7.5.3. Consignação em pagamento pelo agente escrow 299
II.7.5.3.1. Alemanha 299
II.7.5.3.2. Brasil 301
II.7.5.3.3. Conclusão 303
II.7.5.4. Cessão e penhora da pretensão à entrega 303
II.7.5.4.1. Alemanha 303
II.7.5.4.2. Brasil 307
II.7.5.4.3. Conclusão 310
II.8. Contrato escrow na execução forçada 310
II.8.1. Alemanha 312
II.8.1.1. Execução por credores do agente escrow 312
II.8.1.1.1. *Treuhand* para fins de garantia 312
II.8.1.1.2. *Treuhand* para fins de adimplemento 313
II.8.1.1.3. *Treuhand* para fins de administração 313
II.8.1.1.3.1. Separação de propriedade formal e material 314
II.8.1.1.3.2. O princípio da imediatidade 314
II.8.1.1.3.3. Exceção à imediatidade: contas fiduciárias ostensivas 316
II.8.1.1.3.4. Superação do princípio da imediatidade? 319
a) Publicidade 320
b) Determinação 320
c) Reificação de direitos obrigacionais 321
d) Formação de patrimônio especial 323

e) Teoria da assunção de riscos 325
II.8.1.1.3.5. Resultado parcial 327
II.8.1.1.4. *Treuhand* dupla 328
II.8.1.1.5. Consequências para o contrato escrow 329
II.8.1.2. Execução por credores das partes principais 329
II.8.1.2.1. *Treuhand* para fins de garantia 330
II.8.1.2.2. *Treuhand* para fins de adimplemento 330
II.8.1.2.3. *Treuhand* para fins de administração 331
II.8.1.2.4. *Treuhand* dupla 332
II.8.1.2.5. Consequências para o contrato escrow 333
II.8.2. Brasil 334
II.8.2.1. Execução por credores do agente escrow 335
II.8.2.2. Execução por credores das partes principais 337
II.8.3. Conclusão 343
PARTE 3: O CONTRATO ESCROW EM ALIENAÇÕES DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA 345
III.1. Alemanha 346
III.1.1 Natureza jurídica 346
III.1.2. Coligação contratual 347
III.1.3. Efeito de adimplemento 347
III.1.4. Forma 347
III.1.5. Instruções 348
III.1.6. Depósito em escrow da retenção de preço 348
III.1.7. Frutos da conta escrow 349
III.2. Brasil 350
III.2.1. Natureza jurídica 350
III.2.2. Coligação contratual 351
III.2.3. Efeito de cumprimento 351
III.2.4. Forma 352
III.2.5. Instruções 352
III.2.6. Pagamento da retenção do preço de compra 352
III.2.7. Frutos da conta escrow 353
PARTE 4: RESUMO E TESES 355
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 379
DEUTSCHE FASSUNG 418

ENGLISH SUMMARY 783
APÊNDICE 1 / ANHANG 1 809
APÊNDICE 2 / ANHANG 2 842
APÊNDICE 3 / ANHANG 3 861

GLOSSÁRIO

Beneficiário	A parte cujo crédito contra o depositante é garantido e adimplido por meio do contrato escrow
BeurkG	A lei de notarização alemã (*Beurkundungsgesetz*), de 28 de agosto de 1969.
BGB	O Código Civil alemão (*bürgerliches Gesetzbuch*), de 18 de agosto de 1896.
BGH	O Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*).
BORA	O estatuto profissional dos advogados da Alemanha (*Berufsordnung für Rechtsanwälte*), versão de 01.10.2023.
BRAO	O decreto regulamentador da profissão de advogado na Alemanha (*Bundesrechtsanwaltsordnung*), de 01.08.1959.
CC	O Código Civil Brasileiro de 10 de janeiro de 2002 (Lei 10.406/2002).
CC1916	O revogado Código Civil Brasileiro de 1º de janeiro de 1916 (Lei 3.071/1916).
CPC	O Código de Processo Civil brasileiro de 16 de março de 2015 (Lei 13.105/2015).
CVM	A autoridade brasileira de supervisão do mercado de valores mobiliários (*Comissão de Valores Mobiliários*).
Depositante	A parte que deposita o bem em escrow junto ao agente escrow para garantir e adimplir uma dívida com o beneficiário.
Dívida principal	A dívida decorrente do negócio principal que deve ser garantida e cumprida por meio do contrato escrow.
Escrow de M&A	O contrato escrow tipicamente utilizado em transações de aquisição de participação societária, em que uma retenção do preço de compra é acordada e depositada perante o agente escrow, para liberação mediante o implemento de uma condição consistente na emissão de uma instrução conjunta pelas partes principais. Vide Capítulo III.
GG	A lei fundamental alemã (*Grundgesetz*), de 23 de maio de 1949.
GmbHG	A lei alemã das sociedades de responsabilidade limitada (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), de 20 de abril de 1892.
HGB	O código comercial alemão (*Handelsgesetzbuch*), de 10 de maio de

	1897.
InsO	O decreto de insolvências alemão (*Insolvenzordnung*), de 5 de outubro de 1994.
KO	O revogado decreto falencial alemão (*Konkursordnung*), de 1° de outubro de 1879.
Legitimado	A parte principal legitimada a exigir a entrega do bem objeto do escrow devido à implementação ou falha da condição do escrow, ou seja, a parte que adquire o direito à entrega contra o agente escrow.
LSA	A Lei das Sociedades por Ações de 15 de dezembro de 1976 (Lei 6.404/76).
M&A	Do inglês *mergers & acquisitions*, ou seja, a prática de fusões e aquisições, bem como transformações e fusões de empresas
Negócio principal	O negócio jurídico entre as partes principais que está à base do contrato escrow. A dívida principal do Depositante decorre do negócio principal e o seu adimplemento se desenrola por meio das atividades do agente escrow.
PAO	O decreto regulamentador da profissão de advogado de patentes da Alemanha (*Patentanwaltsordnung*), de 07.09.1966.
Partes principais	O beneficiário e o depositante considerados conjuntamente.
STJ	O Superior Tribunal de Justiça brasileiro.
SUSEP	A autoridade brasileira de supervisão de seguros (*Superintendência de Seguros Privados*).
VVG	A lei alemã do contrato de seguros (*Versicherungsvertragsgsetz*), de 23 de novembro de 2007.
ZPO	O decreto de processo civil alemão (*Zivilprozessordnung*), de 12 de setembro de 1950.

PARTE 1: INTRODUÇÃO. RELEVÂNCIA E FUNÇÃO DO CONTRATO ESCROW

I.1 Disposição de interesses e importância econômica

Em qualquer contrato, uma parte está exposta à incapacidade de cumprimento da outra parte. Embora os sistemas jurídicos ofereçam ferramentas para lidar com esse risco (como a exceção de contrato não cumprido), as partes geralmente buscam outras proteções contra o inadimplemento, tais como garantias e pagamentos parcelados. Um tipo específico de proteção contra o inadimplemento é o encadeamento das prestações ao longo do tempo, de modo que uma parte não precise oferecer a sua prestação antes de receber a contraprestação. O risco de adimplir antes da outra parte pode ser minimizado, por exemplo, com a pactuação de prestações simultâneas ou de uma condição suspensiva. No entanto, isso não dá conta de expurgar totalmente o risco de adimplir antes da contraparte, pois pretensões relativas ao adimplemento defeituoso, por exemplo, podem surgir apenas após o intercâmbio das prestações.

Por outro lado, certas providências necessárias para concluir a transação devem ser logicamente realizadas antes do intercâmbio das prestações. O vendedor de um imóvel normalmente só pretende despender esforços para extinguir os gravames reais na matrícula do imóvel, se tiver recebido o preço ou se o pagamento estiver ao menos garantido. Igualmente, o tomador de uma licença de software só aceita deixar instalar o software e arcar com as respectivas taxas de licença, se houver garantia de que poderá continuar usando o software em caso de insolvência do licenciante.

Na situação típica de M&A, o comprador de participação societária deseja reter pelo menos uma parte do preço de compra no momento do escambo do preço pela participação societária, porque eventuais pretensões contra o vendedor decorrentes da compra e venda podem surgir apenas em momento futuro, como é o caso de declarações e garantias e indenizações. Seria uma troca de dinheiro[1] sem sentido o pagar-se o preço completo primeiramente, apenas para depois exigir o dinheiro (de volta) do vendedor. Isso é particularmente importante quando há várias pessoas no polo vendedor e o ajuizamento de ações judiciais contra cada um dos vendedores se afigure processualmente complexo. Há também o risco de solvência do vendedor

[1] Por questão de simplicidade, "dinheiro" neste trabalho significa "dinheiro escritural" e não dinheiro em espécie (cédulas e moedas), a menos que explicitamente declarado de outra forma.

no momento de exercício de tais pretensões (por exemplo, porque ele gastou o dinheiro).[2] Para evitar essa situação, o comprador geralmente propõe uma retenção do preço para poder compensá-la contra essas pretensões (*holdback*).[3]

Do ponto de vista do vendedor de participação societária, um simples *holdback* seria de se rejeitar, pois o comprador poderia levantar pretensões infundadas apenas para recusar o pagamento ao vendedor e, assim, reter o dinheiro enquanto não se chegasse a um acordo ou se emitisse uma decisão judicial final.[4] O vendedor teria de confiar na capacidade e disposição do comprador para pagar.[5] Acrescente-se que os custos de oportunidade também configuram desvantagem para o vendedor, pois ele não pode dispor imediatamente de todo o preço.

Para conciliar esses interesses conflitantes, a praxe negocial desenvolveu com o contrato escrow um método específico de efetuar pagamentos. Em vez de transferir o objeto da prestação diretamente para o beneficiário, o devedor (o Depositante) o entrega a um terceiro neutro e independente (o agente escrow), que se compromete a repassar o objeto ao credor (o beneficiário) somente se determinadas condições especificadas no contrato escrow forem atendidas. As condições devem incluir, logicamente, a ausência de pretensões do Depositante contra o Beneficiário e a conclusão de todas as providências subjacentes à conclusão da transação, de acordo com o contrato.[6] O processamento do pagamento por meio do agente escrow evita, portanto, pagar antes da contraparte, ao mesmo tempo em que garante o intercâmbio de prestações.

Por um lado, o Beneficiário garante que o objeto da prestação não lhe poderá mais ser negado pelo Depositante, pois ele é retirado da esfera de influência deste,[7] e o agente escrow tem instruções estritas para lhe repassar o bem dado em escrow quando as condições para tanto forem atendidas. Por outro lado, o Depositante evita pagar antes do Beneficiário, pela mesma

---

[2] Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. **Model stock purchase agreement with commentary**. Volume I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 53; KLING, Lou R.; NUGENT, Eileen T. **Negotiated acquisitions of companies, subsidiaries, and divisions**. Nova Iorque: Law Journal Press, 1992, § 15.06[3]; TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 166.

[3] Cf. NEUHAUS, Martin; KIEM, Roger. Grundelemente einer Kaufpreisregelung. *in*: KIEM, Roger (org.). **Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 4, n. 64.

[4] Cf. BECKER, Johannes; VOß, Johannes. Muster 1, cap. II.5.g-II.9.f.gg. *in*: KNOTT, Hermann J. **Unternehmenskauf**. 5ª ed. Colônia: RWS Verlag 2017, n. 950.

[5] Cf. KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. **Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, p. 96.

[6] Cf. VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Cap. I, 9a)bb), n. 4 (o valor fiduciariamente depositado e os períodos de retenção devem se orientar logicamente de acordo com os riscos e prazos de garantia).

[7] Cf. BYRNE, Thomas M. Escrows and Bankruptcy. **The Business Lawyer**, Chicago, v. 48, p. 761-777, Fev. 1993, p. 761; AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. **Model stock purchase agreement with commentary**. Volume I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 55.

razão de que o agente escrow somente entrega o bem a este quando as condições forem atendidas, assumindo que as providências preparatórias para a troca das prestações tenham sido realizadas com sucesso e/ou nenhum direito contra o Beneficiário tenha sido apurado no negócio principal. Os interesses de ambas as partes são, portanto, atendidos.[8] Além disso, as partes principais não precisam comprometer outros bens – exemplo: garantias reais – com a transação, porque o próprio objeto da prestação funciona como garantia.

Na vida prática, bens como participações societárias, software e, sobretudo, dinheiro são transferidos "em escrow", principalmente para processamento de pagamentos e garantia de transações. Os setores em que os contratos escrow são usados variam de aquisições de imóveis, passando por contratos de licença de software e chegando a transações de M&A.[9]

No caso típico de uma transação de M&A, as partes principais concordam que uma parte do preço de compra será mantida em uma conta escrow sob custódia do agente escrow até que as partes principais lhe enviem uma instrução conjunta. Em outros casos, é definida uma data específica para a liberação dos recursos da conta escrow, a menos que o comprador levante uma pretensão contra o vendedor no contexto da compra de participação antes de determinada data, quando então o agente escrow deve reter o valor em disputa e aguardar uma sentença judicial ou um acordo entre as partes principais; se a pretensão for procedente, o agente escrow deve restituir o dinheiro ao comprador; se, porém, nenhuma pretensão for apresentada até tal data ou se a pretensão for rejeitada, o dinheiro deve ser repassado ao vendedor.[10]

Manter o bem em escrow cria um certo equilíbrio no poder de negociação das partes principais, no que diz respeito às pretensões em disputa. Ao comprador pouco aproveita fazer pretensões infundadas para arbitrariamente provocar uma compensação, pois o dinheiro não estará sob seu controle durante o prazo do contrato escrow. O vendedor, por sua vez, também não pode utilizar o dinheiro enquanto houver reivindicações pendentes do comprador. As partes

---

[8] Cf. VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Cap. I, 9a)bb), n. 3 (tanto as pretensões oriundas de vícios do objeto quanto as de pagamento do preço são garantidos). De forma semelhante: NEUHAUS, Martin; KIEM, Roger. Grundelemente einer Kaufpreisregelung. *in*: KIEM, Roger (org.). **Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 4, n. 62.

[9] Cf. BYRNE, Thomas M. Escrows and Bankruptcy. **The Business Lawyer**, Chicago, v. 48, p. 761-777, Fev. 1993, p. 762.

[10] Cf. FREUND, James. **Anatomy of a Merger**. Nova Iorque: Law Journal Seminars Press, 1975, p. 386; HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische Nebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, Cap. IV.5, n. 7a); TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 183 ss.

têm, portanto, um forte incentivo para chegar a um acordo sobre suas recíprocas pretensões para que cada uma possa obter sua parte do dinheiro depositado o mais rápido possível.[11]

O contrato escrow não é a única garantia possível em transações de M&A. Para garantir as pretensões do comprador contra o vendedor (por exemplo, oriundas de obrigações de garantia), utiliza-se na prática tradicionalmente também *holdbacks*, fianças bancárias e garantias dos sócios.

Os *holdbacks* não são vantajosos do ponto de vista do vendedor, pelas razões acima.

As fianças bancárias normalmente exigem contragarantias e trazem altos custos consigo.[12] Além disso, as condições para se proceder contra o fiador devem ser definidas de forma bastante clara e simples para que a excussão da garantia não seja excessivamente dificultada. Para evitar esses obstáculos, o comprador provavelmente exigiria uma garantia abstrata (a primeira demanda), da qual poderia facilmente abusar, enquanto o vendedor tentaria negociar, pelo menos, que a excussão de tal garantia seja dependente de seu assentimento.[13]

Essas dificuldades podem ser mitigadas pela outorga de uma fiança ou pela assunção de corresponsabilidade (como em uma assunção de dívida com solidariedade) por um sócio do vendedor ou por uma sociedade do mesmo grupo. Essa alternativa tem a vantagem para o vendedor de acarretar poucos custos e não exigir contragarantias, mas tem a desvantagem de que o sócio garantidor que concede a garantia deve geralmente registrar essa dívida em seu balanço patrimonial (§ 251 HGB;[14] Art. 176, § 5º, inc. IV, d, LSA). Para o comprador, por outro lado, há a desvantagem de que o sócio fiador ou solidariamente responsável nem sempre apresenta solvência ou liquidez e terá o mesmo baixo incentivo para satisfazer as pretensões do comprador, quanto o próprio vendedor.

O contrato escrow é vantajoso em comparação com essas alternativas convencionais. Em primeiro lugar, não são necessárias contragarantias, como no caso da fiança bancária. Em segundo lugar, os custos associados também são menores vis-à-vis uma fiança bancária. Em

---

[11] Cf. KLING, Lou R.; NUGENT, Eileen T. **Negotiated acquisitions of companies, subsidiaries, and divisions**. Nova Iorque: Law Journal Press, 1992, § 15.06[3]; FREUND, James. **Anatomy of a Merger**. Nova Iorque: Law Journal Seminars Press, 1975, p. 384.

[12] Cf. JAKOBS, Michael; FRANZ, Alexander. Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben? **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2014, p. 659-665, p. 661; BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 320.

[13] Cf. MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions.** 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022, § 48, n. 133.

[14] Cf. MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions.** 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022, § 48, n. 134.

terceiro lugar, comprador e vendedor não ficam expostos à capacidade à liquidez, solvência e disposição da contraparte de pagar, pois o dinheiro é normalmente depositado no momento do fechamento da transação.[15] Por outro lado, as partes não podem acessar a parte do preço de compra depositado durante a vigência do contrato escrow,[16] o que gera custos de oportunidade. Além disso, a garantia é limitada ao valor depositado,[17] o que é especialmente problemático no caso de declarações e garantias relacionadas a aspectos ambientais, por exemplo, cuja violação pode causar enormes danos.

Nos últimos anos, o seguro de garantias e indenizações (*warranties & indemnities insurance* da prática europeia ou simplesmente "*seguro W&I*") se estabeleceu como uma alternativa de garantia para transações de M&A na Alemanha,[18] reduzindo, assim, o uso de contratos escrow. Deve-se aqui distinguir entre a chamada "apólice do comprador" e a "apólice do vendedor". Em uma apólice do comprador, a seguradora oferece ao comprador cobertura para danos próprios do comprador, resultantes da violação de declarações e garantias contidas no contrato de aquisição da participação societária. Portanto, essa apólice se qualifica como seguro de danos.[19] A seguradora renuncia ao direito de regresso contra o vendedor – salvo se o vendedor tiver agido com dolo ou negligência grave.[20] Riscos conhecidos ou que certamente se materializarão não são cobertos pelo seguro W&I.[21] Já apólice do vendedor configura um seguro de responsabilidade civil: o vendedor permanece responsável pelos vícios do objeto e declarações e do contrato de aquisição, mas sua responsabilidade perante o comprador está coberta pela apólice.[22] Contudo, a apólice do vendedor é raramente utilizada atualmente.[23]

O seguro W&I pode ser muito vantajoso para ambas as partes. Por um lado, o vendedor

---

[15] Cf. BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318.
[16] Cf. JAKOBS, Michael; FRANZ, Alexander. Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben? **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2014, p. 659-665, p. 661.
[17] Essa desvantagem é, pelo menos parcialmente, atenuada pela usual pactuação de tetos de responsabilidade (os chamados *indemnification caps*) no contrato de aquisição de participação societária.
[18] Cf. DAGHLES, Murad M.; HAßLER, Thyl N. Warranty & Indemnity-Versicherungen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen. **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**, Munique, 2016, p. 455-457, p. 455.
[19] Cf. DOLL, Natascha; MACKENSEN, Marcus. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Cap. I, 6, n. 3.
[20] Cf. HOENIG, Klaus Marinus; KLINGEN, Sebastian. Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Munique, 2016, p. 1244-1248, p. 1246.
[21] No entanto, é possível cobrir riscos conhecidos por meio de uma apólice *de seguro de responsabilidade contingente*. Veja-se: BOCHE, Mirjam; LUETTGES, Matthias. Contingent Liability Insurances – Versicherungen für bekannte Risiken in M&A-Transaktionen. **Betriebs-Berater**, Frankfurt am Main, 2020, p. 2764-2770, *passim*.
[22] Cf. DOLL, Natascha; MACKENSEN, Marcus. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Cap. I, 6, n. 5.
[23] Cf. HOENIG, Klaus Marinus; KLINGEN, Sebastian. Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Munique, 2016, p. 1244-1248, p. 1245.

se beneficia, por exemplo, do chamado "clean exit", isto é, da venda livre de responsabilidade. Isso é particularmente importante para fundos de investimento que precisam ser liquidados após o recebimento do preço e, por conseguinte, desejam evitar longos períodos de responsabilidade após a conclusão da transação.[24] Além disso, o vendedor pode dispor imediata e totalmente do preço de venda, minimizando, assim, custos de oportunidade. Além disso, o vendedor não precisa "batalhar" por cada palavra das declarações e garantias para reduzir ao máximo sua própria responsabilidade; ao contrário, ele tem incentivos para divulgar informações, pois isso reduz o risco de prática de atos dolosos ou eivados de negligência grave, para os quais ele não possui proteção na apólice.

Por outro lado, o seguro W&I também oferece inúmeras vantagens para o comprador. Ele tem no patrimônio da seguradora (provavelmente maior que o do vendedor) uma garantia de satisfação de suas pretensões.[25] Além disso, no seguro W&I há mais espaço para negociação e questões sensíveis como o limite máximo de responsabilidade, o prazo de garantia e as contingências de bagatela (*de minimis*),[26] apenas para citar alguns exemplos. A concorrência entre as seguradoras também tem tido efeito favorável sobre o custo dos prêmios de seguro.[27] Ademais, exigir diretamente da seguradora protege o relacionamento com o vendedor, que não raro continua a trabalhar na administração da empresa-alvo após a conclusão da transação.[28]

Em vista dessas vantagens, que impulsionaram a rápida disseminação do seguro de W&I, resta ao contrato escrow uma área de aplicação menor na praxe alemã de M&A. No entanto, o contrato escrow continua a ser usado se, por exemplo, nenhuma seguradora estiver disposta a oferecer cobertura para uma transação em que os riscos associados sejam muito altos. Em áreas fora do M&A, o contrato escrow continua a existir como uma importante alternativa

[24] Cf. JAKOBS, Michael; FRANZ, Alexander. Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben? **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2014, p. 659-665, p. 661 seq.; HOENIG, Klaus Marinus; KLINGEN, Sebastian. Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Munique, 2016, p. 1244-1248, p. 1245.
[25] Cf. HOENIG, Klaus Marinus; KLINGEN, Sebastian. Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Munique, 2016, p. 1244-1248, p. 1245.
[26] Cf. JAKOBS, Michael; FRANZ, Alexander. Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben? **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2014, p. 659-665, p. 660.
[27] Cf. DAGHLES, Murad M.; HAßLER, Thyl N. Warranty & Indemnity-Versicherungen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen. **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**, Munique, 2016, p. 455-457, p. 456 (aprox. 0,75% a 2% da soma segurada); HOENIG, Klaus Marinus; KLINGEN, Sebastian. Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Munique, 2016, p. 1244-1248, p. 1248 (aprox. 1-2% do limite segurado; até menos de 1% para transações menos arriscadas); JAKOBS, Michael; FRANZ, Alexander. Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben? **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2014, p. 659-665, p. 665 (aprox. 1-1,75%).
[28] Cf. JAKOBS, Michael; FRANZ, Alexander. Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben? **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2014, p. 659-665, p. 664.

de garantia, como em contratos de licença de software.[29]

No Brasil, entretanto, o uso de seguros em transações de M&A ainda é incomum. Embora a cobertura de seguro para violações a declarações e garantias em transações de M&A seja comercializada no Brasil desde 2014, esse tipo de garantia ainda não se impôs no mercado brasileiro.[30] As razões para isso não são de fácil apreensão. Questões regulatórias são provavelmente o maior obstáculo para a disseminação do seguro W&I no Brasil. Até 1º de maio de 2022,[31] nos termos da Circular SUSEP 477/2013, vigorava uma regulamentação rigorosa para o chamado seguro garantia*,* no qual se enquadra o seguro W&I.[32] As seguradoras tinham pouca margem de manobra para criar um seguro adaptado às exigências do mercado. Para citar alguns exemplos, o prazo da apólice tinha de corresponder, admitidas poucas exceções, ao prazo da obrigação segurada (Art. 8), e não eram permitidos períodos de carência e franquias (Art. 10). Provavelmente devido à baixa demanda até o momento, há apenas um trabalho sobre esse tópico na literatura jurídica brasileira.[33]

Essa situação regulatória mudou com a entrada em vigor da Circular SUSEP 662/2022 em 2 de maio de 2022. As seguradoras agora possuem maior liberdade para criar suas próprias apólices de seguros garantia, e algumas restrições regulatórias, como a correspondência obrigatória do prazo da obrigação na transação subjacente com a apólice (Art. 7) e a proibição de franquias e períodos de carência (Art. 14) não mais subsistem. Portanto, pode-se esperar que a penetração de mercado do seguro W&I no Brasil venha a aumentar no futuro. Entretanto, nem todos os obstáculos ao seguro W&I foram resolvidos. O seguro garantia deve sempre ser estruturado como seguro por conta de terceiros – conforme Art. 2º, incs. II, IV, IX e art. 3º, *caput,* da referida circular, o tomador do seguro é necessariamente o devedor e o segurado é sempre o

[29] Para a aplicação de contratos escrow no contexto de contratos de licença de software, vide cap. II.2.2.3.
[30] Cf. ADAMEK, Marcelo Vieira von; CONTI, André Nunes; FERRIGNO, Giulia. O seguro W&I (warranties and indemnities) em operações de M&A no Brasil. *in*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; PEREIRA, Rafael Setoguti J. (orgs.), **Fusões e aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 547-580, p. 549 (esse tema ainda "engatinha" no Brasil). A primeira apólice autorizada pela autoridade supervisora de seguros (*SUSEP - Superintendência de Seguros Privados*) foi oferecida pela AIG Seguros Brasil S.A. (procedimento SUSEP nº 15414.900394/2013-36).
[31] Antes disso, os seguros garantia estavam sujeitos aos regulamentos das circulares 214/2002 (de 18 de março de 2003 a 3 de junho de 2003) e 232/2003 (de 4 de junho de 2003 a 30 de setembro de 2013).
[32] De acordo com os Arts. 2, 4 e 5 da Circular 477/2013, o objetivo do seguro garantia é garantir o cumprimento das obrigações do devedor decorrentes de um contrato com o segurado. De acordo com a opinião geral, a cobertura de seguro para empresas privadas contra riscos de inadimplemento decorrentes de relações jurídicas com terceiros, por exemplo, de contratos de compra e venda, se enquadra no conceito de seguro garantia (cf. BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro - o seguro garantia de obrigação contratual**. São Paulo: Quartier Latin 2006, p. 192 s.).
[33] Em especial, o trabalho de Adamek, Conti e Ferrigno (ADAMEK, Marcelo Vieira von; CONTI, André Nunes; FERRIGNO, Giulia. O seguro W&I (warranties and indemnities) em operações de M&A no Brasil. *in*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; PEREIRA, Rafael Setoguti J. (orgs.), **Fusões e aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 547-580).

credor da transação subjacente. Além disso, a persistente prática de exigir contragarantias do segurado nos seguros garantia (conforme expressamente autorizado no art. 32 da Circular 662/2022 e anteriormente permitido pelo art. 21 da Circular 477/2013) reduz a atratividade do produto.

Em vista disso, o contrato escrow ainda é uma das formas de garantia mais utilizadas em transações de M&A no Brasil. As garantias convencionais, como *holdbacks*, fianças bancárias e garantias dos sócios, ainda são utilizadas, mas, devido às deficiências mencionadas acima, são preteridas, na medida em que o caso específico o permita. Penhora sobre móveis, hipoteca e alienação fiduciária também são utilizadas, mas a dificuldade inerente à excussão desses tipos de garantia[34] os torna pouco atraentes.

I.2 Características do contrato escrow no direito norte-americano

O contrato escrow é originário do sistema anglo-saxão. A própria palavra "escrow" pode ser reconduzida ao inglês antigo "escrowl" ou "scrowl", que advém da junção do franco-normando "escrit" ou do latim "scriptum" com o inglês "roll". "Roll" significa rolo escrito, enquanto "escrit" e "scriptum" significam documento escrito.[35] Originalmente, escrow significava um documento que era entregue a um terceiro para guarda e que deveria ser encaminhado a um beneficiário se determinadas condições fossem atendidas, quando então produziria efeitos como documento.[36] Embora a origem da palavra não corresponda totalmente ao uso atual dos contratos escrow em transações comerciais, os significados são bastante próximos.

A implementação do contrato escrow no sistema jurídico romano-germânico requer a sua compreensão adequada no sistema de origem, para assim se identificar a sua função e institutos jurídicos do sistema jurídico receptor que melhor possam implementar tal função. O objetivo deste capítulo, portanto, é delinear as características essenciais do contrato escrow nos Estados Unidos. A escolha do sistema jurídico norte-americano entre os sistemas de *common law* se justifica pela grande influência dos modelos contratuais norte-americanos no Brasil.

Devido à repartição de competências entre os tribunais, o direito civil norte-americano é essencialmente uma questão de direito estadual.[37] Consequentemente, os princípios jurídicos

---

[34] Cf. BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, cap. 4.8.4-5.
[35] Cf. GARNER, Brian (editor-chefe). **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. St. Paul: West Group, 2009, p. 624; GERSTER, Stefan. **Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag**. Zurique: Schulthess, 1991, p. 5.
[36] Cf. JOWITT, Earl. **The dictionary of English Law**. Vol. 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1959, p. 732; BYRNE, Thomas M. Escrows and Bankruptcy. **The Business Lawyer**, Chicago, v. 48, p. 761-777, Fev. 1993, 761 seq.
[37] Os tribunais estaduais nos Estados Unidos têm jurisdição sobre disputas relativas a contratos, propriedade,

que regem o contrato escrow devem ser extraídos das decisões judiciais do respectivo estado. Como uma análise da jurisprudência de todos os estados norte-americanos não seria possível neste trabalho, apenas as decisões mais importantes de Delaware, Nova Iorque e da Califórnia serão aqui abordadas, pois esses estão entre os estados mais importantes na área de M&A.[38_39]

Em geral, o contrato escrow pressupõe os seguintes elementos no direito norte-americano: (1) o acordo de que o objeto da prestação deve ser entregue a um terceiro, o qual assume a posição de agente escrow; (2) o repasse do bem objeto do escrow para o beneficiário sob certas condições (*conditions*); e (3) a renúncia à posse do bem pelo depositante (*relinquishment*), de modo que o bem permaneça sob o poder do agente escrow.[40] As principais características do contrato escrow desenvolvidas na jurisprudência norte-americana são analisadas a seguir.

I.2.1 Acordo e nomeação do agente escrow

A vontade das partes geralmente é decisiva para se determinar a existência de um contrato escrow.[41] A nomeação do agente escrow é parte essencial do acordo. A forma escrita geralmente não é necessária.[42]

---

responsabilidade civil delitual, família e sucessões (cf. JOHNS, Margaret Z.; PERSCHBACHER, Rex R. **The United States Legal System: an Introduction**. 2ª ed. Durham: Carolina Academic Press, 2007, p. 105 ss.).

[38] Vide o estudo de *Eisenberg* e *Miller,* no qual se enfatiza a relevância dessas três jurisdições na escolha da lei aplicável e do foro competente (EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Ex Ante Choices of Law and Forum – An Empirical Analysis of Corporate Merger Agreements. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 59, 2006, p. 1975-2014, p. 1985 ss.).

[39] O contrato escrow é usado em vários setores nos Estados Unidos. Algumas das decisões importantes citadas aqui, portanto, não estão relacionadas a casos de M&A, mas a questões como direito imobiliário e sucessório.

[40] Essa apresentação sistemática foi adotada no caso nova iorquino NOVA IORQUE. Corte Distrital de Nassau. Juiz: J. Abe M. Lerner. Partes: Menkis v. Whitestone Savings & Loan Ass'n. 31 de maio de 1974. Miscellaneous Reporter 2d n. 78, p. 329-332, p. 330. Elementos semelhantes também podem ser encontrados na jurisprudência da Califórnia (CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Partes: Cannon v. Handley. 16 de março de 1887. California Reports 4th n. 72, p. 133-145, p. 139) e de Delaware (DELAWARE. Corte Superior. Juiz: Noel Eason Primos. Partes: Batchelor v. Alexis Props, LLC. 13 de novembro de 2018. 2018 Del. Super. LEXIS 1306, p. 1-19, p. 17). O Código Civil da Califórnia no § 1057 define o termo "escrow" da seguinte forma: "*A grant may be deposited by the grantor with a third person, to be delivered on performance of a condition, and, on delivery by the depositary, it will take effect. While in the possession of the third person, and subject to condition, it is called an escrow*". Vide também HUGHES, Gary A. Escrow. *in*: **American Jurisprudence**. 2a ed. Vol. 28. Eagan: West Group, 2000, § 3.

[41] Cf. HUGHES, Gary A. Escrow. *in*: **American Jurisprudence**. 2a ed. Vol. 28. Eagan: West Group, 2000, § 7.

[42] Cf. na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Bancroft. Partes: Zang v. Northwestern Title Co. 18 de agosto de 1982. California Appellate Reports 3d n. 135, p. 159-169, p. 167 (instruções não escritas vinculam o agente escrow). Veja também HUGHES, Gary A. Escrow. *in*: **American Jurisprudence**. 2a ed. Vol. 28. Eagan: West Group, 2000, § 6. Inúmeras decisões, aqui não reproduzidas, afirmam que o contrato escrow consiste na entrega de um instrumento escrito ao agente escrow para ser entregue ao beneficiário mediante a ocorrência de certas condições. No entanto, isso diz respeito à forma do bem que é objeto do escrow, e não à forma do contrato escrow. De qualquer maneira, isso parece descrever a situação mais corriqueira em vez de um pré-

A posição jurídica do agente escrow não é tratada uniformemente na jurisprudência norte-americana. Nas decisões judiciais, ele é por vezes tratado como *trustee,*[43] outras vezes como *fiduciary*[44] ou até como *agent*.[45] No direito norte-americano, o *trustee* tem a titularidade jurídica sobre o bem, enquanto o *beneficiary* tem direito ao seu proveito econômico (*equitable title*). Os principais deveres de um *trustee* consistem em promover e administrar diligentemente o *trust*, bem como agir com lealdade perante o *beneficiary.*[46] O *fiduciary,* por outro lado, compromete-se a agir no interesse de outra pessoa em determinados assuntos.[47] Por fim, a posição de *agent* se caracteriza pela autoridade para agir em nome de um *principal*, inclusive na celebração de contratos.[48]

Na jurisprudência da Califórnia, em particular, a teoria da "agência limitada" (*limited*

---

requisito para a conclusão do contrato. É amplamente reconhecido que dinheiro, ações e vários outros objetos podem ser depositados em escrow (vide HUGHES, Gary A. Escrow. *in*: **American Jurisprudence**. 2a ed. Vol. 28. Eagan: West Group, 2000, § 5).

[43] Em Nova Iorque, vide NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Crane. Partes: Farago v. Burke. 11 de julho de 1933. New York State Reporter, n. 262, p. 229-233, p. 233; NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Goldstein. Partes: Takayama v. Schaefer. 02 de março de 1998. Appellate Division Reporter 2d n. 240, p. 21-29, p. 25 (agente escrow como *trustee*, *fiduciary* e *agent*). Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. James. Partes: Feisthamel v. Campbell. 28 de dezembro de 1921. California Appellate Reports n. 55, p. 774-784, p. 781 (agente escrow como *agent* da respectiva parte do contrato e *trustee*); CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Lennon. Partes: Hildebrand v. Beck. 04 de maio de 1925. California Reports n. 196, p. 141-148, p. 145.

[44] Veja-se em Nova Iorque: NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Edward J. Greenfield. Partes: Animalfeeds International, Inc. v. Banco Espírito Santo e Comercial de Lisboa. New York County, 13 de março de 1979. Miscellaneous Reports 2d n. 101, p. 379-387, p. 383 („a fiduciary relationship, and assuming some of the characteristics of a trust"); NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Walter M. Schackman. Partes: National Union Fire Insurance v. Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn. 2 de Agosto de 1994. Miscellaneous Reporter 2d n. 165, p. 539-553, p. 544 (Escrow-Agent age como *trustee* e a relação jurídica possui „fiduciary nature"). Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Coughlin. Partes: Spaziani v. Millar. 02 de maio de 1963. California Appellate Reports 2d n. 215, p. 667-685, p. 682 („fiduciary relationship"); CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. P. Low. Partes: Kirby v. Palos Verdes Escrow Co. 01 de julho de 1986. California Appellate Reports 3d n. 183, p. 57-66 ("limited agent and fiduciary of all parties to an escrow"). Em Delaware: DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: Maurice A. Hartnett. Partes: Xlete, Inc. v. Willey. 06 de junho de 1977. 1977 Del. Ch. LEXIS 196, p. 1-2, p. 2 („fiduciary relationship"); DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: John W. Noble. Partes: East Balt LLC v. East Balt US, LLC. 28 de maio de 2015. 2015 Del. Ch. LEXIS 150, p. 1-10, p. 10 („fiduciary relationship").

[45] Em Nova Iorque, consulte NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Goldstein. Partes: Takayama v. Schaefer. 02 de março de 1998. Appellate Division Reporter 2d n. 240, p. 21-29, p. 27 (agente escrow como *trustee*, *fiduciary* e *agent* de ambas as partes). Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Partes: Cannon v. Handley. 16 de março de 1887. California Reports 4th n. 72, p. 133-145, p. 140 (*agent* para ambas as partes); CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Works. Partes: McDonald v. Huff. 24 de outubro de 1888. California Reports n. 77, p. 279-283, p. 282 *(agent* de ambas as partes). Delaware: DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Laster. Partes: NAMA Holdings, LLC v. Related WMC LLC. 17 de novembro de 2014. 2014 Del. Ch. LEXIS 232, p. 1-115, p. 54.

[46] Cf. MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. **Smith & Roberson's Business Law**. 13ª ed. St. Paul: Thomson West, 2006, p. 1065, 1067; ANDERSON, Ronald A.; FOX, Ivan; TWOMEY, David P. **Business Law**. 10ª ed. Cincinatti: South-Western Publishing 1989, p. 1159.

[47] Cf. GARNER, Brian (editor-chefe). **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. St. Paul: West Group, 2009, p. 702.

[48] Cf. MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. **Smith & Roberson's Business Law**. 13ª ed. St. Paul: Thomson West, 2006, p. 326 ss.; ANDERSON, Ronald A.; FOX, Ivan; TWOMEY, David P. **Business Law**. 10ª ed. Cincinatti: South-Western Publishing 1989, p. 850.

agency) se formou para explicar a peculiar posição do agente escrow frente às partes. Admitindo-se que o contrato escrow estabeleça uma relação de agência entre o agente escrow, de um lado, e as partes principais, de outro, os deveres daí resultantes para o agente escrow em relação a cada parte principal individualmente considerada devem ser limitados porque as partes principais possuem interesses conflitantes. Os deveres do agente escrow para com uma parte principal não podem entrar em conflito com os deveres para com a outra parte principal. Esse conflito é resolvido seguindo-se as instruções contidas no contrato escrow. Nesse sentido, o agente escrow é, de fato, um *agent* para ambas as partes principais.[49] Uma vez atendida a *condition,* a agência limitada se converte em duas relações de agência "normais" separadas com a respectiva parte principal, sendo que cada uma destas relações se restringe ao objeto ao qual a respectiva parte principal tem direito.[50] No caso da compra de um terreno, por exemplo, estabelecer-se-ia uma relação de agência com relação ao preço com o vendedor e uma relação de agência com relação aos documentos da venda com o comprador após a ocorrência da *condition.*

Apesar do debate sobre a qualificação jurídica do agente escrow, reconhece-se geralmente que o agente escrow age no interesse de ambas as partes.[51] Para atingir esse objetivo, o agente escrow normalmente não deve estar envolvido na transação principal – isso fica evidente já pelo requisito de qualquer contrato escrow de que o bem seja depositado junto a um terceiro.[52]–[53] Apesar disso, em Nova Iorque e na Califórnia, admite-se, dentro de certos limites,

[49] Veja-se de forma paradigmática, CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Hahn. Partes: Blackburn v. McCoy. 30 de outubro de 1934. California Appellate Reports 2d n. 1, p. 648-660, p. 655. Também: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Partes: Cannon v. Handley. 16 de março de 1887. California Reports 4th n. 72, p. 133-145, p. 140; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Gargano. Partes: Lee v. Title Insurance & Trust Co. 18 de julho de 1968. California Appellate Reports 2d n. 264, p. 160-164, p. 162.

[50] Veja-se a relevante decisão CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Richards. Partes: Shreeves v. Pearson. 01 de novembro de 1924. California Reports n. 194, p. 699-712, p. 707. Na mesma linha: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Partes: Cannon v. Handley. 16 de março de 1887. California Reports 4th n. 72, p. 133-145, p. 140; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Ashburn. Partes: Todd v. Vestermark. 24 de outubro de 1956. California Appellate Reports 2d n. 145, p. 374-380, p. 377.

[51] Em Nova Iorque: NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Crane. Partes: Farago v. Burke. 11 de julho de 1933. New York State Reporter, n. 262, p. 229-233, p. 233 ("trustee for both parties"); NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Walter M. Schackman. Partes: National Union Fire Insurance v. Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn. 2 de Agosto de 1994. Miscellaneous Reporter 2d n. 165, p. 539-553, p. 551 ("trustee of both"); NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Goldstein. Partes: Takayama v. Schaefer. 02 de março de 1998. Appellate Division Reporter 2d n. 240, p. 21-29, p. 27 ("acts for the benefit of both parties"). Na Califórnia, veja nota de rodapé n. 49, *supra*, sobre a doutrina da *agência limitada*. Em Delaware: DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Duffy. Partes: Norton v. Digital Applications, Inc. 14 de março de 1973. Atlantic Reporter 2d n. 305, p. 656-661, p. 660 ("serves both parties").

[52] "Terceiro" significa um estranho ao negócio, de modo que ele possa cumprir suas obrigações para com ambas as partes principais sem interferências externas (cf. HUGHES, Gary A. Escrow. *in*: **American Jurisprudence**. 2a ed. Vol. 28. Eagan: West Group, 2000, § 21).

[53] A literatura jurídica americana recomenda, em vista disso, a nomeação de um agente escrow neutro que seja independente das partes envolvidas. Veja-se: FREUND, James. **Anatomy of a Merger**. Nova Iorque: Law Journal Seminars Press, 197, p. 387; KLING, Lou R.; NUGENT, Eileen T. **Negotiated acquisitions of companies, subsidiaries, and divisions**. Nova Iorque: Law Journal Press, 1992, §15.06[3][d].

que o advogado ou agente de uma parte principal assuma essa função: em Nova Iorque, o consentimento de ambas as partes principais precisa ser obtido, e os deveres como advogado ou *agent* não podem conflitar com os de agente escrow,[54] enquanto na Califórnia o advogado ou *agent* precisa revelar qualquer interesse que possa ter na transação antes da nomeação.[55]

I.2.2 Sujeição a uma *condition*

O repasse, bem como a devolução do bem objeto do escrow deve estar sujeita a uma *condition.*[56–57] Se o contrato não contiver uma *condition*, ele possivelmente não se qualificará como um contrato escrow, mas como um *bailment*.[58–59] O repasse do bem objeto do escrow pressupõe o absoluto cumprimento da *condition.*[60]

Dificuldades surgem quando as partes disputam a implementação da *condition.* De acordo com a jurisprudência de Nova Iorque, o agente escrow deve manter o bem objeto do escrow sob sua guarda até que as *conditions* contratualmente acordadas se implementem ou falhem de forma definitiva – ou seja, até que não haja mais questões de fato ou pretensões exercíveis.[61] Na Califórnia, o agente escrow pode se eximir de responsabilidade em tais casos,

---

[54] Cf. NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Richard D. Simons. Partes: Entertainment & Amusements of Ohio, Inc. v. Barnes. 21 de fevereiro de 1966. Miscellaneous Reports 2d n. 49, p. 316-319, p. 317.

[55] Vide CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Tappaan. Partes: McFate v. Bank of America. 08 de setembro de 1932. California Appellate Reports n. 125, p. 683-687, p. 687; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Huffman. Partes: Peterson Development Co. v. Torrey Pines Bank. 09 de Agosto de 1991. California Appellate Reports 3d n. 233, p. 103-120, p. 118.

[56] No direito norte-americano, uma *condition* é um evento cuja ocorrência é incerta e leva à criação de uma obrigação. Tanto um fato a ser praticado por uma parte, quanto um evento externo (fora do controle das partes) podem constituir uma *condition* (cf. MURRAY JR., John Edward. **Murray on Contracts**. 3ª ed. Charlottesville: Michie Publishing 1990, p. 539 ss.).

[57] Em Nova Iorque, veja-se NOVA IORQUE. Corte Distrital de Nassau. Juiz: J. Abe M. Lerner. Partes: Menkis v. Whitestone Savings & Loan Ass'n. 31 de maio de 1974. Miscellaneous Reporter 2d n. 78, p. 329-332, p. 330. Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Partes: Cannon v. Handley. 16 de março de 1887. California Reports 4th n. 72, p. 133-145, p. 139. Em Delaware: DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Glasscock. Partes: Elavon, Inc. v. Elec. Transaction Sys. Corp. 07 de março de 2022. 2022 Del. Ch. LEXIS 53, p. 1-8, p. 4.

[58] Por *bailment* se entende a transferência de posse de um objeto pelo *bailor* para o *bailee* sem transferência de propriedade e com a obrigação deste último de usá-lo de uma determinada maneira para devolvê-lo em um determinado momento (cf. SINGER, Joseph William. **Introduction to Property**. 2ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2005, § 16.2.4).

[59] Cf. BYRNE, Thomas M. Escrows and Bankruptcy. **The Business Lawyer**, Chicago, v. 48, p. 761-777, Fev. 1993, p. 762.

[60] Veja-se em Nova Iorque, NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Crane. Partes: Farago v. Burke. 11 de julho de 1933. New York State Reporter, n. 262, p. 229-233, p. 233. Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Suprema Corte. Relator: J. Crocker. Partes: Dyson v. Bradshaw. 01 de outubro de 1863. California Reports n. 23, p. 528-537, p. 536; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. York. Partes: Watts v. Mohr. 17 de junho de 1948. California Appellate Reports 2d n. 86, p. 256-263, p. 262 ("in the law governing performance of escrow agreements, there is no doctrine of substantial compliance to be found"). Em Delaware: DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Duffy. Partes: Norton v. Digital Applications, Inc. 14 de março de 1973. Atlantic Reporter 2d n. 305, p. 656-661, p. 660.

[61] Cf. NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Kane. Partes: E.S.P. Adjustment Servs., Inc. v. Asta Group, Inc. 24 de dezembro de 1986. Appellate Division Reports 2d n. 125, p. 849-850.

retendo o bem objeto do escrow até que uma das partes do contrato inicie uma ação judicial, momento em que ele pode trazer a outra parte para a ação (Civil Code of Procedure da Califórnia, Section 386(a)).[62] Se o agente escrow dispõe do bem objeto do escrow em favor de uma parte não legitimada antes da resolução final da disputa, ele pode ser responsabilizado pelos danos daí decorrentes.[63] Os escrows de M&A geralmente permitem que o bem seja retido por um período mais longo do que o especificado no contrato, caso surja uma disputa.[64]

I.2.3 Renúncia à posse do objeto do escrow

Após a entrega do bem ao agente escrow e até que a *condition* seja atendida, o depositante continua sendo o titular ou proprietário do bem.[65] Ele apenas transfere a posse e o poder de disposição sobre o bem (*relinquishment*) e, portanto, não pode mais exigir do agente escrow a restituição do bem (*irrevocability*).[66] Outra questão é em que momento a titularidade ou propriedade do bem passa ao beneficiário. Seria no momento em que a *condition* ocorre, ou somente quando o bem é repassado ao beneficiário? Na Califórnia a primeira alternativa é a que predomina,[67] enquanto em Delaware se exige o repasse efetivo para o beneficiário.[68] Em Nova

[62] Cf. CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Curtis. Partes: Security Trust & Savings Bank v. Carlsen. California Reports n. 205, p. 309-320, p. 315.
[63] Em Nova Iorque: NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Goldstein. Partes: Takayama v. Schaefer. 02 de março de 1998. Appellate Division Reporter 2d n. 240, p. 21-29, p. 25. Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Curtis. Partes: Security Trust & Savings Bank v. Carlsen. California Reports n. 205, p. 309-320, p. 315.
[64] Cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. **Model stock purchase agreement with commentary**. Volume I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010, p. 53 seq.
[65] Em Nova Iorque: NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Andrews. Partes: Stanton v. Miller. 22 de setembro de 1874. New York State Reporter n. 58, p. 192-204, p. 201; NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Rosenman. Partes: Alexander v. Quality Leather Goods Corp. New York County, 7 de fevereiro de 1934. Miscellaneous Reports n. 150, p. 577-582, p. 579. Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Traynor. Partes: Osborn v. Osborn. 01 de março de 1954. California Reports 2d n. 42, p. 358-376, p. 363. Em Delaware: DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Duffy. Partes: Norton v. Digital Applications, Inc. 14 de março de 1973. Atlantic Reporter 2d n. 305, p. 656-661, p. 660.
[66] Em Nova Iorque: NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Crane. Partes: Farago v. Burke. 11 de julho de 1933. New York State Reporter, n. 262, p. 229-233, p. 233; NOVA IORQUE. Corte Distrital de Nassau. Juiz: J. Abe M. Lerner. Partes: Menkis v. Whitestone Savings & Loan Ass'n. 31 de maio de 1974. Miscellaneous Reporter 2d n. 78, p. 329-332, p. 331. Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Works. Partes: McDonald v. Huff. 24 de outubro de 1888. California Reports n. 77, p. 279-283, p. 282. Em Delaware: DELAWARE. Suprema Corte. Relator: J. Duffy. Partes: Pathe Industries, Inc. v. Cadence Industries Corp. 02 de janeiro de 1981. Atlantic Reporter 2d n. 425 p. 952-957, p. 955.
[67] Cf. CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Partes: Cannon v. Handley. 16 de março de 1887. California Reports 4th n. 72, p. 133-145, p. 140; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Traynor. Partes: Osborn v. Osborn. 01 de março de 1954. California Reports 2d n. 42, p. 358-376, p. 363; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Ashburn. Partes: Todd v. Vestermark. 24 de outubro de 1956. California Appellate Reports 2d n. 145, p. 374-380, p. 377.
[68] Cf. DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Duffy. Partes: Norton v. Digital Applications, Inc. 14 de março de 1973. Atlantic Reporter 2d n. 305, p. 656-661, p. 660.

Iorque, a questão é controversa, com decisões em ambas as direções.[69]

I.2.4 Obrigações do agente escrow

Como em qualquer relação obrigacional, as obrigações do agente escrow defluem do contrato. Outras obrigações podem ser extraídas apenas de forma bastante restrita, pois as instruções emitidas no contrato escrow servem para restringir a capacidade de intervenção do agente escrow.[70] No entanto, certas obrigações decorrem do *fiduciary relationship* ou do *agency relationship*. Por exemplo, um dever geral de diligência (*duty of diligence*) é reconhecido na Califórnia[71] e um dever de lealdade (*duty of loyalty*) é reconhecido em Nova York.[72] Em Nova Iorque, o agente escrow também tem o dever de fazer uso produtivo dos valores depositados em escrow[73] e de tomar as medidas necessárias para proteger os interesses da parte com relação ao bem objeto do escrow.[74] Discute-se se o agente escrow deve notificar as partes principais

[69] Seguindo a primeira alternativa: NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Ross. Partes: Marriott Corp. v. Rogers & Wells. 28 de abril de 1981. Appellate Division Reports 2d n. 81, p. 556-558, p. 557; NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. P. Bracken. Partes: McLoughlin v. McLoughlin. 10 de março de 1997. Appellate Division Reporter 2d n. 237, p. 336-337, p. 337; NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Carpinello. Partes: Calcagno v. Drew. 29 de julho de 1999. Appellate Division Reports 2d n. 263, p. 939-941, p. 940. Seguindo a segunda alternativa: NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Andrews. Partes: Stanton v. Miller. 22 de setembro de 1874. New York State Reporter n. 58, p. 192-204, p. 201; NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Hiscock. Partes: Stonehill v. Hastings. 2 de maio de 1911. New York State Reporter n. 202, p. 115-122, p. 121; NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Rivera. Partes: Scartozzi v. Scartozzi. 01 de abril de 2008. Appellate Division Reporter 3d n. 50, p. 662-664, p. 663.

[70] Em Nova Iorque: NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Walter M. Schackman. Partes: National Union Fire Insurance v. Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn. 2 de Agosto de 1994. Miscellaneous Reporter 2d n. 165, p. 539-553, p. 545; NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Richard D. Simons. Partes: Entertainment & Amusements of Ohio, Inc. v. Barnes. 21 de fevereiro de 1966. Miscellaneous Reports 2d n. 49, p. 316-319, p. 318. Em Delaware: DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Strine. Partes: Fasciana v. Elec. Data Sys. Corp. 27 de fevereiro de 2003. 2003 Del. Ch. LEXIS 19, p. 1-41, nota de rodapé n. 44 ("in essence, an escrow agent is agent to the terms of the escrow contract"). Na Califórnia, essa visão restritiva pode ser extraída da teoria da *agência limitada.* Por exemplo, o agente escrow em *Blackburn v. McCoy* (CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Hahn. Partes: Blackburn v. McCoy. 30 de outubro de 1934. California Appellate Reports 2d n. 1, p. 648-660) não estava obrigado a revelar o preço da primeira compra ao segundo comprador, porque tal obrigação não estava contida nas instruções do contrato escrow.

[71] Cf. CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Gibson. Partes: Rianda v. San Benito Title Guarantee Co. 21 de abril de 1950. California Reports 2d n. 35, p. 170-175, p. 173 (com base na relação de agência); CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Coughlin. Partes: Spaziani v. Millar. 02 de maio de 1963. California Appellate Reports 2d n. 215, p. 667-685, p. 682 (com base tanto no *fiduciary relationship* quanto na relação de agência).

[72] Veja-se, ambos baseados no *fiduciary relationship*: NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Townley. Partes: Bardach v. Chain Bakers, Inc. 30 de outubro de 1942. Appellate Division Reports 2d n. 265, p. 24-27, p. 27; NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Mangano. Partes: Director Door Corp. v. Marchese & Sallah, P. C. 17 de fevereiro de 1987. Appellate Division Reports 2d n. 127, p. 735-737, p. 737.

[73] Cf. NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Goldstein. Partes: Takayama v. Schaefer. 02 de março de 1998. Appellate Division Reporter 2d n. 240, p. 21-29, p. 28.

[74] Cf. NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Lazer. Partes: Grinblat v. Taubenblat. 22 de janeiro de 1985. Appellate Division Reports 2d n. 107, p. 735-736, p. 736; NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Walter M. Schackman. Partes: National Union Fire Insurance v. Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn. 2 de Agosto de 1994. Miscellaneous Reporter 2d n. 165, p. 539-553, p. 551.

sobre fatos relacionados ao escrow. Em Nova Iorque, a jurisprudência reconhece essa obrigação ao menos em casos de atos eivados de dolo;[75] na Califórnia, a jurisprudência não é unívoca.[76]

I.2.5 Descaminho do bem objeto do escrow

Esta breve apresentação das características mais importantes do contrato escrow no direito norte-americano finaliza com o tratamento dispensado ao caso de destinação do bem para outras finalidades pelo agente escrow na jurisprudência de Nova Iorque e da Califórnia. Como ele atua no interesse de ambas as partes principais e a mudança na titularidade ou propriedade do bem objeto do escrow exige pelo menos a ocorrência da *condition*, o descaminho prejudica a parte que era a titular ou proprietária do bem naquele momento.[77] Antes da mudança de titular, o descaminho prejudica, portanto, o depositante; e, depois, o beneficiário.

I.2.6 Conclusão

A partir da análise dos traços principais do contrato escrow no direito norte-americano, pode-se concluir que o contrato escrow é um tipo especial do processamento do adimplemento de uma obrigação por meio de um terceiro que cumpre três funções principais. A saber: (1) impede faticamente qualquer ato de disposição sobre o bem durante o período do escrow; (2) aumenta a probabilidade de correto cumprimento do contrato, por meio do envolvimento de um terceiro de confiança nesse processo; e (3) garante que a obrigação do negócio principal seja cumprida, por meio do repasse do bem objeto do escrow, somente sob certas condições.

---

[75] Vide NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Townley. Partes: Bardach v. Chain Bakers, Inc. 30 de outubro de 1942. Appellate Division Reports 2d n. 265, p. 24-27, p. 27; NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Mangano. Partes: Director Door Corp. v. Marchese & Sallah, P. C. 17 de fevereiro de 1987. Appellate Division Reports 2d n. 127, p. 735-737, p. 737.

[76] Afirmando o dever de notificar: CALIFÓRNIA. Suprema Corte. Relator: J. Traynor. Partes: Amen v. Merced County Title Co. 9 de outubro de 1962. California Reports 2d n. 58, p. 528-535, p. 534; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Coughlin. Partes: Spaziani v. Millar. 02 de maio de 1963. California Appellate Reports 2d n. 215, p. 667-685, p. 684. Negando tal dever: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Hahn. Partes: Blackburn v. McCoy. 30 de outubro de 1934. California Appellate Reports 2d n. 1, p. 648-660, p. 655; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Ashburn. Partes: Bice v. Stevens. 18 de outubro de 1955. California Appellate Reports 2d n. 136, p. 368-381, p. 380; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Gargano. Partes: Lee v. Title Insurance & Trust Co. 18 de julho de 1968. California Appellate Reports 2d n. 264, p. 160-164, p. 163 (com a justificativa de que um dever de notificar criaria um dilema para o agente escrow, pois ele poderia ser responsabilizado por falta de notificação, por um lado, e não ter certeza absoluta da veracidade das informações, por outro).

[77] Em Nova Iorque: NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. J. Irwin Shapiro. Partes: Asher v. Herman. Queens County, 8 de março de 1966. Miscellaneous Reports 2d n. 49, p. 475-479, p. 478; NOVA IORQUE. Corte Civil da Cidade de Nova Iorque. Juiz: J. William Kapelman. Partes: Doherty v. Elskamp. 3 de julho de 1968. Miscellaneous Reports 2d n. 58, p. 653-654. Na Califórnia: CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Richards. Partes: Shreeves v. Pearson. 01 de novembro de 1924. California Reports n. 194, p. 699-712, p. 711; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. P. Cary. Partes: Crum v. City of Los Angeles. 17 de dezembro de 1930. California Reports 4th n. 110, p. 508-517, p. 514; CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Bray. Partes: Pagan v. Spencer. 05 de junho de 1951. California Appellate Reports 2d n. 104, p. 588-594, p. 590.

Nos três estados norte-americanos analisados, o contrato escrow desempenha essas funções por meio de três mecanismos jurídicos. De forma espelhada aos três itens acima: (1) transmissão da posse (*relinquishment* e *irrevocability*); (2) subordinação a uma relação fiduciária (*fiduciary relationship*) e/ou de agência (*agency relationship*); e (3) condição (*condition*). A transferência da posse para o agente escrow, combinada com a proibição de sua devolução por parte do agente escrow, impossibilita a prática de atos de disposição pelo depositante e, consequentemente, impede que as partes principais disponham do bem. A imposição de deveres fiduciários e de lealdade ao agente escrow no âmbito de uma relação de *trust*, fidúcia ou agência com ambas as partes principais garante que o agente escrow atuará apenas de modo a garantir os interesses de ambas as partes no negócio principal. Por fim, o implemento da condição firma a existência dos pré-requisitos que justificam a execução do negócio principal e, assim, elimina o risco de oferecimento da prestação antes de receber a contraprestação.

I.3. Recepção do contrato escrow na Alemanha e no Brasil. Curso da investigação

A Alemanha dispõe de uma praxe estabelecida de processar o adimplemento de obrigações por meio de terceiros, em especial por meio de contas de depósito notariais em transações imobiliárias.[78] As funções supramencionadas do contrato escrow no direito norte-americano se encaixam facilmente no instituto jurídico do direito alemão denominado *Treuhand* (similar ao negócio fiduciário no Brasil, como será demonstrado ao longo deste trabalho), não sendo de espantar que os manuais de M&A alemães qualifiquem usualmente a conta escrow como uma conta fiduciária (*Treuhandkonto*).[79] Para o jurista alemão, os termos "contrato escrow" e "conta escrow" são até mesmo supérfluos, pois ele pode mais facilmente lidar com as mesmas questões

[78] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, n. 4; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, n. 2 ("A guarda e entrega de dinheiro, títulos e objetos de valor é há muito tarefa dos notários" – tradução livre).

[79] Por exemplo: MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022, §48, n. 136; SEIBT, Christoph H.: **Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2011, C.II.2, n. 47; BECKER, Johannes; VOß, Johannes. Muster 1, cap. II.5.g-II.9.f.gg. *in*: KNOTT, Hermann J. **Unternehmenskauf**. 5ª ed. Colônia: RWS Verlag 2017, n. 952 seq.; LIPS, Jörg. Vertragsgestaltung und Verhandlung. *in*: HETTLER, Stephan; STRATZ, Rolf-Christian; HÖRTNAGL, Robert (orgs.). **Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2013, § 3, n. 183 seq.; VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Cap. I, 9, a), bb), n. 3; HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische Nebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, Cap. IV.5, n. 2 (contrato de *Treuhand*); TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 166 (acordo de *Treuhand*).

jurídicas recorrendo à doutrina da *Treuhand*. A doutrina alemã a discute intensamente há bastante tempo,[80] de modo que o aplicador do direito tem à sua disposição uma elaboração jurídica sólida, mesmo que várias questões relacionadas à *Treuhand* sejam controversas. Além disso, o legislador alemão e certas autoridades alemãs de supervisão profissional de advogados, advogados de patentes, assessores fiscais e auditores contábeis (*Bundesrechtsanwaltskammer, Patentanwaltskammer, Bundessteuerberaterkammer* e *Wirtschaftsprüferkammer*) já regulamentaram certas situações de fato corriqueiras de processamento do adimplemento de dívida por meio de terceiros, de modo que a celebração do contrato mais geral de *Treuhand* pode ser substituída pela celebração do contrato típico previsto em tais normativas ou complementada por tais regulamentações. Exemplo mais relevante desse fenômeno é o depósito notarial dos §§ 57 e seq. BeurkG.

O jurista alemão vê o contrato escrow mais como uma simples terminologia em inglês para um tipo talvez diferenciado de *Treuhand*, mas ainda assim apenas uma *Treuhand*. Isso permite tanto a qualificação do contrato escrow conforme ao sistema jurídico, quanto a estruturação de transações com base em institutos jurídicos propriamente domésticos, de que é exemplo a prática recorrente de indicar notários para a função de agente escrow.[81]

A despeito disso, a investigação de contratos escrow na Alemanha não é desprovida de importância. Em certas situações, como no escrow de software, são nomeados como agentes escrow agentes de mercado que não estão sujeitos às regras da BeurkG ou às regras de supervisão profissional anteriormente mencionadas. A análise de como as normas relativas à *Treuhand* podem ser adaptadas ou concretizadas de acordo com as peculiaridades do contrato escrow justifica-se, portanto.

No Brasil, o uso dos contratos escrow era insignificante até algumas décadas atrás. Sua utilização aumentou devido à influência da prática anglo-saxã de M&A e se espalhou do âmbito de M&A para outros setores de negócios, como transações imobiliárias e de crédito. Na ausência de uma praxe pré-estabelecida, os operadores do direito mais ou menos simplesmente

---

[80] A *Treuhand* tem sido objeto de debate acadêmico na Alemanha desde, pelo menos, o século XIX, quando se começou a levantar a exceção de simulação contra a realização de vendas para fins de garantia e endossos de títulos de crédito para fins de cobrança. Veja-se uma análise histórica em LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 2.

[81] Para maiores referências sobre o envolvimento de notários como agente escrow, veja-se, por exemplo: BECKER, Johannes; VOß, Johannes. Muster 1, cap. II.5.g-II.9.f.gg. *in*: KNOTT, Hermann J. **Unternehmenskauf**. 5ª ed. Colônia: RWS Verlag 2017, n. 949, 952; MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022, § 48, n. 136; VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Cap. I, 9a)b, n. 3.

reproduziram o instituto anglo-saxão sem um trabalho de adaptação cuidadoso aos institutos jurídicos nacionais. Isso pode ser observado, por exemplo, no pequeno número de trabalhos jurídicos sobre o assunto[82] e na falta de menção, nos contratos escrow brasileiros, a institutos jurídicos nacionais capazes de desempenhar as funções típicas do escrow.

Dessa forma, o jurista brasileiro tende a ver o contrato escrow como um fenômeno especial ou como uma forma híbrida do contrato de depósito.[83] A importância do presente estudo é óbvia: a categorização correta nos institutos do direito brasileiro e o desenvolvimento de normas jurídicas correspondentes não apenas servem à segurança jurídica, mas também ao desenvolvimento do instituto do contrato escrow.

A forma como o contrato escrow foi acomodado em um ordenamento jurídico da tradição romano-germânica, como o ordenamento alemão, fornece objeto de comparação apropriado para o propósito desta tese de doutorado. A seguir, examinaremos como dois sistemas jurídicos da família romano-germânica internalizam a acentuada marca anglo-saxã do contrato escrow. Metodologicamente, essa tarefa deve ser realizada primeiramente com a identificação dos institutos jurídicos que cumprem as funções do contrato escrow nos direitos alemão e brasileiro. Com base nesses resultados, serão elaboradas soluções para questões específicas do contrato escrow.

Esta tese está dividida em quatro partes. Após esta introdução (Capítulo I), as características do contrato escrow em geral serão analisadas à luz dos sistemas jurídicos alemão e brasileiro (Capítulo II). Na sequência, o Capítulo III aplica os resultados dessa análise especificamente à manifestação típica do contrato escrow em transações de M&A. O Capítulo IV, por fim, resume os principais resultados desta investigação.

---

[82] Nesse contexto, dois trabalhos acadêmicos sobre os aspectos jurídicos dos contratos escrow devem ser mencionados, a saber, a dissertação de mestrado de *Kayo* sobre contas escrow e o artigo de *Silva Neto*, o qual, porém, trata mais de aspectos tributários das transações de compra e venda de participação societária (vide bibliografia ao final). Incidentalmente encontram-se menções esparsas ao contrato escrow em capítulos de livros, como, por exemplo MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 seq.; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48 seq.; BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318 seq.; COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 363 seq.

[83] Por exemplo, SILVA NETO, Antônio Carlos da. O contrato de compra e venda de quotas e a escrow account. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 3 (2017), v. 4, p. 183-216, p. 202 seq. (contrato de depósito); MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182, 184 (contrato de depósito acessório no contexto de uma coligação contratual); KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019, p. 66 seq. (contrato misto).

PARTE 2: O CONTRATO ESCROW EM GERAL

Esta parte trata dos traços básicos que estão presentes em todas as relações jurídicas de escrow. A concretização e a adaptação desses traços básicos gerais ao escrow de M&A são o tema da terceira parte. Em cada capítulo desta parte, primeiro será apresentado como o contrato escrow é implementado, do ponto de vista técnico-jurídico, no direito alemão. Onde couber, serão feitas sugestões para o correto tratamento dos contratos escrow na Alemanha. Em seguida, o mesmo será feito no direito brasileiro.

II.1 Descrição do contrato escrow

O contrato escrow não tem sua própria tipificação legal nem na Alemanha nem no Brasil. Portanto, não se pode falar em um conceito de escrow. O objetivo deste capítulo é o de explanar as características comuns de uma prática estabelecida no tráfico jurídico, o qual sói aparecer sob a rubrica "escrow". Isso deve ser diferenciado de situações como o depósito notarial e a custódia de dinheiros de terceiros por advogados, advogados de patentes, assessores tributários e auditores contábeis na Alemanha. Essas formas de processamento do adimplemento de uma dívida por meio de terceiros só ocorrem em determinadas áreas e a elas se aplicam normas jurídicas diferentes.[84]

II.1.1 Alemanha

Os contratos escrow são usados na Alemanha principalmente em transações de licenciamento de software e de compra de participação societária. Em contratos de licenciamento de software, o escrow protege o usuário contra a potencial incapacidade do desenvolvedor do software de prestar manutenção, oferecer atualizações ou suporte técnico ao usuário, em situações como a insolvência do desenvolvedor. O desenvolvedor do software deposita o código-fonte e respectivas atualizações junto a um agente escrow, o qual se compromete a custodiá-lo e a entregá-lo ao usuário nos casos especificados em contrato.[85] Em aquisições de participação societária, o escrow serve para garantir as pretensões das partes do contrato de aquisição (pretensão do vendedor ao preço, bem como pretensões do comprador decorrentes de, por exemplo, obrigações de garantia) por meio do depósito junto ao agente escrow de uma parcela retida do

[84] Mais sobre essa distinção abaixo, Cap. II.4.1.2.1.
[85] Cf. AUER-REINSDORFF, Astrid; KAST, Christian R.; DRESSLER, Maximilian. § 38 IT in der Insolvenz, Escrow. *in*: AUER-REINSDORFF, Astrid; CONRAD, Isabell (coords.). **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 38, n. 59 seq.

preço de compra.[86]

Normalmente, a doutrina parte do pressuposto de que se trata de uma *Treuhand*, sem, contudo, fornecer uma definição para o contrato escrow.[87] As poucas definições apontam em maior ou menor medida para os mesmos traços distintivos. *Timmerbeil* e *Pfeiffer* descrevem o contrato escrow em M&A como uma *Treuhand* trilateral, na qual um terceiro neutro (geralmente um banco ou um notário) administra o valor depositado em conta escrow no interesse de ambas as partes do contrato de compra e venda.[88] *Auer-Reinsdorff*, *Kast* e *Dressler* descrevem o escrow de software como o depósito do código-fonte juntamente com a documentação respectiva pelo fornecedor do software junto a um agente escrow independente, que o mantém sob custódia e o libera para o usuário do software em determinados casos regulados contratualmente.[89] Na concepção de *Kast*, *Meyer* e *Wray,* o escrow de software é um contrato, por meio do qual a empresa desenvolvedora do software se compromete a depositar o código-fonte perante um terceiro neutro, e o usuário do software adquire o direito à liberação do código-fonte

[86] Não se pode negar que os interesses de garantia do comprador predominem no contrato escrow, e talvez por essa razão muitos manuais de M&A referem-se apenas à garantia das pretensões do comprador (por exemplo, KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. **Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, p. 96; LIPS, Jörg. Vertragsgestaltung und Verhandlung. *in*: HETTLER, Stephan; STRATZ, Rolf-Christian; HÖRTNAGL, Robert (orgs.). **Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2013, § 3, n. 181; VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Cap. I, 9, a), bb), n. 3). No entanto, o vendedor também é garantido pelo depósito em uma conta escrow, pois a parcela retida do preço sai da posse do comprador e passa às mãos de um terceiro neutro. Para a disposição de interesses típica das partes principais em uma transação de M&A, vide supra cap. I.1.

[87] Por exemplo: NEUHAUS, Martin; KIEM, Roger. Grundelemente einer Kaufpreisregelung. *in*: KIEM, Roger (org.). **Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 4, n. 59; MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022, § 48, n. 136; VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, cap. I, 9a)bb), n. 3; SEIBT, Christoph H.: **Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2011, C.II.2, n. 47; BECKER, Johannes; VOß, Johannes. Muster 1, cap. II.5.g-II.9.f.gg. *in*: KNOTT, Hermann J. **Unternehmenskauf**. 5ª ed. Colônia: RWS Verlag 2017, n. 952 seq.; LIPS, Jörg. Vertragsgestaltung und Verhandlung. *in*: HETTLER, Stephan; STRATZ, Rolf-Christian; HÖRTNAGL, Robert (orgs.). **Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2013, § 3, n. 188; HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische Nebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, IV.5, n. 2; WITTE, Jürgen; BULTMANN, Britta. Materiell-rechtliche und prozessuale Probleme beim Unternehmenskauf am Beispiel der vertraglich vereinbarten Kaufpreiszahlung auf ein Treuhandkonto (Escrow Account). **Betriebs-Berater**, Frankfurt am Main, 2005, p. 1121-1125, p. 1121.

[88] Vide TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 166.

[89] Vide AUER-REINSDORFF, Astrid; KAST, Christian R.; DRESSLER, Maximilian. § 38 IT in der Insolvenz, Escrow. *in*: AUER-REINSDORFF, Astrid; CONRAD, Isabell (coords.). **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 38, n. 59.

mediante a implementação de certas condições acordadas.[90] Outras descrições similares podem ser encontradas em outras fontes doutrinárias nessa área de escrow de software.[91]

Conhece-se na Alemanha tanto o contrato escrow trilateral quanto, especialmente no setor de tecnologia da informação, o bilateral. Em um contrato trilateral ("situação contratual clássica"), o desenvolvedor do software, o usuário do software e o agente escrow concluem o contrato e uma relação direta é estabelecida entre os três. Em um escrow bilateral – que deve ser qualificado como uma estipulação em favor de terceiro – o desenvolvedor do software celebra o contrato apenas com o agente escrow, o qual fica autorizado a entregar o código-fonte ao usuário, e este último entra em acordo com o desenvolvedor quanto a esse direito no negócio principal. Na última situação, o usuário pode solicitar o código-fonte diretamente ao agente escrow sem estar diretamente ligado a ele por contrato.[92] A conformação em contrato bilateral pode ser usada como contrato-quadro entre um tomador primário dos serviços e o agente escrow, com a possibilidade de a terceira parte aderir ao escrow em momento posterior. Isso reduz o tempo de negociação, bem como custos e revisões de contrato, sobretudo quando o licenciante deposita o código-fonte em benefício de um grande número de clientes.[93]

Das descrições típicas acima podem ser extraídas as seguintes características essenciais do contrato escrow: (1) um bem é depositado junto a um agente escrow neutro;[94] (2) o agente escrow se compromete a entregar o bem somente nos casos especificados no contrato. Duas outras características não explícitas também podem ser extraídas a partir da lógica interna

---

[90] Cf. KAST, Christian R.; MEYER, Stephan; WRAY, Bea. Software Escrow. **Computer und Recht**, Colônia, 2002, p. 379-386, p. 379 e 381.

[91] Por exemplo, BÖMER, Roland. "Hinterlegung" von Software. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 1998, p. 3321-3324, p. 3321 seq.; HOEREN, Thomas. Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen. **Computer und Recht**, Colônia, 2004, p. 721-724, p. 721; GRÜTZMACHER, Malte. Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht? Die Welten zwischen Mannheim und Karlsruhe. **Computer und Recht**, Colônia, 2006, p. 289-296, p. 289 seq.; SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, cap. 5.L, n. 29 seq.

[92] Cf. AUER-REINSDORFF, Astrid; KAST, Christian R.; DRESSLER, Maximilian. § 38 IT in der Insolvenz, Escrow. *in*: AUER-REINSDORFF, Astrid; CONRAD, Isabell (coords.). **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 38, n. 96 seq.; SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, cap. 5.L, n. 99.

[93] Cf. PETERS, Stephan. Teil 12 – Digital Escrow. *in*: LEUPOLD, Andreas; WIEBE, Andreas; GLOSSNER, Silke. **IT-Recht**. 4ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, n. 43 seq. Veja-se também: SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, cap. 5.L, n. 35 seq.

[94] Embora a prática alemã também reconheça escrows de software, nos quais o código-fonte fica depositado junto ao próprio usuário do software (vide GRÜTZMACHER, Malte. Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht? Die Welten zwischen Mannheim und Karlsruhe. **Computer und Recht**, Colônia, 2006, p. 289-296, cap. II.1), é de se duvidar que essa construção realmente constitua um contrato escrow. Uma característica decisiva do escrow é o ganho em segurança por meio do envolvimento de um terceiro em quem as partes principais depositam sua confiança.

dessas descrições típicas: (3) as partes principais não podem e não conseguem dispor do objeto durante o prazo do contrato; e (4) o contrato escrow está atrelado a um negócio principal, cuja garantia e adimplemento ele efetua. Essas características correspondem em larga medida às do contrato escrow do direito norte-americano.[95]

II.1.2 Brasil

Conforme já adiantado, os contratos escrow no Brasil são usados principalmente nos segmentos de crédito, transações imobiliárias e transações de M&A. Na área de crédito, o mutuário cede recebíveis ou títulos ao mutuante para fins de garantia, com o acordo de que o mutuário deve providenciar para que os devedores paguem exclusivamente em uma conta escrow. O agente escrow é o próprio banco que abre e opera a conta escrow e só libera recursos da conta quando determinadas condições ocorrerem, normalmente a inadimplência ou a emissão de uma instrução conjunta pelas partes principais.[96] Em transações imobiliárias, parte do preço é paga em uma conta escrow, onde é mantida para garantia de pretensões relacionadas a vícios do imóvel ou dívidas relacionadas ao imóvel. O agente escrow aqui é também o próprio banco, no qual a conta é aberta. Pré-requisito para liberação do valor é normalmente a inexistência de tais pretensões, a persecução de uma dívida que pesa sobre o imóvel ou a emissão de uma instrução conjunta das partes principais.[97] Nas transações de M&A, o contrato escrow é usado da maneira já explicada acima.[98] Como o próprio banco junto ao qual se abre a conta é o agente escrow nessas três situações, o contrato escrow é geralmente celebrado como um contrato tripartite de abertura de conta corrente.[99] Esse contrato contém restrições relativas a movimentações da conta e determinadas instruções relativas ao manuseio do valor (por exemplo, investimentos permitidos). O titular da conta geralmente é uma das partes principais isoladamente.

As descrições de contratos escrow são escassas na doutrina brasileira. Digna de menção é a descrição de *Silva Neto*, segundo a qual as partes principais depositam um bem (geralmente dinheiro) junto a um terceiro que se compromete a custodiar o bem e a devolvê-lo de acordo com as disposições do contrato escrow. O valor depositado, portanto, funciona como garantia

[95] Para as características do contrato escrow nos Estados Unidos, consulte o cap. I.2 acima.
[96] Exemplificativamente, veja-se os contratos no Apêndice 1.
[97] Exemplificativamente, veja-se os contratos no Apêndice 2.
[98] Consulte-se a introdução ao cap. III e os exemplos de contratos no Apêndice 3.
[99] Cf. KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019, p. 27.

tanto para o comprador quanto para o vendedor.[100] Também vale mencionar a descrição trazida por *Kayo,* para quem a conta escrow seria um depósito com função de garantia e só poderia ser movimentada pelo banco de acordo com as disposições do contrato escrow.[101] Já *Oliva* ressalta que o contrato de depósito típico pode cumprir uma função de garantia, se as partes depositarem o bem junto a um terceiro e o instruírem a repassá-lo ou devolvê-lo apenas sob certas condições.[102] Por fim, *Marino* enfatiza a natureza acessória e a inclusão do contrato escrow em uma coligação contratual.[103_104]

O contrato escrow também pode ser estipulado no Brasil na forma de um contrato bilateral, que funciona então como uma estipulação em favor de terceiro.[105] Isso geralmente ocorre em transações de *project finance*. O dono da obra indica um terceiro neutro para transferir valores para o empreiteiro, subempreiteiros e prestadores de serviços externos que não são partes do contrato escrow.[106]

As descrições acima são essencialmente coincidentes e possibilitam a identificação das seguintes características essenciais do contrato escrow no Brasil: (1) um bem fica depositado com um agente escrow neutro; (2) o agente escrow se compromete a repassar ou devolver o bem somente se a condição especificada no contrato se implementar; e (3) esse procedimento garante o cumprimento de uma obrigação decorrente do negócio principal. Uma quarta característica implícita nessas descrições deve ser mencionada, a saber, que (4) o contrato escrow impede a prática de atos de disposição sobre o bem objeto do escrow.

---

[100] Cf. SILVA NETO, Antônio Carlos da. O contrato de compra e venda de quotas e a escrow account. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 3 (2017), v. 4, p. 183-216, p. 202 seq., 205 seq.

[101] Cf. KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019, p. 28.

[102] Cf. OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

[103] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 seq.

[104] Descrição semelhante se encontrava no art. 38, inc. VII, 'b)' da revogada Instrução CVM n. 356/2001. A nova Instrução CVM, que entrou em vigor em 2 de outubro de 2023, contém terminologia semelhante em seu art. 2º, inc. VII, de seu Anexo II, porém sem o termo "conta escrow", como na anterior Instrução CVM n. 356/2001, mas com o termo "conta-vinculada".

[105] *Botrel* classifica erroneamente o contrato escrow que frequentemente surge em transações de M&A como um contrato em favor de terceiros (BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318). O fato de as partes do contrato escrow serem, como agente escrow, o banco e, como partes principais, o comprador e o vendedor já evidencia tratar-se de um contrato trilateral nessa usual conformação do escrow.

[106] Cf. KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019, p. 74 seq.

II.1.3. Descrição própria

As descrições acima mostram que sob a terminologia "contrato escrow" surge uma variedade de situações em diferentes áreas de negócios. No entanto, características comuns podem ser divisadas em ambos os países, as quais podem ser condensadas na seguinte descrição:

> "*um contrato bi ou trilateral, por meio do qual o devedor (ou o devedor juntamente com o credor) nomeia um terceiro imparcial e independente para receber, custodiar e repassar ou devolver, observadas certas condições, um bem pertencente ao devedor ou em posse do devedor, sendo que qualquer possibilidade de dispor do bem ou de transferir a posse é impossibilitada, a fim de garantir e processar o cumprimento de uma obrigação preexistente do devedor*".

A descrição proposta aqui contém as características que correspondem aos contratos escrow típicos no tráfego negocial e são suficientes para distingui-los frente a figuras semelhantes. Este trabalho tomará por base sempre o contrato escrow trilateral, porque é o caso mais comum em transações de M&A.

II.2 Características essenciais do contrato escrow

As características essenciais de um contrato escrow, que podem ser extraídas da descrição acima, podem ser reformuladas da seguinte forma: (i) entrega (isto é, repasse ou devolução) condicional do bem ao Legitimado; (ii) impedimento à prática de atos de disposição sobre o bem objeto do escrow ou transmissão da posse sobre ele; (iii) independência e imparcialidade (neutralidade) do agente escrow; e (iv) finalidade de garantia e processamento do cumprimento de uma obrigação pré-existente do devedor. Essas características são analisadas individualmente a seguir.

II.2.1 Entrega condicional do bem objeto do escrow

O contrato escrow objetiva alcançar um estado de coisas final, o qual só se concretiza quando o bem objeto do escrow é repassado ou devolvido ao Legitimado. O bem permanece com o agente escrow apenas temporariamente. Em contraste com o depósito (§ 688 BGB; Art. 627 CC), a custódia do bem não é a atividade-alvo do agente escrow; a custódia temporária é apenas o meio técnico para atingir um estado final de coisas.

A custódia em escrow está vinculada à premissa de que a entrega do bem está sujeita à

implementação de certas condições contidas no próprio contrato escrow. Nenhuma parte principal pode exigir a entrega do bem antes do cumprimento ou da falha de tais condições. Adiante será demonstrado que essas condições configuram condições propriamente ditas (geralmente suspensivas) nos termos do § 158 BGB e art. 121 CC. Essa categorização é importante não apenas para a proteção do Legitimado contra atos de disposição no período interimístico (§ 161 BGB; art. 126 CC), mas também para a distribuição dos frutos gerados durante esse período, de acordo com os efeitos retroativos da condição (§ 159 BGB; art. 126 CC). Mais importante ainda, a condição estrutura a relação jurídica de escrow em sua totalidade: nenhuma parte principal pode exigir a entrega do bem ou dele dispor na fase de pendência da condição, porque a pretensão à entrega do bem ainda não se tornou eficaz, ao menos não completamente. Para os fins desta tese, considerar-se-á que a entrega do bem possa ser exigida de imediato após o cumprimento ou falha da condição do escrow, de modo que, neste momento, surge a pretensão (e não apenas um direito) à entrega do bem – salvo se diversa hipótese for tomada por base no trecho correspondente.

A legitimação ao bem – ou seja, quem tem, ou não, uma pretensão a exigir no negócio principal – é determinada exclusivamente pelo conteúdo do negócio principal, não pelo conteúdo do contrato escrow. Quando o contrato escrow é estruturado de forma lógica, o suporte fático que define o direito do Legitimado no negócio principal é replicado no contrato escrow na forma de uma condição, de modo que o repasse ou a devolução do bem objeto do escrow reflita essa atribuição de direito.[107] As circunstâncias do negócio principal geralmente não influenciam o desdobramento da relação de escrow; via de regra, esta última é regida segundo seus próprios critérios. Todas as circunstâncias do negócio principal, que se afigurem necessárias para o correto desenvolvimento do cumprimento da obrigação por meio do escrow, devem ser incluídas como uma condição do contrato escrow.

Em um contrato escrow, a condição é sempre estruturada como uma alternativa: uma ou outra parte principal receberá o bem, mas sempre apenas uma delas. Isso se reflete em uma formulação "ou um... ou outro", ou seja, a condição necessariamente será implementada ou

[107] Cf. AUER-REINSDORFF, Astrid; KAST, Christian R.; DRESSLER, Maximilian. § 38 IT in der Insolvenz, Escrow. *in*: AUER-REINSDORFF, Astrid; CONRAD, Isabell (coords.). **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 38, n. 108 seq. ("sincronização" do contrato de licenciamento de software com o contrato de "depósito"). No depósito notarial, os requisitos para desembolso dos valores normalmente refletem o que teria de ocorrer no caso de um pagamento direto, cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, BeurkG § 57, n. 72; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, BeurkG § 57, n. 49.

falhará. Quando se trata de uma condição suspensiva, o implemento da condição normalmente significa que o Beneficiário estará legitimado a receber o bem, e a falha da condição significa que essa legitimação foi conferida ao Depositante.[108] Essa construção garante que apenas uma parte principal receberá o bem objeto do escrow.

II.2.1.1 Alemanha

II.2.1.1.1 Qualificação como condição

Na Alemanha, uma condição é uma cláusula contratual que subordina o início ou a continuação dos efeitos de um negócio jurídico à ocorrência de um evento que, em princípio, é futuro e incerto.[109] A incerteza da condição diz respeito ao "se" (*incertus an*), mas não ao momento da ocorrência do evento, que pode ser certo (*certus quando*) ou incerto (*incertus quando*).[110] O evento que determina o repasse ou a devolução do bem se encaixa perfeitamente nessa definição.[111] A estipulação de um limite de tempo para ocorrência do evento não prejudica a qualificação como condição: o momento até quando o evento pode ocorrer é certo, mas é incerto se ele ocorrerá (*incertus an*) ou o momento exato da ocorrência do evento dentro desse período (*incertus quando*).

---

[108] A mesma formulação "ou um... ou outro" pode ser encontrada na *Treuhand* dupla para fins de garantia do direito alemão, cf. BITTER, Georg. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei besitzlosen Rechten und bei einer (Doppel-)Treuhand am Sicherungsgut. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2015, p. 2249-2259, p. 2256 seq. Para a qualificação do contrato escrow como uma *Treuhand* dupla na Alemanha, vide cap. II.4.1.1.3 abaixo.

[109] Cf. FLUME, Werner. **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992, § 38, 1, a).

[110] Cf. MEDICUS, Dieter; PETERSEN, Jens. Allgemeiner Teil des BGB. 11ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016, n. 828.

[111] Na doutrina de direito notarial, normalmente se evita uma discussão explícita sobre se as condições de desembolso (incl. restituição dos valores) constituem condições suspensivas no sentido do § 158 BGB. Ocasionalmente, essa qualificação é simplesmente tomada como premissa. Assim, por exemplo: PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 83 seq.; PREUß, Nicola. Erfüllungseintritt bei Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Juristische Schulung**, Munique, 1996, p. 103-106, p. 105; DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 18; ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474, p. 471; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 42, 114 (o preenchimento das condições para o desembolso condiciona suspensivamente a eficácia de adimplemento. O autor é da opinião de que a eficácia de adimplemento é desencadeada pelo preenchimento das condições para o desembolso e não pelo desembolso efetivo); REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 212 (o vendedor tem uma pretensão condicional ao desembolso). Uma condição suspensiva também deve ser reconhecida no caso de uma *Treuhand* dupla para fins de garantia de pretensões de empregados contra insolvência do empregador (cf. RÜGER, Schirin. **Die Doppeltreuhand zur Insolvenzsicherung von Arbeitnehmeransprüchen**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2010, p. 192 seq.). Um exame mais detalhado dessa questão foi realizado por *Ganter*, com resultado semelhante ao posicionamento aqui adotado (vide GANTER, Hans Gerhard. Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 2004, p. 421-437, p. 430 seq.).

Não é o contrato escrow em si que se encontra sob condição, mas a instrução das partes principais para entregar o bem objeto do escrow. Outras instruções podem estar incluídas no contrato escrow, mas a instrução para entrega do bem precisa ser condicional. Se a entrega não fosse condicional, os fins de garantia e adimplemento não poderiam ser atendidos. O direito de emitir instruções é reconhecidamente um direito formativo (*Gestaltungsrecht*),[112] a ser exercido por declaração de vontade receptícia[113] e, portanto, deve ser qualificado como negócio jurídico unilateral ou bilateral.[114] Esse negócio jurídico está submetido a um evento futuro e incerto, que deve, portanto, ser classificado como uma condição. Exemplo de condição em um contrato escrow pode ser visto na instrução de transferir o preço de compra para o vendedor de um imóvel apenas após o recebimento das chaves.

A definição de que o valor em uma conta escrow seja transferido somente mediante emissão de instruções conjuntas das partes principais também deve ser qualificada como uma condição. Embora a instrução conjunta integre a instrução geral para entrega do bem objeto do escrow e, portanto, configure exercício de direito formativo, ela também representa um evento futuro e incerto. Pode acontecer de as partes principais não chegarem a um acordo sobre a instrução conjunta, devido a seus interesses contrapostos. Embora a obrigação de entregar o bem já esteja contida no contrato escrow, ela depende de um entendimento entre as partes principais. Esse entendimento é cristalizado na instrução conjunta, que atua então como condição para repasse ou devolução do bem objeto do escrow.

II.2.1.1.1.1. Inexistência de potestatividade

As formas usuais de contratos escrow contêm uma lícita condição potestativa (*Potestativbedingung*). Potestativa é a condição, quando o evento que a implementa consiste em uma ação ou omissão sujeita à vontade de uma das partes. A vontade está, portanto, vinculada a um

[112] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C: H. Beck, 2021, § 665 BGB, n. 12; RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 665 BGB, n. 19.

[113] Cf. RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 665 BGB, n. 19.

[114] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 665 BGB, n. 6.

evento objetivo.[115] Ela não deve ser confundida com a condição de querer (*Wollensbedingung*), cuja admissibilidade é controversa, pois depende exclusivamente da vontade de uma das partes de querer o negócio.[116] Como a condição do escrow está tipicamente vinculada ao cumprimento de uma obrigação da outra parte principal no negócio principal (como a entrega das chaves no exemplo anterior), o implemento da condição depende, de certa maneira, da vontade de cumprir essa obrigação. Se a condição consistir na outorga de instrução conjunta pelas partes principais, cada parte principal poderia, teoricamente, impedir a entrega do bem objeto do escrow simplesmente recusando-se a assinar a instrução. No entanto, a condição não se torna em virtude disso uma condição de querer, porque a aposição da assinatura às instruções geralmente não pode ser recusada arbitrariamente. A condição no contrato escrow normalmente reflete o curso dos acontecimentos no negócio principal. Na maioria dos casos, a parte principal renitente estará obrigada a assinar a instrução, segundo os termos do negócio principal. A declaração de vontade estará, portanto, vinculada a um evento objetivo.

II.2.1.1.1.2 Formação de um direito expectativo

Durante o período interimístico, o Beneficiário condicional tem apenas a expectativa de adquirir ou perder um direito, ou de ser liberado de um ônus, quando a condição ocorrer. Essa situação é apenas temporária e só é decidida de forma definitiva quando a condição é realizada ou falha. No direito alemão, essa perspectiva é chamada de expectativa (*Anwartschaft*). Uma posição jurídica que se encontra garantida, em que pese dependente de certas circunstâncias, adquire sua autonomia e torna-se o chamado direito expectativo (*Anwartschaftsrecht*).[117] Essa posição jurídica decorre do fato de a transação não poder mais ser impedida unilateralmente pela parte de quem se está a adquirir o direito e de o sistema jurídico garantir a aquisição do direito quando a condição se materializar.[118] De acordo com a famosa fórmula do BGH, o direito expectativo pode ser definido da seguinte forma: "*tantos dos requisitos de formação de*

[115] Cf. FLUME, Werner. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992, p. 684; WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 158 BGB, n. 19.
[116] Cf. FLUME, Werner. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992, § 38, 2, d); WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 158 BGB, n. 21 seq.
[117] Cf. BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, Vorb. § 158 BGB, n. 53.
[118] Cf. FLUME, Werner. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992, p. 702.

um direito já tenham sido realizados que se possa falar de uma posição jurídica assegurada do adquirente, que a outra parte envolvida na formação desse direito não possa mais impedi-la por meio de declaração unilateral" (tradução livre).[119] No entanto, se a ocorrência da condição depender do comportamento da outra parte, há uma expectativa, mas não um direito expectativo, porque essa posição jurídica ainda pode ser obstaculizada unilateralmente.[120] A elevação da posição jurídica da parte, que está sujeita a condição suspensiva, ao nível de direito expectativo tem relevância prática, pois confere a essa posição jurídica um certo grau de autonomia, embora não constitua um direito obrigacional ou real "pleno" durante o período interimístico. Assim, a transferibilidade, a penhorabilidade e a proteção do direito expectativo frente à contraparte são reconhecidas no direito alemão.[121]

Não é possível responder de maneira genérica, se o contrato escrow criará sempre um direito expectativo para o Beneficiário, pois isso depende da natureza da condição. Em transações de M&A, a pretensão à entrega do bem está tipicamente ligado à revelação de passivos ocultos na sociedade-alvo. Nesse caso, pode-se falar em direito expectativo, pois nenhuma parte principal consegue controlar esse fato unilateralmente. Em um escrow unidirecional (para essa classificação, vide cap. II.3.4 abaixo), no qual o Beneficiário deve fornecer sua contraprestação para poder exigir do agente escrow a entrega do bem, também se pode admitir a existência de um direito expectativo. A situação é diversa, por exemplo, se em um escrow unidirecional a entrega do valor em uma conta escrow depende de o Depositante chegar a um acordo com os titulares de gravames incidentes sobre a coisa objeto da venda para reduzir o montante dos créditos garantidos por tais gravames, de modo que o preço de compra depositado em escrow seja suficiente para satisfazer todos esses créditos.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 6/67 do V Senado Civil, de 18 de dezembro de 1967. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen**, volume 49, p. 197, n. 11 (no original: "*dass von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr durch eine einseitige Erklärung zu zerstören vermag*").

[120] Cf. BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, Vorb. § 158 BGB, n. 54 seq.

[121] Vide com ulteriores referências, BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, Vorb. § 158 BGB, n. 69 seq.

II.2.1.1.2 Efeitos da qualificação como condição sobre a fase interimística

II.2.1.1.2.1. Entrega antecipada

O § 160 BGB estipula que a parte detentora de direito sujeito a condição pode exigir indenização da outra parte, se esta última culposamente frustrar ou prejudicar o direito condicional e a condição vier a se realizar. De acordo com a doutrina predominante, a base legal para esse pedido de indenização não está na violação do direito suspensivamente condicionado, mas na violação de obrigações de lealdade nos termos do § 241(2) BGB (os chamados pré-efeitos do negócio – *Vorwirkungen*), embora também pudesse ser justificada com base na indenização por violação a dever jurídico nos termos do § 280(1) BGB.[122] Nesse sentido, o § 160(1) BGB possuiria apenas natureza declaratória.[123] O mesmo vale para a condição resolutiva, nos termos do § 160(2) BGB. Consequentemente, se o agente escrow entregar o bem prematuramente, ele pode ser responsabilizado por danos, de acordo com as disposições supramencionadas.

II.2.1.1.2.2 Atos de disposição no período interimístico

De acordo com § 159 BGB, a condição não tem efeito retroativo. A condição não tem efeito retroativo real, mas as partes podem obrigacionalmente acordar em se colocarem uma à outra na posição em que estariam, se a condição tivesse ocorrido em um momento anterior.[124] Esse dispositivo abrange tanto negócios jurídicos obrigacionais quanto negócios de disposição.[125] O § 159 BGB é de grande importância prática, no que diz respeito à distribuição das utilidades e ônus entre as partes durante o período interimístico.[126] Mais adiante nesse trabalho, será analisado como esse princípio afeta a distribuição dos frutos gerados pelo bem objeto do escrow durante o período do escrow (cap. II.7.4.3.1).

---

[122] Cf. WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 160 BGB, n. 1 seq.

[123] Cf. WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 160 BGB, n. 3; NEUNER, Jörg. **BGB Allgemeiner Teil**. 12ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 52, n. 46 ("significado de mero esclarecimento").

[124] Cf. FLUME, Werner. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992, § 39, 1.

[125] Cf. REYMANN, Christoph. §§ 158-163 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 159 BGB, n. 4.

[126] Cf. REYMANN, Christoph. §§ 158-163 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 159 BGB, n. 4, 8.

Apesar do princípio de que a condição não tem efeito retroativo, o § 161(1)(2) BGB estipula que, em se tratando de negócio de disposição submetido a condição, quaisquer outras disposições sobre o bem durante o período interimístico são ineficazes, se tais disposições frustrarem ou prejudicarem o efeito sujeito à condição e a condição vier a ocorrer. Portanto, aplica-se o princípio da prioridade.[127] Assim, o direito objeto da disposição condicional, e que foi objeto de disposição sucessiva no período interimístico, vai para o adquirente condicional quando a condição ocorrer; se se tratar de direito sobre uma coisa, o adquirente interimístico deve entregá-la ao primeiro adquirente,[128] ao menos quando a posse do primeiro adquirente for prejudicada. Essencialmente, o § 161 BGB impede disposições pela parte "ainda titular" no período de pendência da condição, desde que a condição realmente se implemente. Trata-se aqui de uma ineficácia absoluta e não apenas relativa, como no caso de proibição de alienação dos §§ 135, 136 BGB.[129] Também são consideradas disposições sucessivas aquelas resultantes de processo de execução, de arresto ou realizadas pelo administrador judicial da falência no período de pendência, as quais, portanto, são ineficazes, de acordo com o § 161(1), frase 2 BGB. Com a implementação da condição, tornam-se ineficazes atos de disposição como, por exemplo, a penhora do bem.[130] O adquirente condicional pode, então, defender sua posição por meio de embargos de terceiro (*Drittwiderspruchsklage*) alegando a existência de um direito capaz de obstaculizar a alienação judicial, na forma do § 771 ZPO.[131] Não é, contudo, abarcada pelo § 161(1), frase 2, BGB a aquisição do bem por terceiro em virtude de ato de soberania estatal, como em um leilão judicial pelo oficial de justiça (*Gerichtsvollzieher*), porque a aquisição, então, ocorre a título originário.[132] Em qualquer caso, os §§ 160, 161 BGB são norma dispositiva e podem ser afastados pela vontade das partes. Eles apenas complementam a

---

[127] Cf. NEUNER, Jörg. **BGB Allgemeiner Teil**. 12ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 52, n. 51.

[128] Cf. REYMANN, Christoph. §§ 158-163 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 161 BGB, n. 39 seq.

[129] Vide com ulteriores referências, BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 161 BGB, n. 12.

[130] Cf. com ulteriores referências BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 161 BGB, n. 9.

[131] Cf. Com ulteriores referências KELLER, Ulrich. Cap. 1.C. *in*: KELLER, Ulrich (org.). **Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht**. Berlim: Erich Schmidt Verlag, 2024, Cap. 1, n. 633.

[132] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 242/68 do VIII Senado Civil, de 11 de novembro de 1970. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen**, volume 55, p. 20; com ulteriores referências, BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 161 BGB, n. 9

normativa do período de pendência de maneira compatível com a vontade das partes.[133]

As normas atinentes ao período interimístico já fornecem ao Beneficiário em um contrato escrow uma primeira camada de proteção contra disposições sucessivas. Desde que a condição esteja aposta a um negócio de disposição (e não a um dever de caráter simplesmente obrigacional), pode o Legitimado alegar a ineficácia de quaisquer disposições sucessivas pelo agente escrow ou pela outra parte principal. A proteção mais importante a esse respeito, no entanto, é fornecida pela transmissão da posse direta do bem ou pela transferência da titularidade plena do bem para o agente escrow, conforme será demonstrado no cap. II.2.2.1. Na relação externa do contrato escrow, a classificação como condição é particularmente importante, porque permite considerar ineficazes as penhoras do direito pleno sobre o bem, que venham a frustrar ou prejudicar a pretensão do Legitimado quando a condição ocorrer. A separação entre direito expectativo e direito pleno também possibilita a determinação do direito que se encontra no patrimônio de cada parte principal, o qual pode ser penhorado por terceiros credores seus na fase de pendência.

II.2.1.2 Brasil

II.2.1.2.1 Qualificação como condição

No Brasil, a condição é uma cláusula contratual que sujeita os efeitos de um negócio jurídico à ocorrência de um evento futuro e incerto (art. 121 CC). Relevante para essa categorização é o "se" (*incertus an*) e não o "quando" (*incertus quando*).[134] Também é possível que um determinado evento constitua uma condição se for acrescentado um elemento adicional que torne a ocorrência do evento incerta, por exemplo, a morte de uma pessoa antes de uma determinada data.[135] Nada impede a obrigação de uma parte em um contrato de ser erigida a condição. A cláusula contratual tem, então, um caráter duplo. Por um lado, está sujeita às normas gerais de direito das obrigações, no que diz respeito ao desenvolvimento de deveres; por outro lado, é tratada como uma condição da parte geral do Código Civil. Tais manifestações são

[133] Cf. WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 160 BGB, n. 8.

[134] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 165.

[135] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 450. Segundo *Vicente Ráo*, uma limitação implícita de tempo seria inclusive um componente indispensável de toda condição potestativa (cf. RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 119, c, e).

comumente denominadas "*obrigação-veículo*".[136] A obrigação-veículo não pode, todavia, ficar inteiramente relegada ao arbítrio do devedor, caso contrário, ela poderia configurar uma inadmissível condição puramente potestativa.

As condições para o repasse ou a devolução do bem podem ser subsumidas nessa definição de condição sem maiores dificuldades. A entrega do bem nada mais é do que a execução pelo agente escrow de uma instrução das partes principais. A instrução determina e conforma o desempenho da administração de interesses pelo agente escrow[137] e, nesse sentido, configura exercício de direito formativo. O exercício de direito formativo se dá por declaração unilateral de vontade receptícia,[138] constituindo negócio jurídico unilateral.[139] A qualificação como negócio unilateral explica a grande maioria dos casos, dado que instruções no mais das vezes se originam apenas em um polo da relação jurídica. Se, no entanto, a instrução tiver de contar com a manifestação de polos distintos da relação jurídica com interesses contrapostos, e o encarregado das instruções estiver obrigado a administrar não qualquer interesse de quem outorga a instrução, mas apenas aqueles que estão na intersecção entre as duas esferas de interesse dos outorgantes da instrução, então o exercício do direito formativo não é mais uni, mas sim bilateral, não sendo de forma alguma assegurado que o exercício desse direito formativo logrará êxito. Para contornar essa dificuldade, as partes principais de um contrato escrow emitem a instrução antecipadamente e submetem a eficácia plena da instrução à ocorrência de um evento futuro. A obrigação de entregar o bem já existe em germe, mas sua execução e a definição do credor estão sujeitas à ocorrência desse evento – que deve então ser tratado como uma condição.[140] Embora seja certo que o bem objeto do escrow será repassado ou devolvido, a ocorrência do evento que confere legitimação à respectiva parte principal ao bem é, em si mesma, incerta. Frequentemente se transpõe uma obrigação do negócio principal ao contrato escrow como uma condição. Nesse caso, apenas a faceta de condição da obrigação-veículo é relevante para o contrato escrow; quaisquer consequências obrigacionais da violação da obrigação-veículo

[136] Cf. MARTINS-COSTA, Fernanda. **Execução diferida nos contratos de M&A**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 104 seq.
[137] Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volume II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, n. 437 (sobre o contrato de mandato).
[138] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. VI. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 169.
[139] *Pontes de Miranda* não o diz explicitamente, mas pode-se inferir de sua obra o pensamento de que o exercício de direitos pode constituir negócio jurídico, ato jurídico stricto sensu e até mesmo ato-fato jurídico. Vide, por exemplo, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. VI. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 187, 192.
[140] De forma semelhante ao corpo do texto: DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volume II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, n. 441 (execução condicional do mandato, sem, contudo, mencionar a aposição de uma condição à instrução).

permanecem no plano do negócio principal.

Outras instruções também soem estar contidas no contrato escrow, por exemplo, as instruções relacionadas a custódia e extração de frutos do bem objeto do escrow. Entretanto, tais instruções não precisam estar necessariamente sujeitas a uma condição. De outra parte, a entrega do bem deve sempre estar sujeita a uma condição, caso contrário, o contrato escrow não cumpriria suas finalidades de garantia e adimplemento da dívida principal.

Poder-se-ia objetar à classificação como condição, alegando-se que a obrigação de entrega não depende de nenhum evento futuro e incerto, já que apenas a pessoa do credor dessa obrigação seria incerta, mas não a obrigação em si. Tal objeção não se sustenta. O Código Civil utiliza uma formulação ampla na definição de condição ("*subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto*"). Isso abrange não apenas o "se" e o "quando" do efeito, mas também o "como" e até mesmo partes do efeito. Na maioria dos casos, a eficácia total (se e quando) de um contrato ou de uma obrigação está subordinada à condição, mas não há razão para não se admitir também que apenas a definição do objeto da prestação ou apenas a determinação do credor seja condicionada. Exemplo disso são as obrigações alternativas do art. 252 CC. Ali há apenas uma relação jurídica e uma dívida e ambas são certas desde o início, apenas o objeto da prestação sendo temporariamente estruturado como uma alternativa (ou um, ou outro) e, logo, indeterminado.[141] O objeto da prestação em uma obrigação alternativa normalmente é determinado por exercício do direito de escolha de uma das partes, mas também pode ser determinado por eventos fora da vontade das partes,[142] como uma condição.[143–144] A pessoa do credor também pode permanecer temporariamente indeterminada dentro de uma relação jurídica e ser construída como uma alternativa entre uma ou outra pessoa. Essa formatação é conhecida na doutrina como obrigação "disjuntiva".[145] Uma vez que a pessoa do credor tenha sido

[141] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 119; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 198.
[142] Cf. DA CRUZ, Gisela Sampaio. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157 (por exemplo, por meio de um sorteio).
[143] Cf. WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. Volume 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.
[144] *Pontes de Miranda* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 197 seq.) e *Gomes* (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 92) erroneamente negam essa possibilidade. Entretanto, ambos parecem não rejeitar a possibilidade de a determinação do objeto da prestação depender de uma condição; apenas essa situação não se qualificaria como obrigação alternativa.
[145] Cf. GONDIM DIAS, Regina Bittencourt. **Natureza jurídica da solidariedade**. Rio de Janeiro: Conquista,

determinada, a obrigação do devedor é direcionada exclusivamente a esse credor e outro credor sai da relação obrigacional.[146] O contrato escrow constitui, portanto, uma obrigação disjuntiva porque a obrigação do agente escrow (a entrega do bem) e o objeto da prestação (o bem depositado em escrow) já são certos quando da celebração do contrato, restando apenas a pessoa do credor (o Legitimado) provisoriamente indeterminada e dependente da ocorrência ou não da condição do escrow.

Situação limítrofe tem-se nos contratos escrow que estipulam como condição a emissão de instruções conjuntas. Tem-se a emissão de uma instrução conjunta como suporte fático da instrução para entrega do bem. Trata-se aqui realmente de condição? Apesar de a instrução conjunta não ser mais do que um ato das partes principais, a execução de tal ato é incerta, devido aos interesses conflitantes das partes principais. Embora o direito formativo seja ao final exercido, esse exercício se baseia em um consenso das partes emitentes da instrução. Esse consenso está longe de ser certo e, nesse sentido, configura evento futuro e incerto. Em outras palavras, não se pode ter certeza de que a emissão da instrução conjunta será bem-sucedida. Portanto, a instrução conjunta deve ser considerada condição – o negócio jurídico que corporifica o exercício do direito formativo a emitir instruções é concluído no momento da celebração do contrato escrow sob a condição de que as partes principais entrem em acordo sobre a pessoa do credor e coloquem isso em uma instrução conjunta.

II.2.1.2.1.1 Inexistência de potestatividade pura

Na doutrina brasileira, as condições potestativas são geralmente divididas em duas classes, quais sejam, a condição simplesmente potestativa e a puramente potestativa. Em ambas as espécies, a eficácia do negócio fica sujeita a um evento que depende da vontade de uma das partes. Na condição simplesmente potestativa, essa vontade está ancorada em circunstâncias que constituem interesses apreciáveis da parte.[147] A vontade negocial, portanto, é séria. Por outro lado, a condição puramente potestativa sujeita a eficácia do negócio ao mero arbítrio de

1958, p. 7; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 89 (embora limitado a relações obrigacionais disjuntivas no polo devedor).

[146] Cf. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 89 (mencionando, no entanto, apenas a pluralidade de pessoas no polo devedor).

[147] *Martins-Costa* remete corretamente para a relevância do interesse subjacente à condição simplesmente potestativa, a fim de definir-se se o cumprimento de uma obrigação constitui uma condição potestativa simples ou pura. A mera bilateralidade do contrato não é suficiente. Vide MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 71 seq.

uma das partes (*si voluero*). A vontade negocial aqui não é séria.[148] Somente a condição simplesmente potestativa é permitida no direito brasileiro.[149] Se a condição estiver amparada em critérios objetivos para a avaliação da vontade das partes, não há condição inadmissível.[150]

A condição do contrato escrow às vezes não se prende à vontade de uma das partes, como se a transferência a ser feita a partir da conta escrow está condicionada à obtenção de uma autorização estatal para prosseguir com o negócio principal. Aqui não se pode falar em potestatividade. Em outros casos, no entanto, ela se prende à vontade de uma das partes do contrato (por exemplo, a uma obrigação-veículo ou a uma instrução conjunta), mas essa condição será, no mais das vezes, simplesmente e não puramente potestativa. O cumprimento de uma obrigação do negócio principal constitui um interesse apreciável de ambas as partes principais e se vincula a critérios objetivos. A vontade negocial no contrato escrow é sem dúvida séria, pois o não cumprimento de uma obrigação no negócio principal não desfaz o contrato escrow, mas apenas influencia na determinação de quem será o credor da obrigação do agente escrow de proceder à entrega do bem (vide cap. II.6.1.2). Se a condição consistir na emissão de uma instrução conjunta, também não se estará diante de uma condição puramente potestativa, pois o consentimento na emissão da instrução não pode ser arbitrariamente recusado. O Legitimado pode acionar judicialmente a outra parte principal para obter o consentimento.[151]

II.2.1.2.1.2 Formação de um direito expectativo

No direito brasileiro, o negócio jurídico condicional já surte efeitos mínimos durante o período interimístico. O adquirente condicional do direito ainda não tem o direito de crédito, mas já possui o direito a crédito – também conhecido como direito expectativo.[152] Esse direito

---

[148] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Volume 1. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 312.
[149] Cf. LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 348.
[150] Cf. MARTINS-COSTA, Fernanda. **Execução diferida nos contratos de M&A**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 100. De forma similar: VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.): **A parte geral do código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 209 (se a conduta do devedor for influenciada pelas circunstâncias, de modo que tal conduta não esteja sujeita ao seu arbítrio, a condição não é puramente potestativa).
[151] A jurisprudência geralmente não precisa dizer isso explicitamente, pois os contratos escrow brasileiros preveem a emissão de uma decisão final como condição para liberação dos recursos em conta escrow. Veja-se, por exemplo, SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1110268-71.2018.8.26.0100 da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Ricardo Negrão, São Paulo/SP, 10 de junho de 2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1004263-78.2016.8.26.0299 da 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. João Pazine Neto, São Paulo/SP, 23 de maio de 2023.
[152] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 198 seq.; AMARAL, Francisco. **Da irretroatividade da condição**

tem sua independência e integra o patrimônio do adquirente condicional do direito. É possível, assim, dispor do direito expectativo, realizando-se, por exemplo, transferências e onerações.[153] O adquirente condicional também pode proteger seu direito expectativo com medidas conservativas, conforme art. 130 CC.[154] Diferentemente da Alemanha, o requisito de que a outra parte não possa influenciar a formação do direito expectativo não é necessário no Brasil. O direito expectativo surge sempre que o direito de crédito "final" for condicional. Pode-se, portanto, afirmar que o direito condicional à entrega do bem em um contrato escrow sempre dá azo à formação de um direito expectativo.

II.2.1.2.2 Efeitos da qualificação como condição sobre a fase interimística

II.2.1.2.2.1 Entrega antecipada

O Código Civil não contém uma norma explícita que regule a obrigação de indenizar no período de pendência da condição. O art. 129 CC regula a situação em que a parte favorecida pela ocorrência da condição maliciosamente a provoca, ou em que a parte por ela prejudicada maliciosamente obsta a sua ocorrência – e não propriamente a indenização. No entanto, a obrigação de indenizar pode exsurgir de uma gama maior de fatos jurídicos. A condição pode ser provocada não por malícia, mas por negligência da parte por ela favorecida. Além disso, a parte prejudicada não precisa necessariamente invocar o art. 129 CC se isso não lhe for interessante. A obrigação geral de indenizar nos termos dos arts. 186 e 927 CC permanece aplicável durante o período interimístico.[155] Se o agente escrow entregar o objeto prematuramente, contrariando suas instruções, a parte principal prejudicada poderá reclamar indenização por violação a dever contratual.

---

suspensiva no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 98 seq.; MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 104. A existência de um direito expectativo não é abordada diretamente, mas é presumida em outras obras, por exemplo: VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.): **A parte geral do código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 218; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **As condições no direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97, 106 (sob a equívoca nomenclatura "*expectativa de direito*").

[153] Veja-se, com ulteriores referências, MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 104.

[154] Cf. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 577.

[155] Cf. MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 136 seq.

II.2.1.2.2.2 Atos de disposição no período interimístico

Mais complexa é a questão da proteção do adquirente condicional do direito contra atos de disposição no período interimístico. De acordo com o art. 126 CC, as disposições sucessivas são ineficazes, se a condição suspensiva se realizar e a disposição sucessiva for incompatível com a condição. Daí se extrai que os requisitos para a ineficácia da disposição sucessiva são (1) a existência de um primeiro ato de disposição; (2) a incompatibilidade da primeira disposição com a posterior; e (3) o implemento da condição.[156] Atos de terceiros comparáveis a uma disposição sucessiva, como penhora e arresto por autoridade judicial, também são cobertas pelo art. 126 CC,[157] de modo que a penhora se torna ineficaz quando a condição se implementa. O terceiro prejudicado pode, neste caso, objetar à penhora por meio de embargos de terceiro, nos termos do art. 674 CPC. Se, porém, o bem objeto da penhora for alienado judicialmente, a condição que grava o bem não prejudica a sua aquisição pelo terceiro, pois a aquisição ocorre a título originário.[158]

Não há consenso sobre as razões para ineficácia dos atos de disposição realizados no período interimístico. Algumas vozes na doutrina justificam-na com a atribuição de efeitos retroativos à primeira disposição.[159–160] Outros não veem efeito retroativo, mas sim uma restrição

---

[156] Sobre a possibilidade de se apor uma condição a um negócio de disposição, ou seja, no plano real, veja-se COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 59.

[157] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. VI. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 241; MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 163 seq.; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume III. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 90.

158 O caráter originário da aquisição em virtude de alienação judicial já foi afirmado pelo STJ em diversas oportunidades (vide, por exemplo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 807.455/RS da 2ª Turma, Min. Rel. Eliana Calmon, Brasília/DF, 28 de outubro de 2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.038.800/RJ da 2ª Turma, Min. Rel. Herman Benjamin, Brasília/DF, 20 de agosto de 2009).

[159] Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Volume 1. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 318 seq.; BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 302; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume III. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 90 seq.

[160] Tao variadas são as opiniões sobre a questão do efeito retroativo da condição, que não é possível analisá-las todas neste trabalho. As opiniões mais relevantes podem ser agrupadas em três categorias. De uma parte, há vozes a favor da outorga de efeitos retroativos (vide MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Volume 1. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 316 seq.; BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 300; DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil** – teoria geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 266; LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 357; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 258; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **As condições no direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131; VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.): **A parte geral do código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219 seq. (para *Vencelau*, no entanto, haveria tantas exceções à regra geral que dificilmente se poderia ainda falar em

ao poder de dispor da parte.[161] A resolução dessa questão releva no momento de se distribuir os frutos gerados durante o período interimístico (vide cap. II.7.4.3.2 abaixo).[162] Esta não é, todavia, a sede adequada para um exame aprofundado dos fundamentos por detrás do art. 126 CC. Para este trabalho releva, em primeiro lugar, a regra de que disposições sucessivas são ineficazes, se uma condição com elas incompatível ocorrer; em segundo lugar, que mesmo assumindo-se que a condição tem efeitos retroativos no plano real, os frutos produzidos no período de pendência constituiriam uma exceção a essa regra,[163] de modo que uma distribuição diferente dos frutos somente poderia ocorrer no plano obrigacional.

Com essas considerações em mente, fica claro que o Legitimado em um contrato escrow está protegido contra disposições realizadas no período interimístico. No entanto, proteção mais forte é obtida com o impedimento a atos de disposição por meio da transmissão da posse ou da transferência da plena titularidade sobre o bem objeto do escrow para o agente escrow (explicado mais detalhadamente no cap. II.2.2.2). A proteção contra disposições sucessivas é particularmente importante nas relações externas do contrato escrow, uma vez que atos de constrição promovidos por terceiros credores do agente escrow inevitavelmente devem falhar em um escrow-posse por falta de titularidade sua sobre o bem objeto do escrow (cap. II.8.2.1). Já os

---

uma regra geral). Ainda dentro dessa primeira corrente, alguns autores aceitam efeitos retroativos somente mediante estipulação das partes (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 454; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume III. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 90)). Por outro lado, há quem defenda que a ocorrência da condição produz efeitos apenas *ex nunc* (cf. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Arts. 79 a 137. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 329; SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971, n. 348; AMARAL, Francisco. **Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 109). Uma variante dessa segunda corrente admite efeitos retroativos obrigacionais, mas não reais (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 212 seq., 228, 238). Finalmente, uma terceira linha doutrinária reconhece efeitos *ex nunc* ou *ex tunc,* a depender da natureza da relação jurídica (cf. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, n. 233; RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 122; MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 144 seq.).

[161] Cf. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 585; AMARAL, Francisco. **Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, n. 95; MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 163.

[162] Cf. DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil** – teoria geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 266; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 238; BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 301; VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.): **A parte geral do código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 218; RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 122, C.

[163] Cf. MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017, p. 143; RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, n. 122, C.

terceiros credores das partes principais só têm o direito de penhorar o direito expectativo ou, caso sejam credores do ainda titular do direito, devem se sujeitar aos termos do contrato escrow (cap. II.8.2.2).

II.2.1.3 Conclusão

Os requisitos para entrega do bem objeto do escrow configuram uma condição na Alemanha e no Brasil. Não é o contrato escrow em si que é condicionado, mas a instrução para entregar o bem. Isso significa que o direito formativo a emitir instruções é exercido, de acordo com sua natureza jurídica, como negócio jurídico bilateral sujeito a uma condição. O exercício do direito de emitir instruções cria para o agente escrow a obrigação de entregar o bem, a qual se torna totalmente eficaz quando a condição é atendida. Na fase de pendência, as partes principais possuem no Brasil apenas um direito expectativo; na Alemanha, a formação de um direito expectativo (*Anwartschaftsrecht*) deve ser examinada no caso específico, porque se exige a impossibilidade de prejudicar unilateralmente a posição jurídica do Legitimado.

Em ambos os sistemas jurídicos, o Legitimado é protegido de forma semelhante durante o período interimístico. Se o direito sujeito a condição for frustrado ou prejudicado, pode surgir obrigação de indenizar. Ademais, atos de disposições praticados durante esse período (incluindo penhoras e outras constrições do bem objeto do escrow) são ineficazes se forem incompatíveis com o direito condicional e a condição se implementar.

II.2.2 Impossibilitação de atos de disposição e transmissão da posse

A impossibilitação de atos de disposição e transmissão da posse pode ser realizada de duas maneiras: ou se transmite ao agente escrow apenas a simples posse direta do bem ou se a transmite combinada com a titularidade plena de um direito sobre o bem. É mister, portanto, analisar, em vista dos requisitos para efetivação de atos de disposição, se e como o contrato escrow realmente os impossibilita.

Para o fim de impedir disposições sobre o bem objeto do escrow, não é suficiente conceder ao agente escrow o poder de dispor, sem imiti-lo também na posse. Como a perda por completo do poder de dispor do proprietário (ou seja, do Depositante) não é admissível,[164] ele

[164] Na Alemanha, o poder de dispor não pode ser negocialmente excluído ou limitado, conforme § 137, frase 1 BGB. Tal estipulação teria efeitos meramente obrigacionais, mas não reais (cf. ARMBRÜSTER, Christian. §§ 134-138 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck,

poderia continuar a praticar atos de disposição sobre o objeto, nesse caso. Entretanto, se lhe for retirada a posse do bem, pode vir a faltar um requisito necessário para dispor do bem, conforme será explicado a seguir.

Embora as partes principais tenham já um certo grau de proteção contra disposições na fase de pendência nos termos do § 161(1) BGB ou do art. 126 CC, ainda haveria o risco de emprego negligente do bem pelo devedor, se ele não fosse entregue a um terceiro independente e imparcial. Além disso, a outra parte principal poderia dentro de certas circunstâncias fazer com que um terceiro adquirisse a propriedade do bem por boa-fé. O contrato escrow, portanto, oferece uma proteção para ambas as partes principais que, de outra forma, seria difícil ou impossível de ser alcançada.

II.2.2.1 Alemanha

Transmissões de direito são efetuadas, no direito alemão, por negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*). Esses se caracterizam por serem negócios jurídicos que alteram, transmitem, oneram ou extinguem um direito pré-existente[165] e devem ser diferenciados dos negócios que apenas criam relações obrigacionais nos termos do § 241(1) BGB, chamados negócios obrigacionais (*Verpflichtungsgeschäfte*).[166] Os negócios de disposição exigem pelo menos um elemento negocial, o qual pode isoladamente ser suficiente para efetuar a disposição em certas situações, como por exemplo, na cessão de crédito. Não é necessário nenhum outro ato para consumar a cessão de crédito, para além das declarações de vontade. No direito das coisas, todavia, exige-se, para além do elemento negocial, também um ato de execução (*Vollzugsakt*), qual seja, a transferência da posse da coisa ou de um ato que substitua a transferência da posse (*Übergabesurrogat*), em se tratando de coisas móveis, e o registro no livro de imóveis

2021, § 137 BGB, n. 26). No Brasil vige o princípio da irrestringibilidade do poder de disposição, que não é expressamente regulado, mas pode ser inferido do sistema de direito privado (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 393; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164 seq.). De forma similar: HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. **A autorização no direito privado**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2019, p. 146 seq. (a outorga do poder de dispor a terceiro não restringe o poder de dispor do outorgante).

[165] Para um relato do desenvolvimento desse conceito na doutrina alemã, vide WILHELM, Walter. Begriff und Theorie der Verfügung. *in*: COING, Helmut; WILHELM, Walter (orgs.). **Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert**. Volume II. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977, p. 213, 220 seq.

[166] Cf. HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 37.

(*Grundbuch*), no caso de imóveis.[167] Fala-se, portanto, de um suporte fático duplo composto de acordo de transmissão e entrega da posse (*Einigung und Übergabe*) – para usar o título exato do § 929 BGB – ou registro. A qualificação dogmática do suporte fático de transferência da propriedade, bem como a relação entre o acordo de transmissão e entrega da posse, é há muito controvertida, porém não cabe nesta sede uma investigação mais aprofundada sobre o assunto.[168]

Em princípio, na situação regulada pelo § 929(1) (entrega da posse), o BGB exige que o alienante perca por completo e o adquirente adquira exclusivamente para si a posse do bem móvel.[169] Na famosa definição do tribunal do império (*Reichsgericht*), ao alienante deve "*não restar mais o menor resquício de posse (no sentido de efetivo poder fático) em sua mão*".[170] Se o alienante mantiver a composse (*Mitbesitz*) ou a posse indireta da coisa após a entrega da posse, então não se consuma a entrega da posse para os fins do § 929(1) BGB.[171] Embora o § 929(1) BGB se baseie no chamado princípio da tradição (*Traditionsprinzip*),[172] os §§ 929(2), 930 e 931 BGB permitem outras três formas[173] substitutas de entrega da posse da coisa móvel, a saber: *traditio brevi manu*, constituto possessório e a cessão da pretensão à entrega da coisa. Essas três formas são chamadas de substitutivos da transferência da posse (*Übergabesurrogat*).[174]

---

[167] Cf. HEINZE, Christian A. §§ 929-984 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, Vorb. § 929 BGB, n. 8.

[168] Para uma discussão aprofundada sobre a relação entre o acordo de transmissão e a entrega da posse, veja-se WIEGAND, Wolfgang. Die Entwicklung der Übereignungstatbestände einschließlich der Sicherungsübereignung.*in*: CANARIS, Claus-Wilhelm *et al.* (orgs.). **50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft**. Volume I. Munique: C. H. Beck, 2000, cap. III.5-III.6.

[169] Veja-se, com ulteriores referências, OECHSLER, Jürgen. §§ 929-936 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 929 BGB, n. 54, 57.

[170] ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 304/31 do VII Senado Civil, de 10 de junho de 1932, **Reichsgericht in Zivilsachen**, volume 137, p. 23 (p. 25).

[171] Cf. HEINZE, Christian A. §§ 929-984 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 929 BGB, n. 62.

[172] O princípio da tradição seria o princípio de que a transferência de propriedade só se completa com a entrega da posse. A isso se opõe o chamado princípio do contrato ou do consenso, segundo o qual a propriedade é transferida assim que o acordo de transmissão é celebrado, independentemente da entrega fática da posse (cf. KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 929 BGB, n. 7, 7.1).

[173] Cf. WEBER, Ralph. Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff. BGB. **Juristische Schulung**, Munique, 1998, p. 577-582, p. 577.

[174] Uma parte da doutrina defende a opinião de que, em vez de exceções ao princípio da tradição, deve-se falar de um sistema que exige apenas uma mudança na posse própria direta ou indireta para consumar a transferência de propriedade. Vide KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 929 BGB, n. 8; ERNST, Wolfgang. **Eigenbesitz und Mobiliarerwerb**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, p. 308 seq.

O negócio de disposição do direito alemão é abstrato em relação ao negócio obrigacional subjacente. Isso significa, por um lado, que seu conteúdo se limita a efetivar os efeitos da disposição, incluindo-se a determinação das partes envolvidas e do objeto da disposição, sem referência ao negócio causal (abstração de conteúdo). Por outro lado, o negócio de disposição também é independente da existência ou eficácia do negócio causal (abstração externa).[175] Como resultado, desde que haja acordo de transmissão e transferência da posse, a transferência do direito será, como regra, eficaz, independentemente do negócio causal obrigacional.

A pedra angular da proteção ao tráfico no direito alemão é a aquisição da propriedade em boa-fé junto a uma parte não legitimada, de acordo com o § 932 BGB e seguintes. No suporte fático desse dispositivo se encontram, igualmente, o acordo de transmissão real e a transferência da posse.[176] A transferência de posse cumpre, aqui, a função de base de legitimação para a proteção da boa-fé.[177] Age de boa-fé, para os fins desse parágrafo, qualquer pessoa que ignore a inexistência de titularidade da propriedade do alienante sem negligência grave. Se o adquirente tiver conhecimento positivo ou estiver ciente de fatos, cuja correta apreciação permitiria a conclusão de que o alienante não possui a propriedade, ele não estará de boa-fé, desde que a apreciação incorreta se baseie em negligência grave.[178] Em qualquer caso, o procedimento para aquisição do direito nos termos do § 932 BGB e seguintes só se completa quando o adquirente toma posse da coisa – isso também se aplica a transferências de propriedade efetivadas por meio de substitutivos de transferência da posse.

Tendo em vista o sistema alemão acima delineado, deve ser objetivo de todo contrato escrow baseado na mera transferência de posse direta a obstaculização do ponto de vista fático da transferência da posse sobre o bem, bem como dos seus substitutivos. Dessa forma, uma etapa necessária do procedimento que culmina na prática do ato de disposição é inibida (a saber, o ato de execução), e o bem fica, portanto, seguro com o agente escrow. No caso de um contrato escrow cujo objeto consista na titularidade plena de um direito sobre o bem, as partes principais

---

[175] Cf. GRIGOLEIT, Hans-Christoph. Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1999, p. 379-420, p. 380 seq.

[176] Cf. OECHSLER, Jürgen. §§ 929-936 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 932 BGB, n. 10, 13.

[177] Cf. KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 932 BGB, n. 7 seq.

[178] Veja-se, com ulteriores referências, HEINZE, Christian A. §§ 929-984 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 932 BGB, n. 38, 41.

não conseguem realizar nenhuma disposição após a transferência de tal direito ao agente escrow, pois já não mais terão poder de disposição sobre o direito.

II.2.2.1.1 Transferência da posse direta

Quando o mecanismo adotado no contrato escrow para impossibilitar a prática de atos de disposição for a simples transferência da posse para o agente escrow, o contrato escrow objetiva a impedir no plano fático a realização de um requisito da disposição negocial eficaz ou a impedir a própria transferência da posse. Para tanto, é preciso que a lei, a depender da natureza do bem, exija a obtenção da posse como requisito do ato de disposição ou que a posse do bem em si seja objeto da prestação do devedor no negócio principal. Nem sempre a lei exige a posse direta para consumar o ato de disposição, pois em seu lugar podem entrar os substitutivos da transferência de posse. O contrato escrow deve, portanto, ser estruturado de forma que o Depositante não possa de fato executar qualquer dos substitutivos. A entrega do bem pelo agente escrow consiste, então, na transferência da posse direta para o Legitimado.

II.2.2.1.1.1 Bens inaptos

A disposição sobre bens imóveis não logra ser impedida pela simples transferência da posse direta ao agente escrow. A transferência e a oneração da propriedade sobre imóveis exigem o acordo de transmissão formal realizado perante o notário (*Auflassung*) e a sua inscrição no livro de imóveis, de acordo com o § 873(1), alternativa 1, e § 925(1), frase 1, BGB. A transferência da posse sobre um imóvel não altera em nada a situação jurídica de direito real.[179]

Direitos tampouco podem ser garantidos pela simples transferência da posse direta para o agente escrow. Direitos em geral, inclusive de crédito, não podem, em princípio, ser objeto de posse.[180] Além disso, para a cessão eficaz de um crédito (§ 398 BGB e seguintes), basta o contrato de cessão, salvo se regras especiais e proibições de cessão se apliquem.[181] Também aqui os atos de disposição não são afetados pela posse.

[179] Cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 19, n. 1.
[180] Cf. GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 854 BGB, n. 34.
[181] Cf. KIENINGER, Eva-Maria. §§ 398-413 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 398 BGB, n. 3.

II.2.2.1.1.2 Bens móveis

Na prática, o contrato escrow com simples transferência de posse só logra impedir atos de disposição sobre bens móveis. A alienação negocial de bens móveis, assim como a constituição de um direito real limitado, como o penhor (§ 1204 BGB) ou o usufruto (§ 1032 BGB), exigem o acordo de transmissão real e "*o requisito real da entrega da posse sobre a coisa*"[182] (tradução livre), conforme § 929, frase 1, BGB ou de um substitutivo (§ 929, frase 2, §§ 930, 931 BGB). A entrega da posse *brevi manu* é irrelevante para o contrato escrow porque o terceiro adquirente precisaria já estar em posse do bem, o que não corresponde ao contrato escrow. Nas outras três formas de transferência da posse, o contrato escrow logra êxito em impedir atos de disposição das partes principais.

Como regra, a transferência da posse para os fins do § 929, frase 1, BGB requer a perda completa do poder fático sobre a coisa pelo alienante e imissão na posse pelo adquirente, conforme já explicado.[183] A aquisição de propriedade por boa-fé, nos termos do § 932 BGB e seguintes também exige, em princípio, a aquisição da posse pelo adquirente. BGB também exige, em princípio, a aquisição da posse direta pelo adquirente. Enquanto o bem estiver em posse do agente escrow, as partes principais não têm meios para viabilizar a aquisição da posse por terceiros. Atos de disposição pelo § 929, frase 1, BGB, assim como a aquisição de boa-fé pelo § 932 BGB e seguintes ficam, portanto, bloqueadas. Atos de disposição por meio de transferência da posse indireta detida pelo alienante não são objeto do § 929, frase 1, BGB, mas do § 931 BGB.[184]

A cessão da pretensão à entrega da coisa, nos termos do § 931 BGB, também fica impossibilitada com o contrato escrow, pois o surgimento da pretensão está sujeito a uma condição suspensiva (a formatação com uma condição resolutiva é menos comum, mas possível). O dispositivo legal permite que a transferência da posse seja substituída pela cessão da pretensão à

---

[182] Cf. WEBER, Ralph. Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff. BGB. **Juristische Schulung**, Munique, 1998, p. 577-582, p. 577. No original: „*das reale Erfordernis der Übergabe der Sache*".

[183] Veja-se, com ulteriores referências, OECHSLER, Jürgen. §§ 929-936 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 929 BGB, n. 54, 57.

[184] A transferência de propriedade mantendo-se a posse direta de um intermediário da posse (por exemplo, possuidor direto em relação ao possuidor indireto) é regida pelo § 931 BGB (cf. MARTINEK, Michael. Traditionsprinzip und Geheißerwerb. **Archiv für die zivilistische Praxis**, Tübingen, 1988, p. 573-648, p. 587 seq.). A imissão do adquirente na posse indireta é suficiente, quando o próprio alienante é possuidor direto e transfere a posse direta para um intermediário da posse do adquirente (cf. MARTINEK, Michael. Traditionsprinzip und Geheißerwerb. **Archiv für die zivilistische Praxis**, Tübingen, 1988, p. 573-648, 594 seq.; OECHSLER, Jürgen. §§ 929-936 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 929 BGB, n. 57).

entrega, se a coisa estiver sob posse direta de um terceiro, em homenagem ao chamado princípio da simplificação, pois o adquirente pode reclamar o bem diretamente do terceiro.[185] Via de regra, no caso do § 931 BGB, o alienante estará em uma relação de intermediação de posse (*Beistzmittlungsverhältnis*) com o terceiro possuidor direto, de modo que a cessão da pretensão obrigacional à entrega da coisa, resultante da relação de intermediação de posse, efetua a transferência da posse indireta para os fins do § 870 BGB.[186] O possuidor direto, no entanto, não se torna, com a cessão da pretensão à entrega, automaticamente intermediário de posse para o adquirente, mas somente se ele aceitar a nova relação de intermediação de posse para o adquirente. Se a recusar, a transferência de propriedade não fica prejudicada, pois a consequência da recusa será a perda da posse indireta pelo adquirente.[187] Embora a cessão de uma pretensão à entrega da coisa futura e suspensivamente condicionada seja, em princípio, suficiente para a perfectibilização do suporte fático de transferência de propriedade, predomina a opinião de que, nesse caso, a transferência de propriedade só ocorre quando a pretensão à entrega da coisa se torna eficaz.[188] Consequentemente, durante a vigência do contrato escrow, as partes principais não conseguem provocar a aquisição da propriedade do bem objeto do escrow por meio da cessão da pretensão à entrega (§§ 398, 870 BGB). Conforme explicado, a pretensão à entrega da coisa está sujeita a condição suspensiva durante a fase de pendência do escrow.

O contrato escrow também impossibilita a transferência da posse por meio de constituto possessório, nos termos do § 930 BGB. O mencionado parágrafo diz respeito ao caso em que o proprietário atual permanece na posse direta da coisa após a alienação e passa a atuar como intermediário da posse para o adquirente, que então se torna o possuidor indireto. Pela natureza

---

[185] Cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 51, n. 35.

[186] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 148/58 do VIII Senado Civil, de 21 de abril de 1959. **Neue juristische Wochenschrift,** 1959, p. 1536 (p. 1538); WEBER, Ralph. Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff. BGB. **Juristische Schulung**, Munique, 1998, p. 577-582, p. 581; GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 870 BGB, n. 6.

[187] Cf. OECHSLER, Jürgen. §§ 929-936 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 931 BGB, n. 4; KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 931 BGB, n. 9.1.

[188] Com ulteriores referências, HEINZE, Christian A. §§ 929-984 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 931 BGB, n. 26; OECHSLER, Jürgen. §§ 929-936 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 931 BGB, n. 16. Ver também: MELLER-HANICH, Caroline. §§ 929-936 BGB. *in*: GRZIWOTZ, Herbert *et al*. **Nomos Kommentar BGB**. Volume 3. 5ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022, § 921 BGB, n. 11; BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 51, n. 38.

do contrato escrow resta claro que as partes principais não têm posse direta do bem. Se o alienante estiver na posse indireta da coisa, existe a possibilidade de desdobrar a relação possessória em vários graus de posse indireta, conforme § 871 BGB, na qual o terceiro mantém a posse direta da coisa e o alienante atua como intermediário de posse de primeiro grau para o adquirente, que entra na relação como possuidor indireto de segundo grau.[189] Se o alienante, apesar de deter a propriedade exclusiva da coisa, tiver apenas composse indireta e não detiver pretensão à entrega da coisa contra o compossuidor, então a transferência de propriedade para o adquirente só será possível com a cooperação do outro compossuidor.[190] As partes principais são apenas compossuidores indiretos qualificados no contrato escrow, pois elas exercem a posse em conjunto (mais sobre este assunto no cap. II.5.1). Consequentemente, a transferência de propriedade para o terceiro somente se conclui, se a outra parte principal participar colaborar para perfectibilizar esse processo.

II.2.2.1.2 Transferência da titularidade de um direito

Se as partes principais desejarem inviabilizar de forma mais contundente a prática de atos de disposição, elas podem transferir a titularidade do direito sobre o bem ao agente escrow, conjugado, em qualquer caso, com a transferência da posse direta. O direito passa a ser, então, o bem objeto do contrato escrow. Na Alemanha, tanto negócios obrigacionais quanto negócios de disposição podem, em princípio, serem submetidos a uma condição.[191] O direito pode ser transferido para o agente escrow sob condição (negócio de disposição e obrigação de entrega do agente escrow sujeitos a condição) ou não submetido a qualquer condição (apenas a obrigação de entrega fica condicionada).

Se o Depositante dispõe do direito em favor do agente escrow sob condição suspensiva, então a titularidade do direito passa automaticamente ao Legitimado quando a condição ocorrer (ou falhar). Nesse cenário, fica dispensada a prática, ao menos, do elemento negocial do negócio de disposição entre o agente escrow e o Legitimado, restando apenas o ato de execução a

---

[189] Cf. HEINZE, Christian A. §§ 929-984 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 930 BGB, n. 9; KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 930 BGB, n. 20.

[190] Cf. KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 930 BGB, n. 19.

[191] Cf. WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 158 BGB, n. 25.

ser realizado (como a transferência da posse, no caso de bens móveis). Devido à impossibilidade de condicionar o acordo de transmissão sobre bens imóveis (*Auflassung*), conforme § 925(2) BGB,[192] a propriedade de imóveis não pode ser considerada nessa alternativa de formatação do contrato escrow. Nada impede a transferência de propriedade sobre bens móveis[193] e a cessão de créditos[194] condicional. A obrigação de entrega do agente escrow se restringe, então, à transferência da posse direta para o Legitimado.

Se, por outro lado, apenas a pretensão obrigacional à entrega do bem objeto do escrow for condicionada, mas não o próprio direito transferido ao agente escrow, então quando do implemento (ou falha) da condição o agente escrow apenas tem a obrigação de fazer a titularidade do direito passar ao Legitimado. O agente escrow e o Legitimado precisam, então, celebrar o acordo de transmissão e praticar os atos de execução necessários relativamente a bens móveis ou imóveis para concluir a disposição em favor do Legitimado. No caso de direitos de crédito, o contrato de cessão de acordo com o § 398 BGB é suficiente.

II.2.2.2 Brasil

O direito brasileiro também distingue os negócios obrigacionais dos negócios de disposição. Estes últimos dizem respeito a alienações, onerações, alterações ou extinção de um direito preexistente da parte alienante.[195] Negócios obrigacionais, por outro lado, apenas criam obrigações para as partes.[196]

Para a aquisição eficaz da propriedade de bens móveis por meio de negócio jurídico, é necessária a transferência da posse sobre a coisa (art. 1.267, *caput*, CC), a qual pode ser substituída por constituto possessório, cessão do direito à restituição da coisa ou *traditio brevi manu* (art. 1.267, parágrafo único, CC). Com base na palavra latina *traditio,* a simples transferência

---

[192] Cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 22, II, n. 6.
[193] Cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 57, I, n. 2, § 59, n. 2 (condição resolutiva na alienação de propriedade para fins de garantia (*Sicherungsübereignung*), condição suspensiva na venda sob reserva de domínio (*Eigentumsvorbehalt*)).
[194] Cf. MEDICUS, Dieter; LORENZ, Stephan. **Schuldrecht I – Allgemeiner Teil**. 22ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 59, n. 4.
[195] Cf. AMARAL, Francisco. **Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 240; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 385 seq. (perda e modificação); VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 255 (alienações e onerações).
[196] Cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 85 seq. (a função do direito das obrigações é conceder ao credor um direito subjetivo patrimonial em caráter originário, ao qual se contrapõe um dever de conduta do devedor).

de posse é chamada *tradição real*, enquanto a transferência operada por meio de um método substitutivo é chamada *tradição consensual.*[197] No caso de bens imóveis, é necessário o registro na matrícula do imóvel (art. 1.245, *caput*, CC), mas, ao contrário do que ocorre no direito alemão, não é necessário o acordo de transmissão separado formalizado perante o notário (*Auflassung*); o título translativo, ou seja, o próprio contrato obrigacional é registrado no registro de imóveis. No caso de direitos de crédito, basta o consenso das partes,[198] vale dizer, a conclusão de um contrato de cessão de crédito é suficiente; mas a cessão só produz efeitos perante terceiros, se for feita por escritura pública (art. 288 CC) ou por documento particular que preencha os requisitos do art. 654, § 1°, CC e seja registrado no cartório de registro de títulos e documentos (art. 221 CC c/c art. 129, inc. 10°, Lei 6.015/73).[199]

A relação do negócio obrigacional e do negócio de disposição dentro do processo para aquisição de direitos não tem encontrado unanimidade na doutrina. Contudo, uma análise aprofundada das opiniões sobre esse tema não constitui objeto deste trabalho. Aqui será tomada como ponto de partida a teoria de *Clóvis do Couto e Silva* de separação relativa dos planos obrigacional e real. De acordo com Couto *e Silva*, para além do negócio obrigacional seria preciso também praticar um negócio de disposição para concretizar a aquisição de direitos no plano real. A vontade do indivíduo subjacente a esses dois negócios jurídicos seria, nada obstante, uma só. Com outras palavras, a vontade de dispor que preenche o negócio de disposição estaria já coimplicada na celebração do negócio de direito das obrigações.[200] O negócio de disposição do direito brasileiro não seria, portanto, abstrato, mas causal. Na causalidade do negócio de disposição estaria a razão, entre outros, para a não-aquisição da propriedade de bens móveis em virtude de nulidade do negócio jurídico subjacente, nos termos do art. 1.268, § 2°,

---

[197] Cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 299 seq. Com terminologia ligeiramente diferente: CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos reais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111 (transferência consensual e simbólica seriam a mesma coisa, ambas um tipo de tradição ficta).

[198] Cf. HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21 seq.

[199] Cf. HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50 seq.

[200] Cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 52 seq. *Couto e Silva* minudencia ainda (p. 53): "*Em um nível psicológico, essa vontade de cumprir é inseparável da vontade de estabelecer obrigações. A vontade de criar obrigações careceria de seriedade se não se quisesse cumprir tais obrigações ao mesmo tempo. Entretanto, essa inseparabilidade da vontade só existe como tal em um nível psicológico. Em um nível legal, essa vontade unificada se ramifica para cumprir duas transações legais de diferentes dimensões: a obrigação legal e a transação de cumprimento da obrigação (ou propriedade)*". Seguem essa doutrina: MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 53 seq.; MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 62 seq.

CC.[201] Embora esse artigo mencione apenas a aquisição de bens móveis, ele abrangeria todo o sistema de aquisição de propriedade.[202] Com base em tais considerações, *Couto e Silva* atinge a conclusão de que o sistema brasileiro conheceria uma separação apenas "relativa" entre os planos obrigacional e real.[203] O mais correto seria dizer que o direito brasileiro adotou o princípio da separação, mas não o princípio da abstração entre os planos.[204_205_206]

A proteção do adquirente de boa-fé é bastante limitada no Brasil. Se, de acordo com o art. 1.268, *caput*, CC, o alienante oferecer um objeto móvel ao público, seja em leilão ou seu estabelecimento comercial, de modo que aparente ser o proprietário perante o adquirente de boa-fé assim como a qualquer outra pessoa, então a propriedade se transfere ao adquirente, apesar de faltar ao alienante poder de dispor. O Código Civil menciona a boa-fé do adquirente em outros dispositivos, por exemplo, nos arts. 307, parágrafo único,[207] e 1.268, § 1°,[208] CC, mas não parece claro tratar-se de uma genuína aquisição de propriedade de boa-fé nesses casos.

---

[201] Cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 55 e seguintes.

[202] Cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 55.

[203] Cf. COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 52 seq.

[204] Cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229 seq. (especialmente nota de rodapé n. 508 às páginas 229 seq.).

[205] *Pontes de Miranda* expressou opinião diferente, provavelmente isolada, de acordo com a qual apenas um direito formativo unilateral à inscrição no registro de imóveis surgiria do negócio de disposição atinente a um bem imóvel. *Pontes de Miranda* conclui, sem maiores justificativas, que o negócio de disposição seria abstrato nesse caso. No caso da alienação de bens móveis, o negócio de disposição seria causal, porque a eficácia real dependeria da causa. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 224 seq. *Pontes de Miranda* admite a separação entre negócios obrigacionais e de disposição e, sob esse aspecto, sua opinião não difere da de *Couto e Silva.* Haveria divergência de opiniões apenas com relação à parcial abstração do sistema.

[206] De acordo com uma terceira concepção, não dois, mas apenas um negócio jurídico estaria envolvido na aquisição da propriedade (por exemplo, contrato de compra e venda). O registro junto ao registro de imóveis ou a transferência da posse seria um elemento que integra esse negócio jurídico, mas não parte de um negócio jurídico de disposição separado. O contrato de venda, portanto, combinaria os elementos obrigacional e real. Veja-se BESSONE, Darcy. **Da compra e venda – promessa & reserva de domínio**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares, 1960, cap. III (especialmente §§ 24-26); LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Evicção e processo**. São Paulo: Saraiva, 2013, § 12.

[207] No caso do art. 307, parágrafo único, CC, o credor fica exonerado de responsabilidade perante o proprietário se em boa-fé aceitar e consumir um bem fungível como pagamento de uma dívida do *non domino*. Em vista da dicção da lei, muitos autores reconhecem a validade do cumprimento da obrigação pelo *non domino* (por exemplo: FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. in: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99; LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 196). Nada obstante autorizada doutrina, a lei não declara expressamente que a propriedade é transferida ao credor. O legislador poderia talvez só ter previsto uma exclusão de responsabilidade do *accipiens*.

[208] No caso do art. 1.268, § 1°, CC, o alienante *non domino* adquire a propriedade do bem móvel posteriormente. A situação deve então ser vista como se a transferência de propriedade tivesse ocorrido no momento da entrega, mas somente se o adquirente estiver em boa-fé. Como a lei aqui vincula à aquisição subsequente da propriedade e lhe atribui efeitos retroativos, pode-se questionar se a alienação foi realmente feita por *non domino*.

Para os fins deste trabalho, essa questão pode permanecer em aberto.

O desafio que esse sistema de transmissão de direitos coloca para o contrato escrow é o de prevenir faticamente qualquer tradição real ou consensual da posse do bem pelas partes principais durante o prazo do escrow, se apenas a posse direta do bem for transferida ao agente escrow. Isso assegura que uma etapa necessária para a realização de atos de disposição não possa ser praticada. No caso de contratos escrow cujo objeto é um direito, o depósito junto ao agente escrow coloca o bem fora do poder de disposição das partes principais, sendo que o próprio contrato escrow funciona como título para aquisição causal de direitos pelo agente escrow, em vista do sistema de separação relativa de planos.

II.2.2.2.1 Transferência da posse direta

Para impossibilitar atos de disposição simplesmente transferindo a posse direta para o agente escrow, a lei deve estipular a obtenção da posse como etapa necessária do processo para concluir a disposição, a menos que a posse em si seja o objeto da prestação do devedor no negócio principal. O contrato escrow deve, então, garantir que tanto a tradição real da posse quanto a tradição consensual não possam ser realizados.

II.2.2.2.1.1 Bens inaptos

Também no Brasil a transferência da posse direta não tem influência sobre a possibilidade de praticar atos de disposição sobre bens imóveis. De acordo com o art. 1.245 CC, a transferência de propriedade sobre bens imóveis por ato negocial *inter vivos* exige a inscrição do título de alienação (por exemplo, o contrato de compra e venda) no registro de imóveis. A transferência da posse não é um pré-requisito para a transferência de propriedade e não pode ser usada como meio de impedir o ato de disposição.

A cessão de crédito também não exige a posse, uma vez que, em princípio, direitos não podem ser objeto de posse no Brasil.[209] A cessão de créditos é negócio jurídico.[210] Aqui

[209] Cf. SANTOS, Ernanes Fidélis dos. Arts. 1.196 a 1.224. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XV. Rio de Janeiro: Forense, 200, p. 22 seq.; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 451 seq. Alguns autores reconhecem uma exceção nos direitos que consistem em uma ramificação de propriedade, como o penhor e a servidão (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 39). Não é necessário aqui adentrar na questão da natureza jurídica da posse (se fato ou direito).

[210] Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 572 seq.

também, a transferência de posse não tem o condão de impedir disposições.

II.2.2.2.1.2. Bens móveis

No Brasil, a transferência da posse direta para o agente escrow só logra impedir atos de disposição sobre bens móveis. A aquisição da posse é requisito tanto para a transferência negocial da propriedade (art. 1.267 CC), quanto para a constituição negocial do direito de penhor (art. 1.431 CC), do direito usufruto[211] e do direito real de uso[212]–[213]. A aquisição da posse pode ocorrer em qualquer das quatro formas básicas mencionadas acima.

A *traditio brevi manu* é caracterizada pelo fato de o adquirente já estar na posse da coisa no momento da transmissão da propriedade, de modo que é desnecessária a duplicação da transferência da posse (ida e volta).[214] Esse modo de tradição consensual é irrelevante para o contrato escrow, pois um terceiro adquirente externo não estará de posse do bem, mas sim o agente escrow. Para transferências de posse que ocorram em uma das três outras formas mencionadas acima, o contrato escrow é um meio adequado de inibir a transferência da posse.

A transferência da posse por tradição real consiste na entrega de fato da posse ao novo possuidor, que assim adquire poder fático diretamente sobre a coisa.[215] Se a posse direta do bem estiver com o agente escrow, as partes principais não poderão mais fazer disposições por meio de tradição real da coisa. A aquisição de boa-fé, nos termos do art. 1.268, *caput*, CC, também não entra em cena, porque as partes principais não podem expor o bem móvel em leilão ou em estabelecimento comercial ou mesmo anunciá-lo ao público.

O contrato escrow também impossibilita disposições por meio da cessão do direito à restituição da coisa. A maioria dos manuais e comentários não analisa a fundo essa questão, contentando-se, no mais das vezes, com simples descrições do suporte fático subjacente ao art. 1.267, parágrafo único, 2ª alternativa, CC, sem se ocupar com a questão da natureza e dos

---

[211] Cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 302.
[212] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XIX. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 542.
[213] O direito real de uso do direito brasileiro é um direito real que não difere em substância do usufruto. Apenas seu escopo é mais restrito: o usufrutuário pode extrair todos as vantagens da coisa, enquanto o usuário pode extrair apenas as necessárias para sua subsistência (cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 280).
[214] Cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.
[215] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 388, 392.

requisitos da cessão do direito à restituição.[216] *Pontes de Miranda* foi quem analisou essa questão com maior profundidade. Em sua opinião, a relação de posse é puramente fática.[217] O possuidor indireto teria poder de fato sobre o objeto, que coexistiria com o poder de fato do possuidor direto. O possuidor indireto teria o direito de exigir a entrega da coisa, porque o poder direto teria de terminar devido à sua estrutura no plano dos fatos.[218] Tudo se passa a nível puramente factual. Se o direito à restituição da coisa ainda não tiver surgido no momento da cessão, então o possuidor indireto "*transfere o que tem, com a possibilidade de pedir tutela jurídica para a situação fática correspondente a que teria o titular de direito à restituição*".[219] *Pontes de Miranda* não aborda explicitamente a questão de um direito à restituição estar sujeito a condição, mas pode-se concluir que, em sua opinião, essa possibilidade sequer poderia ser considerada, porque, de um ponto de vista puramente fático, as partes não teriam como condicionar esse direito. De qualquer forma, a cessão do direito à restituição também englobaria a pretensão reivindicatória,[220] mas de seus escritos não emerge claramente se o direito de reivindicar poderia ser cedido isoladamente.

A concepção de *Pontes de Miranda* não nos parece correta. A influência da relação jurídico-negocial entre o possuidor indireto e o possuidor direto, da qual este último deriva seu direito à posse, não deve ser negligenciada no tratamento jurídico do direito à restituição da coisa. Por um lado, ela estabelece (1) a posse justa do possuidor direto:[221] e, por outro lado, (2) uma base jurídica independente para se exigir a restituição da coisa, a qual pode ser de natureza obrigacional ou real, conforme o tipo da relação jurídica à base da relação possessória.

---

[216] Por exemplo: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 442; RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 575 seq.; VENOSA, Sílvio de Salvo. Arts. 1.196 a 1.368. *in*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código civil comentado**. Volume XII. São Paulo: Atlas, 2003, p. 302 f.; VIANA, Marco Aurélio. Arts. 1.225 a 1.510. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 181 seq.; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Volume 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 207; CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos reais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111; ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse - propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 325; PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 299.

[217] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 164.

[218] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 250.

[219] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 250.

[220] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 438 seq.

[221] No Brasil, a posse é justa, nos termos do art. 1.200 CC, quando não for baseada em violência, não tiver sido obtida clandestinamente e não for precária, ou seja, o título que justifica a posse não tiver expirado.

Enquanto a posse direta mantiver seu caráter justo, não há sequer pretensão reivindicatória, porque isso pressupõe uma violação à posse do vindicante, ou seja, a posse da pessoa contra quem a reivindicação é manejada deve ser injusta, conforme art. 1.228, *caput*, CC.[222] A *rei vindicatio*, como bem explica *Vanzella*, é uma pretensão secundária contra sujeitos passivos determinados, que provém de uma pretensão primária contra a coletividade, ou seja, contra sujeitos passivos absolutos. A pretensão secundária não se materializa se a pretensão primária for observada.[223] O alienante não poderia ceder uma pretensão de reivindicação inexistente para perfectibilizar uma disposição com base na tradição consensual prevista no art. 1.267, parágrafo único, alternativa 2, CC. Muito menos pode ele separar o poder de reivindicar a coisa e transferi-lo a um terceiro, pois esse poder está intimamente ligado à propriedade.[224] Devido ao *numerus clausus* dos negócios de disposição, a separação dos poderes inerentes à propriedade só é permitida no Brasil quando a lei o permite.[225] A separação do poder de reivindicação para fins de transferência da propriedade não é uma hipótese prevista em lei. Nada impede, porém, a cessão da pretensão reivindicatória após o nascimento de tal pretensão.[226] No que diz respeito à situação do item 2 acima, os requisitos para o surgimento de um direito à restituição da coisa devem ser apurados a partir do contrato. Para dispor da propriedade por cessão do direito à restituição, o alienante precisa ter pelo menos um dos dois direitos analisados acima. Ambos podem coexistir.[227] Se o alienante tiver ambos, ele deve ceder ambos ao adquirente.[228] As duas

---

[222] Cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 158; VIANA, Marco Aurélio. Arts. 1.225 a 1.510. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 246. De forma semelhante: ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse - propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Conquista, p. 414 seq.

[223] Cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71 seq. De forma semelhante: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 246 (a ação de reivindicação teria natureza obrigacional e seria dirigida especificamente contra aquele que viola o dever geral de abstenção).

[224] No entanto, algumas vozes na literatura concedem a reivindicação a não proprietários em algumas situações, como, por exemplo, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 248. Contra: VIANA, Marco Aurélio. Arts. 1.225 a 1.510. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30 seq.

[225] Cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 247 seq.

[226] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XIV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 93 seq. Sem razão: ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse - propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Conquista, p. 405.

[227] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XIV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 94 (a reivindicação existe simultaneamente com outras pretensões do proprietário).

[228] Cf. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume VIII. 12ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977, p. 280.

possibilidades acima dependem da relação jurídica entre as partes que subjaz à relação possessória, porque tanto o caráter justo da posse sob o n. 1, quanto o direito à restituição sob o n. 2 se baseiam nela. Como resultado, o quando e o como do direito à restituição são determinados pela relação jurídica subjacente, e não por dados puramente factuais, como defende *Pontes de Miranda*.

Se a relação jurídica subjacente contiver uma condição para a eficácia do direito ou da pretensão da alternativa n. 2 acima, então é de se entender que o possuidor indireto não pode reivindicar a coisa (conforme alternativa n.1 acima) antes de a condição se implementar, pois até tal momento a posse direta seria justa. Uma vez implementada a condição, a posse direta do n.1 acima deixa de ser justa, se o possuidor direto não entregar a coisa ao possuidor indireto dentro do prazo aplicável. A coisa poderá então ser reivindicada. Da mesma forma, o direito ou pretensão previstos no n. 2 acima também só surge após a condição se ter implementado. Enquanto a condição não se concretizar, o alienante não terá nenhum direito à restituição da coisa que possa ser cedido a um terceiro adquirente para completar o suporte fático do negócio de disposição. Em conclusão, a cessão do direito à restituição só preenche os elementos de aquisição da propriedade do art. 1.267, parágrafo único, alternativa 2, CC se a condição da relação subjacente ocorrer ou falhar; em outras palavras, quando o direito à restituição se tornar eficaz.

Para o contrato escrow, isso significa que nenhuma das partes principais consegue dispor do bem durante o prazo do escrow cedendo o direito à restituição, pois ele estará sujeito a uma condição suspensiva (ou resolutiva). Embora seja possível dispor do direito expectativo, isso não afeta a função de garantia do contrato escrow, dado que o processo de aquisição do bem só será concluído quando o direito à entrega adquirir eficácia.

Por fim, resta examinar se o contrato escrow também impede disposições por meio de constituto possessório (art. 1.267, parágrafo único, alternativa 1, CC). O constituto possessório é um negócio jurídico, pelo qual a parte alienante geralmente começa a possuir a coisa para o adquirente, mas mantendo a posse direta da coisa consigo.[229] O possuidor indireto também pode estabelecer uma posse indireta de grau mais alto por meio de constituto possessório, passando

[229] Veja PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 60 seq. De acordo com outra concepção, o alienante passaria a ser apenas detentor da coisa em favor do adquirente (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 468). *Pontes de Miranda* concede às partes flexibilidade para determinar o papel da parte alienante após a celebração do constituto possessório (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 278).

a possuir para o possuidor de grau superior.[230] Em um contrato escrow, todavia, a possibilidade de uma disposição por constituto possessório é bloqueada, porque as partes principais são compossuidoras indiretas do bem em mão-comum.[231] Nenhum compossuidor tem poder fático autônomo e independente sobre a coisa.[232] Essa é uma manifestação do fim de garantia do contrato escrow, pois o agente escrow só pode empregar o bem objeto do escrow na forma das instruções conjuntas das partes principais – por exemplo, ele só pode devolver o bem a ambas as partes principais em conjunto antes da ocorrência (ou falha) da condição, e se as partes principais estiverem de acordo com isso. A estipulação de um constituto possessório entre uma parte principal isoladamente e um terceiro adquirente não poderia dar ao terceiro poder fático sobre o bem em um grau mais alto da cadeia de posses, já que a outra parte principal e o agente escrow não estariam vinculados a essa relação de posse com o terceiro adquirente. É difícil conceber como o terceiro poderia obter poder fático sobre a coisa, se houver entre ele e o agente escrow um nível intermediário, no qual sua influência sobre a coisa não é bem-vindo. O agente escrow não deve se submeter às instruções de um terceiro. Se o fizer, ele, juntamente com a parte principal alienante e o terceiro, turba ou esbulha a posse da parte principal prejudicada. A parte principal prejudicada também não precisa permitir que o terceiro interfira na composse indireta. Sem sua colaboração, atos de disposição por meio de constituto possessório restam inviabilizados.

II.2.2.2.2 Transferência da titularidade de um direito

Tanto negócios obrigacionais, quanto negócios de disposição podem ser condicionais no Brasil, em princípio (art. 126 CC).[233] Deve-se apurar, à vista do caso concreto, se as partes quiseram anexar a condição do contrato escrow apenas à obrigação do agente escrow de entregar o bem (condição prende-se apenas ao dever do agente escrow no plano obrigacional) ou ao próprio direito que é transferido ao agente escrow (negócio de disposição é condicionado).

No caso de transferência condicional da própria titularidade do direito, ao beneficiário passa automaticamente tal titularidade quando a condição é cumprida ou quando ela falha. Nenhum outro acordo de transmissão precisa ser celebrado, mas outros atos de execução podem

[230] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 283, 286.
[231] Vide *infra*, cap. II.5.2.
[232] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 182.
[233] Veja PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 167.

precisar ser realizados para concluir o processo de aquisição do direito. No caso de bens móveis, a obrigação de entrega inclui a entrega ao Legitimado (art. 1.267 CC). No caso de bens imóveis, o próprio contrato escrow funciona como título aquisitivo. A forma de escritura pública é necessária quando o valor do imóvel exceder o valor de trinta vezes o salário mínimo (art. 108 do CC). O registro no registro de imóveis (art. 1.245 CC) não resta impedido pelo fato de o título aquisitivo conter condições (art. 167, n. 29, Lei 6.015/73), apenas a ocorrência das condições precisando ser comprovada ao oficial de registro de imóveis.[234] Normalmente, não é necessário nenhum ato adicional por parte do agente escrow, já que o Legitimado pode promover sozinho o registro. Em regra, a cessão de créditos não exige nenhum ato adicional, pois o consenso das partes já é suficiente.

Se apenas a obrigação de entrega do agente escrow, mas não o próprio direito no plano real, estiver sujeita à condição, então tudo se passa no plano obrigacional. A obrigação de entrega se restringe, então, a fazer com que o Legitimado adquira a plena titularidade do direito. Para tanto, pode ser necessário celebrar um outro negócio de disposição, ou seja, o acordo de transmissão e o ato de execução correspondente (entrega da posse ou registro na matrícula).

II.2.2.3 Em particular: escrow de software

Os contratos escrow que tenham por objeto um código-fonte representam um caso particular. Trata-se aqui de depositar um código-fonte junto ao agente escrow, para que possa ser repassado ao usuário do software em certos casos, principalmente na insolvência ou encerramento de operações do desenvolvedor do software. O depósito em escrow não se destina, aqui, a privar o Depositante de quaisquer possibilidades de dispor do software, pois o desenvolvedor precisa continuar tendo acesso ao código-fonte após o seu depósito para, por exemplo, elaborar atualizações, corrigir erros, possivelmente até mesmo para licenciar o mesmo software a terceiros (se o software não for desenvolvido exclusivamente para o usuário) etc. As peculiaridades do software permitem que o interesse do credor em poder acessar o código-fonte não seja prejudicado pelo acesso concomitante do desenvolvedor do software. Diferentemente de outros bens, o código-fonte não precisa permanecer sob controle exclusivo do agente escrow, desde que uma cópia executável do software possa ser encaminhada ao usuário.

Essa particularidade permite evitar o debate sobre a capacidade de dados eletrônicos

[234] Essa configuração tem a peculiaridade de que o oficial do registro de imóveis deve chegar à sua própria conclusão sobre o cumprimento ou não da condição. As questões sobre o surgimento da obrigação de entrega do agente escrow são, em certa medida, transportadas para o registro de imóveis.

serem objeto de posse.[235] No escrow de software, o interesse do credor é satisfeito pela simples garantia de acesso ao código-fonte nos casos definidos contratualmente.[236]

II.2.2.4 Conclusão

Conclui-se que o contrato escrow é um meio adequado na Alemanha e no Brasil para impedir que o bem objeto do escrow seja alienado durante o prazo do contrato. Isso dá às partes principais segurança suficiente de que o bem não será apropriado indevidamente pela outra parte principal ou que será custodiado sem o devido cuidado. Ambas as formatações do contrato escrow – transferência apenas da posse direta, ou desta em conjunto com a titularidade do direito sobre o bem – permitem alcançar esse resultado.

II.2.3 Independência e imparcialidade do agente escrow

A indicação de um agente escrow serve para equilibrar os interesses conflitantes das partes principais. De acordo com a tese aqui defendida, o instituto jurídico no qual esse dever do agente escrow deve estar assentado é a *Treuhand* dupla na Alemanha e o negócio fiduciário duplo no Brasil.[237] Este capítulo trata apenas da necessária independência e imparcialidade do agente escrow como uma emanação do conflito de interesses entre as partes principais. A análise desse elemento é importante, pois a correta da relação jurídica de escrow está associada à esfera de interesses em que o agente escrow atua. Se ele atuar exclusivamente no interesse do devedor, ele poderia, por exemplo, ser considerado um auxiliar ou substituto do devedor. Por outro lado, se atuar exclusivamente na esfera de interesses do credor, ele poderá ser um autorizado do credor para receber ou para cobrar, entre outros.[238] Na realidade, o agente escrow não

---

[235] Não há dúvidas de que se possa constituir o direito de propriedade e a posse de um disco rígido, no qual programas de computador estejam armazenados. O disco rígido estará, portanto, sujeito às regras do § 929 BGB e seguintes para a transferência de propriedade (veja-se, com ulteriores referências, HEINZE, Christian A. §§ 929-984 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 929 BGB, n. 4). Controversa, porém, é a capacidade de dados eletrônicos se tornarem objeto de propriedade. A jurisprudência alemã rejeita-a (cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 271/14 do VI Senado Civil, de 13 de outubro de 2015. **Neue juristische Wochenschrift,** 2016, p. 1094 (p. 1095); BRANDENBURG, ALEMANHA. Tribunal superior estadual de Brandenburg. Sentença 4 U 123/19, de 6 de novembro de 2019. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 2020, p. 54 (p. 56). Contra esse posicionamento: MICHL, Fabian. „Datenbesitz" – ein grundrechtliches Schutzgut? **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 2019, p. 2729-2733, p. 2730).

[236] Cf. SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, n. 112 seq. (vinculando os direitos de uso do código-fonte à sua entrega ao Legitimado).

[237] Vide infra, cap. II.4.

[238] Uma análise aprofundada da atribuição de ações praticadas por terceiros às esferas de interesse das partes pode ser encontrada em RAAB, Thomas. **Austauschverträge mit Drittbeteiligung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, § 4.

atua nem na esfera do Depositante, nem na do Beneficiário. Ele se encontra em uma esfera de interesses própria e deve necessariamente ser um terceiro independente e imparcial.

Independência e imparcialidade são características essenciais da atividade dos fiduciários que visam a equilibrar interesses conflitantes.[239] Portanto, não é de surpreender que a nomeação do fiduciário se baseie na confiança pessoal que os fiduciantes depositam na pessoa do fiduciário.[240] Para ilustrar o conceito de independência/imparcialidade, pode-se trazer alguns exemplos da legislação alemã. O fiduciário (*Treuhänder*) não é considerado independente para fins de ajuste de prêmios ou condições no contexto de um seguro saúde, nos termos do § 203(2) frase 1, (3) VVG, se ele tiver uma relação jurídica próxima com a seguradora.[241] No direito falencial, a independência do administrador da insolvência (*Insolvenzverwalter*) é garantida, pois, de acordo com o § 56(1), frase 1, InsO, a independência é um pré-requisito para o cargo. O risco abstrato de um conflito de interesses não pode sequer existir para a indicação ao cargo. Esse risco existe, por exemplo, quando suas atividades criem o risco de aferição de vantagens especiais para si mesmo ou para outras partes do processo, ou se ele mantinha relações negociais com o devedor anteriormente.[242] Também o perito em uma *expert determination* (*Schiedsgutachter*) deve agir de forma independente e imparcial, de acordo com a jurisprudência do BGH, sendo que esse requisito não é atendido, se ele tiver agido anteriormente no interesse unilateral de uma das partes da disputa e não tiver sido instruído a preparar uma avaliação diferente das suas tarefas anteriores.[243] Também vale a pena mencionar a atividade independente do juiz.[244] Com base no art. 97 GG, entende-se por independência do juiz o fato de ele não poder ser influenciado em sua decisão por instruções ou "incentivos" de outros ocupantes de cargos públicos.[245] No Brasil, a independência do juiz é entendida como a não-subordinação a outros

[239] Para uma análise aprofundada de tais relações fiduciárias, com exemplos do direito falencial e securitário, bem como em relação ao cargo de juiz, à posição de árbitro e à posição de perito em uma *expert determination*, veja-se LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 13.

[240] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 186.

[241] Veja-se, com ulteriores referências, BOETIUS, Jan. §§ 203-204 VVG. *in*: LANGHEID, Theo; WANDT, Manfred. **Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz**. Volume 2. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2017, § 203 VVG, n. 531 seq.

[242] Veja-se, com ulteriores referências, GRAEBER, Thorsten. §§ 56-59 InsO. *in*: STÜRNER, Rolf; EIDENMÜLLER, Horst; SCHOPPMEYER, Heinrich. **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Volume 1. 4ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 56 InsO, n. 25, 27.

[243] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 100/92 do II Senado Civil, de 6 de junho 1994. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 1994, p. 1314.

[244] Se a atividade judicial de fato constitui uma *Treuhand*, conforme defendido por *Löhnig* (LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 13, II, 1), é tema que não precisa ser abordado neste trabalho.

[245] Cf. CLASSEN, Claus Dieter. Arts. 92, 97, 98, 101 GG. *in*: MANGOLDT, Hermann v.; KLEIN, Friedrich;

órgãos do Judiciário, Legislativo ou Executivo, enquanto a imparcialidade significa que o juiz não deve ter interesse no sucesso de nenhuma das partes dentro do processo.[246]

Pode-se extrair dessas definições que age de forma independente, quem não estiver sujeito a nenhuma influência externa, ou seja, se seu comportamento não for determinado nem jurídica nem factualmente por terceiros. Imparcial é a conduta que não favorece os interesses de uma parte em detrimento dos interesses da outra, mas, em vez disso, protege os interesses de ambas as partes igualmente. O agente escrow só logra equilibrar interesses conflitantes, se atuar, portanto, de forma independente e imparcial.

Como o contrato escrow não é regulamentado por lei, mas é questão privativa das partes principais – interesses de terceiros geralmente não estão abrangidos em um contrato escrow – não se pode definir um padrão objetivo para avaliar a independência e a imparcialidade do agente escrow. Cabe às partes principais decidir sobre a independência e imparcialidade. O critério é, assim, subjetivo e, dependendo das expectativas concretas das partes principais, pode ser exigido um grau mais alto de independência ou imparcialidade. Em última análise, a independência/imparcialidade não é uma questão de sim ou não, mas de gradação: o agente escrow não é simplesmente dependente/parcial ou independente/imparcial, mas é mais ou menos independente ou imparcial. Portanto, somente as próprias partes podem decidir se o nível de independência ou imparcialidade do agente escrow é suficiente no caso concreto. Obter o máximo de informações possível sobre o agente escrow antes de nomeá-lo é, logo, fundamental.

Entretanto, uma avaliação subjetiva não pode ser arbitrária. Se uma parte acredita que o agente escrow não cumpre o nível de independência exigido, ela deve provar qual era sua expectativa de independência no momento em que o contrato foi celebrado e porque não teria concordado com a nomeação do agente escrow. A simples afirmação de que não teria celebrado o contrato escrow se tivesse conhecimento da situação real não é suficiente. A exigência de independência e imparcialidade é maior na medida em que a condição do escrow abre maior margem de interpretação ou demanda constatações de natureza factual que exijam conhecimento especializado. A necessidade de independência ou imparcialidade se reduz, quando se tratar de uma condição bastante estrita. Se, por exemplo, o agente escrow tiver de verificar por

---

STARCK, Christian *et al*. **Grundgesetz Kommentar**. 7ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, Art. 97 GG, n. 17; HILLGRUBER, Christian. Arts. 92, 97, 98, 126 GG. *in*: DÜRIG, Günter; HERZOG, Roman; SCHOLZ, Rupert *et al*. **Grundgesetz Kommentar**. Volume VI. Munique: C. H. Beck, 2022, Art. 97 GG, n. 21.

[246] Cf. THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Volume I. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 229. Da mesma forma, sobre imparcialidade: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200 seq.

si mesmo se a coisa vendida está livre de defeitos antes de transferir o dinheiro da conta escrow para o vendedor, então é de se esperar razoavelmente um grau mais elevado de independência. O contrário ocorrerá, se o agente escrow só estiver autorizado a fazer transferências a partir da conta escrow com base em instruções conjuntas.

Contratos que tenham por objetivo garantir o próprio agente escrow não constituem verdadeiro contrato escrow. Isso ocorre em alguns contratos de mútuo no Brasil, nos quais o banco credor deixa transferir a si recebíveis do mutuário como garantia, os quais devam ser pagos em uma suposta conta escrow constituída no mesmo banco, com o próprio banco atuando como agente escrow. Como o banco é o próprio credor no negócio subjacente, ele não é terceiro na transação e nem pode operacionalizar a conta de forma imparcial. Diversa é a situação na qual um mutuante abre uma conta escrow em seu nome, na qual os recebíveis do mutuário que lhe foram transferidos como garantia devem ser pagos, e o banco no qual a conta foi aberta é nomeado agente escrow. Aqui, o banco se coloca entre as duas partes e garante que valores somente sejam creditados ou debitados na conta de acordo com as instruções do contrato escrow. O banco é aqui um terceiro não interessado agindo, assim, de forma independente e imparcial.

Se uma parte principal tiver relações comerciais contínuas com o agente escrow, surge então a questão de saber até que ponto o agente escrow pode, mesmo assim, ser independente e imparcial. O agente escrow só precisa ser independente e imparcial em relação ao objeto do contrato escrow, mas não em relação a outras relações jurídicas com uma parte principal. Uma conta escrow pode, *verbi gratia*, ser criada no banco onde uma parte principal tem sua conta operacional. O grau em que uma relação comercial paralela prejudica a independência ou a imparcialidade é uma questão de caso a caso.

Se as partes principais considerarem que o agente escrow é dependente ou parcial e, mesmo assim, o nomearem, então não há contrato escrow. Deve-se, então, examinar *in casu* se as partes concordaram com um tipo contratual diferente ou se é um caso de anulabilidade por erro em relação às características essenciais da pessoa (§ 119(2) BGB; art. 139, inc. II, CC).

Para poder avaliar a independência/imparcialidade do agente escrow, as partes principais necessitam de informações adequadas. As circunstâncias sob as quais surge um dever de informar na Alemanha são regidas pelo § 311(2) c/c § 241(2) BGB.[247] Logicamente, requer-se

[247] É questionável, se as peculiaridades do contrato ainda por ser celebrado possam influenciar os deres oriundos do § 311(2) BGB. Antecipar um dever de notificar (*Benachrichtigungspflicht*) do § 666 c/c § 675(1) BGB a partir do negócio fiduciário que ainda não chegou a nascer (como o faz *Löhnig* em **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 10, II, 2, a) é supérfluo para o contrato escrow – pelo menos no que diz respeito à independência e imparcialidade do agente escrow.

um desnível informativo entre a parte credora e a parte devedora da informação. Esse desnível deve estar relacionado a fatos que sejam relevantes para a decisão de celebrar o contrato, bem como o fornecimento da informação deve razoavelmente poder ser exigido do devedor da informação, levando-se em conta a boa-fé e a dignidade de tutela do interesse à informação.[248] Para concretizar esses standards, inúmeros fatores podem ser levados em consideração, como a natureza do contrato que se pretende celebrar e a possibilidade de a retenção das informações frustrarem ou colocarem em risco o fim do contrato.[249] Em particular, a administração de interesses alheios que é inerente a qualquer *Treuhand* age em prol de um tal dever de informar.[250] Se esses fatores devem ser tratados como *topoi* para justificar o dever de informar ou como um sistema móvel,[251] é uma questão que pode ser deixada aqui em aberto.

No Brasil, deveres de informação na fase pré-contratual decorrem da cláusula geral da boa-fé (art. 422 CC).[252] Tais deveres propiciam o consentimento informado.[253] Três requisitos são necessários para o surgimento de um dever de informar: (1) o devedor da informação precisa ter ou dever ter a informação; (2) o credor da informação deve ignorá-la para não duplicar desnecessariamente o fluxo informativo; e (3) a ignorância do credor da informação deve ser legítima.[254] Se esses três requisitos forem atendidos, deve a parte obrigada a fornecer a informação repassar à outra parte todos os fatos relevantes para sua decisão de celebrar o contrato, salvo se tais fatos já estejam cobertos pelo ônus de autoinformação.[255]

Um dever pré-contratual de informar sobre as circunstâncias que influenciam a independência ou a imparcialidade do agente escrow é de se afirmar na maioria dos casos na

---

[248] Veja-se, com ulteriores referências, OLZEN, Dirk. §§ 241-241 BGB. *in*: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 241 BGB, L, VIII, 2, b), bb), (1).

[249] Para uma visão geral destes fatores, que já encontram suporte na doutrina e na jurisprudência, veja-se, com ulteriores referências, BACHMANN, Gregor. § 241 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 2. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 241 BGB, IV, 2, b).

[250] Cf. FLEISCHER, Holger. **Informationsasymmetrie im Vertragsrecht**. Munique: C. H. Beck, 2001, § 15, I, 2, b; BACHMANN, Gregor. § 241 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 2. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 241 BGB, n. 206.

[251] Sobre este assunto, vide BREIDENBACH, Stephan. **Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss**. Munique: C. H. Beck, 1989, § 13 (proposta de um sistema móvel consistente na necessidade, possibilidade e no círculo de funções da informação).

[252] Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1992, vol. 3, p. 78-87 (cap.3.1).

[253] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 580.

[254] Com uma listagem ligeiramente diferente de requisitos, veja-se BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, cap. 7.1.

[255] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 591 seq.

Alemanha e no Brasil. Despiciendo dizer que haverá reconhecidamente um desnível informativo entre o agente escrow e as partes principais, uma vez que estas últimas não possuem acesso às operações do agente escrow. A natureza e o fim do contrato escrow, bem como a relação fiduciária entre o agente escrow e ambas as partes principais também falam a favor do reconhecimento de um dever de informar. Circunstâncias passíveis de esclarecimento podem ser a existência de relações comerciais correntes entre o agente do escrow e uma parte principal, a existência de interesses financeiros do agente do escrow na entrega do bem a uma parte principal (por exemplo, porque a parte principal em questão tem de fornecer garantia ao agente do escrow em outra relação comercial) ou um relacionamento pessoal próximo com uma parte principal.

II.2.4. Finalidade de adimplemento e garantia

Na Alemanha e no Brasil, geralmente se atribui ao contrato escrow apenas a função de garantia de crédito.[256] Contudo, não se deve olvidar que o contrato escrow também desempenha a função de processar o adimplemento da dívida principal, como se pode depreender da descrição *supra* do contrato escrow típico.[257] O bem depositado em escrow e o objeto da prestação no negócio principal devem ser idênticos ou, ao menos, economicamente comparáveis, caso contrário, o repasse do bem ao Beneficiário não poderia satisfazer o seu interesse, como credor, no adimplemento da dívida principal.[258] Acrescente-se que a obrigação do agente escrow relativamente ao bem se esgota no seu recebimento, custódia e repasse ou devolução. Não se espera que o agente do escrow altere ou negocie o bem; ele repassa exatamente o mesmo bem ao Beneficiário. A causa jurídica para recebimento do bem objeto do escrow pelo Beneficiário geralmente é a sua legitimação a tanto no negócio principal – por isso as condições do contrato

[256] Cf. Na Alemanha: TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 166; KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. **Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, p. 96; PETERS, Stephan. Teil 12 – Digital Escrow. *in*: LEUPOLD, Andreas; WIEBE, Andreas; GLOSSNER, Silke. **IT-Recht**. 4ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, Teil 12, n. 25 (garantia para o licenciado de que o software estará disponível no longo prazo). No Brasil: SILVA NETO, Antônio Carlos da. O contrato de compra e venda de quotas e a escrow account. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 3 (2017), v. 4, p. 183-216, p. 202; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 184; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48 seq. Eventualmente reconhece-se uma função de garantia recíproca: NEUHAUS, Martin; KIEM, Roger. Grundelemente einer Kaufpreisregelung. *in*: KIEM, Roger (org.). **Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 4, n. 62; KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019, p. 41 seq.; BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318.

[257] Vide cap. II.1 acima.

[258] Cf. RAAB, Thomas. **Austauschverträge mit Drittbeteiligung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 192 (pressuposto para que a prestação por um terceiro sob instrução do devedor satisfaça a dívida deste último é que o conteúdo da dívida seja o mesmo).

escrow também geralmente refletem os desdobramentos do negócio principal.

Segundo uma teoria diferente da aqui defendida, apenas a função de garantia seria necessária para a qualificação como contrato escrow.[259] Segunda uma outra teoria, também incompatível com a tese aqui defendida, existiriam dois tipos de contrato escrow, conforme este desempenhe função de garantia ou de adimplemento, mas, em cada caso, apenas uma função estaria abrangida.[260] Na realidade, ambas as funções estão sempre presentes no contrato escrow. Um componente essencial de todo contrato escrow é a possibilidade de o objeto ser repassado ao Beneficiário, que deve ter então uma causa jurídica para receber o bem, caso contrário, ele pode ser obrigado a devolver o objeto.[261] Quem aceita o contrato escrow sem função de adimplemento precisa lidar com a questão de como o repasse ao Beneficiário[262] de um bem idêntico ao objeto da prestação do negócio principal pode ter o efeito de adimplir a dívida principal. Se o repasse do objeto tiver por efeito a constituição de uma garantia em favor do Beneficiário no negócio principal (por exemplo, um penhor), que pode ser excutida em caso de inadimplemento da dívida principal, então o repasse do bem cumpre, na realidade, a obrigação de constituir a garantia. Se os objetos não forem iguais – como se o bem deva ser alienado pelo agente escrow e o produto da venda repassado ao Beneficiário – pode haver uma transferência de propriedade em garantia ou um contrato de penhor com um agente de garantias terceiro. Isso extrapola, contudo, a descrição típica do contrato escrow, pois o agente escrow apenas repassa ou devolve o mesmo bem que recebeu.[263] Em recebendo o Beneficiário exatamente o mesmo bem que lhe é devido no negócio principal, é difícil imaginar um caso em que o repasse não resulte em cumprimento de uma obrigação.

---

[259] Cf. na Suíça: EISENHUT, Stefan. **Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte**. Basiléia: Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 24; GERSTER, Stefan. **Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag**. Zurique: Schulthess, 1991, p. 5 seq.

[260] Cf. em Portugal: FONSECA, Fátima. O contrato de depósito escrow. **Revista de Direito das Sociedades**, 9º ano, vol. 4 (2017), p. 801-828, p. 818 seq.; ANTUNES, João Tiago Morais. **Do contrato de depósito escrow**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 219 seq.

[261] Seja com base no enriquecimento sem causa, como é o caso da Alemanha, em vista dos princípios da separação e abstração, ou com base no pagamento indevido ou no exercício da ação reivindicatória, como poderia ser o caso no direito brasileiro, onde a separação de planos é relativa. Para os princípios da separação e abstração no Brasil, vide COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, § 3, 2, B).

[262] Vale ressaltar que o repasse é sempre acompanhado do cumprimento de um crédito do Beneficiário, mas nem sempre o mesmo efeito é atribuído à devolução do bem ao Depositante. Isso dependerá de se o contrato escrow é uni ou multidirecional, conforme explicado abaixo (cap. II.3.4).

[263] Se o agente escrow for obrigado a entregar apenas bens de mesmo gênero, qualidade e quantidade (por exemplo, porque foram depositados bem fungíveis), ainda assim é possível entregar o mesmo bem. A permissão existente nesse caso para entregar um objeto que não seja fisicamente idêntico visa simplesmente a simplificar o manuseio do bem em escrow. Do ponto de vista econômico, não faz diferença para as partes principais. Esse é frequentemente o caso das contas escrow, pois o valor do depósito dá ensejo a uma obrigação do agente escrow de transferir os recursos da conta ao Legitimado.

No que diz respeito à função de garantia, o contrato escrow representa uma forma peculiar de garantia de créditos, a qual se caracteriza ou pela multiplicação de massas patrimoniais responsáveis pelo cumprimento da obrigação, ou pela substituição do devedor, tudo a depender da forma como o contrato escrow gera o efeito de adimplemento da dívida principal. Na Alemanha, a garantia de crédito é definida como um processo, no qual medidas jurídicas apropriadas são tomadas para aumentar a probabilidade de cumprimento da prestação no momento adequado.[264] Semelhantemente, se descreve a garantia de crédito no Brasil como o uso de mecanismos jurídicos para proteger contra o risco de inadimplemento.[265] Nesse sentido, o contrato escrow pode ser sem maiores problemas classificado como uma garantia de crédito. Do ponto de vista das partes principais, o fato de o objeto devido ser mantido pelo agente escrow – mais confiável que o devedor original e que, além disso, está vinculado fiduciariamente ao propósito de desencadear o adimplemento da obrigação e não pode permitir que o bem seja desviado para outros fins – torna mais provável que o objeto seja efetivamente obtido.

A categorização mais comum das garantias distingue entre garantias pessoais e as reais. As garantias pessoais provocam um aumento na quantidade de patrimônios responsáveis pelo adimplemento. O terceiro garantidor se compromete a satisfazer o crédito com seus próprios bens quando da ocorrência do evento coberto pela garantia – qual seja, o inadimplemento.[266] Por isso são denominadas "intercessão cumulativa" na Alemanha (*kumulative Interzession*);[267] no Brasil, faz-se referência ao reforço "quantitativo" da obrigação.[268] As garantias reais, por sua vez, não atinem ao patrimônio de uma pessoa, mas a bens específicos.[269] Ao garantido é concedido normalmente um direito real limitado sobre um bem, o qual produz efeitos perante a totalidade das pessoas e concede ao credor a satisfação preferencial do seu crédito com este

[264] Cf. BECKER-EBERHARD, Ekkehard. **Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte**. Bielefeld: Gieseking, 1993, p. 4.
[265] Cf. PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017, p. 68.
[266] Cf. na Alemanha: BÜLOW, Peter. **Recht der Kreditsicherheiten**. 10ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2021, n. 11; KRÜGER, Ulrich. **Kreditsicherungsrecht**. Munique: Franz Vahlen, 2012, p. 3. No Brasil: CASTRO NEVES, José Roberto de. As garantias do cumprimento da obrigação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, 2008, v. 11, n. 44, p. 174-213, p. 191; PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017, p. 214.
[267] Cf. MADAUS, Stephan. §§ 765-778 BGB. in: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 765 BGB, n. 581.
[268] Cf. PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017, p. 131 seq., 313.
[269] Cf. na Alemanha: BÜLOW, Peter. **Recht der Kreditsicherheiten**. 10ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2021, n. 13; KRÜGER, Ulrich. **Kreditsicherungsrecht**. Munique: Franz Vahlen, 2012, p. 47. No Brasil: CASTRO NEVES, José Roberto de. As garantias do cumprimento da obrigação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, 2008, v. 11, n. 44, p. 174-213, p. 195.

bem,[270] mas também um direito sobre outros direitos (como no penhor de direitos) pode ser concedido. Essas garantias são chamadas no Brasil de reforço "qualitativo" do crédito.[271] A par dessas modalidades, há também garantias que se caracterizam pela transferência da propriedade de uma coisa ou da titularidade de um direito ao credor,[272] de modo que o credor possa, em caso de inadimplemento, buscar satisfação do seu crédito a partir da coisa ou direito, de que são exemplo a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária de créditos.

Por mais didática que essa categorização possa ser, ela não esgota as criativas formas de garantia da prestação que podem surgir na vida prática. No contrato escrow, é preciso diferenciar se o efeito de adimplemento ocorre apenas na entrega do bem pelo agente escrow ao Legitimado ou já no momento de ocorrência ou de falha da condição (neste trabalho, toma-se por base a situação em que a única condição para repasse ou devolução do bem objeto do escrow é o implemento ou falha da condição do escrow, ou seja, a "prontidão para entrega" seria equivalente ao implemento ou falha da condição).[273] Se a dívida principal só se considera adimplida na entrega, então a pretensão à entrega contra o agente escrow é adquirida em caráter *pro solvendo*. Tem-se aqui uma genuína multiplicação de patrimônios responsáveis pela dívida, uma vez que o Legitimado pode continuar perseguindo a satisfação do seu crédito contra a outra parte principal, em caso de inadimplemento do agente escrow. Nada obstante, o agente escrow não é responsável com todo o seu patrimônio, mas apenas com o bem recebido do Depositante.

Se o adimplemento ocorre já quando a condição do escrow se materializa (ou falha), então se trata de uma obrigação com *facultas* alternativa, em que a prestação devida é a própria pretensão à entrega contra o agente escrow. Não se pode aqui falar em multiplicação de patrimônios responsáveis, pois a parte principal contrária se libera da dívida independentemente da entrega. Tampouco há posição privilegiada com relação a um bem específico do garante (seja em razão de um direito real limitado, propriedade ou titularidade de um direito). Apesar da liberação da outra parte principal da dívida, o Legitimado adquire a pretensão à entrega contra o agente escrow. O contrato escrow fortalece a posição do credor por atribuir o objeto devido a um novo devedor mais confiável. A garantia, portanto, está na substituição do devedor.

---

[270] Cf. LWOWSKI, Hans-Jürgen; FISCHER, Gero; GEHRLEIN, Markus. **Das Recht der Kreditsicherung**. 10ª ed. Berlim: Eric Schmidt Verlag, 2018, § 1, n. 13.
[271] Cf. PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017, p. 132 seq. (crítico, porém, quanto a essa classificação, já que os reforços quantitativo e qualitativo podem se sobrepor, como no caso de direito real sobre bem de terceiro).
[272] Cf. na Alemanha: BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 57, n. 1. No Brasil: PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017, p. 468 seq.
[273] Vide *infra*, cap. II.6.3.

II.3 Modalidades de contrato escrow

Um contrato escrow pode ser formatado de tantas maneiras diferentes quanto a criatividade das partes permitir. Para melhor ilustrar o tratamento jurídico dos contratos escrow, faz-se necessário distinguir entre quatro modalidades básicas.

Em primeiro lugar, o contrato escrow pode ser classificado como escrow-posse ou escrow-direito, de acordo com o tipo de poder adquirido pelo agente escrow sobre o bem objeto do escrow. Em segundo lugar, ele pode ser classificado como escrow próprio ou impróprio, a depender de se a pretensão à entrega é adquirida diretamente pelo Legitimado ou se é primeiramente adquirida por uma parte principal e depois cedida para a outra parte principal sob condição. Uma terceira classificação se baseia no momento em que a dívida principal é considerada adimplida e distingue os chamados escrows-substituição dos escrows-alternativa. Finalmente, a relação entre o repasse ou a devolução do bem com a dívida principal que é garantida distingue o escrow unidirecional do multidirecional. Essas modalidades podem se combinar no tráfico negocial, de modo que uma modalidade não exclui a outra.

II.3.1 Escrow-posse e escrow-direito

De acordo com a natureza do poder que o agente escrow detém sobre o bem, os contratos escrow podem ser escrows-posse ou escrows-direito.[274] Essa classificação afeta principalmente a proteção do bem objeto do escrow contra a interferência de terceiros na execução forçada.

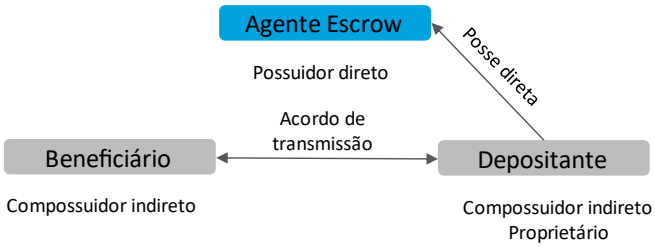
No escrow-posse, o agente escrow recebe apenas a posse direta sobre o bem e a propriedade permanece com o Depositante. Essa estrutura só é possível com objetos cujo processo para perfectibilizar atos de disposição exija a obtenção da posse pelo adquirente. Somente coisas móveis podem, portanto, ser objeto de um escrow-posse, conforme já explicado. Na Alemanha, o agente escrow é um simples intermediário da posse (*Besitzmittler*); ele deriva sua posse dos possuidores indiretos de grau superior,[275] ou seja, de ambas as partes principais em conjunto como compossuidores indiretos. No Brasil, o agente escrow recebe sua posse direta

[274] *Eisenhut* também chegou a essa categorização na Suíça (escrow meramente com posse qualificada ou com transferência de propriedade). Veja-se EISENHUT, Stefan. **Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte**. Basiléia: Helbing Lichtenhahn, 2009, cap. III, D.

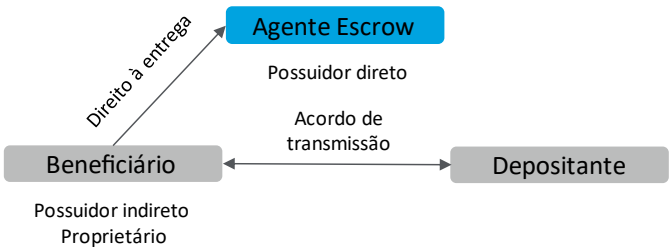
[275] Veja-se, com ulteriores referências, GUTZEIT, Martin. §§ 854-872 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2021, § 868 BGB, n. 21 seq. ("De acordo com a opinião dominante, o intermediário da posse deve derivar seu direito à posse do possuidor indireto" (tradução livre). No original: "*Sein Recht zum Besitz muss der Besitzmittler nach hM vom mittelbaren Besitzer ableiten*"). Vide cap. II.5.1. para aspectos do direito possessório alemão.

das partes principais como compossuidores indiretos em mão comum.[276] Tanto na Alemanha quanto no Brasil, o agente escrow em um escrow-posse equilibra os interesses das partes principais ao manter o bem sob sua posse. As partes principais celebram um acordo de transmissão (suspensiva ou resolutivamente) condicionado por fora do contrato escrow, e o ato de disposição se conclui quando o Legitimado adquire a pretensão à entrega do bem contra o agente escrow (§ 931 BGB; art. 1.267, parágrafo único, alternativa 2, CC). A implementação ou falha da condição confere ao Legitimado apenas uma pretensão a transmitir a posse contra o agente escrow. Essa estrutura pode ser ilustrada da seguinte forma (supondo-se que o Beneficiário também seja o Legitimado):

Momento do depósito

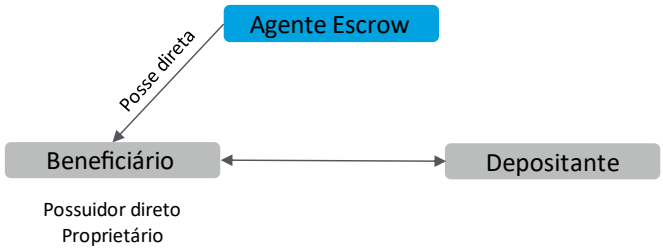


Momento de entrada da condição



[276] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 182 (na composse em mão comum, nenhum compossuidor tem poder fático independente sobre a coisa). Para aspectos do direito possessório brasileiro, vide cap. II.5.2.

Momento da entrega



Tanto bens fungíveis quanto infungíveis podem ser objeto de um escrow-posse, uma vez que a entrega de bens fungíveis não está necessariamente associada à transferência de propriedade, seja na Alemanha, como no Brasil. Deve-se examinar em cada caso, se a lei ou o contrato prescrevem a transferência de propriedade em virtude da simples da transmissão da posse de um bem fungível. Na Alemanha, por exemplo, os §§ 948, 1067 BGB contêm tal previsão para os casos de confusão, comissão e adjunção (*Vermischung*) de bens móveis e de usufruto de bens consumíveis. No mútuo (§ 607(1) BGB), no depósito irregular (§ 700(1) BGB) e no penhor irregular (§ 1204 BGB), as partes podem acordar que o outorgado deve devolver exatamente a mesma coisa, ou que ele tem permissão para se apropriar da coisa, a qual não precisa necessariamente ser exercida. O fator decisivo é a interpretação do contrato. A transferência da posse de bens fungíveis não é necessariamente acompanhada da transferência de propriedade.[277]

[277] Cf. LOHSSE, Sebastian. §§ 598-609 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 607 BGB, n. 10.1 seq.; FREITAG, Robert. §§ 607-609 BGB. *in*: MANSEL, Heinz-Peter (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2015, § 607 BGB, n. 6; SCHLINKER, Steffen. §§ 688-700 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 700 BGB, n. 8, 11; BIEDER, Marcus. §§ 688-700 BGB. *in*: RIEBLE, Volker (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 700 BGB, n. 21; HENSSLER, Martin. §§ 688-704 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 700 BGB, n. 10; FÖRSTER, Christian. §§ 1204-1260 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 1204 BGB, n. 90; WIEGAND, Daniel. §§ 1204-1296 BGB. *in*: HERRESTHAL, Carsten (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 1204 BGB, n. 54; SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 1204 BGB, n. 31. Mesmo o argumento de que um contrato de mútuo sem transferência de propriedade e cujo objeto não seja dinheiro borraria os limites tipológicos para outros tipos contratuais (vide BERGER, Klaus Peter. §§ 607-610 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum**

No Brasil, o art. 1.272 CC prescreve a transferência de propriedade na confusão, comissão e adjunção de bens móveis. O mesmo ocorre no usufruto de bens consumíveis, de acordo com o art. 1.392, § 1°, CC.[278] A situação é diferente, se o contrato tiver como objeto a transferência da posse de uma coisa fungível. A fungibilidade de uma coisa no Brasil se determina pela vontade das partes, de acordo com a doutrina provavelmente majoritária. Coisas que são fungíveis por sua própria natureza podem ser tratadas como infungíveis em determinadas relações jurídicas.[279] O mútuo, exemplificativamente, transfere a propriedade da coisa (art. 587 CC), pois sua finalidade consiste no pleno gozo de uma coisa fungível pelo mutuário, sendo permitido até mesmo o consumo total da coisa.[280] Entretanto, nem todo empréstimo de coisa naturalmente fungível impõe a transferência da propriedade. A transferência de propriedade somente deve estar vinculada ao empréstimo se aquele que toma emprestado estiver autorizado a devolver bens do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Aí o contrato deve ser qualificado como um mútuo. Se as partes acordarem que o tomador do empréstimo deve devolver exatamente o mesmo bem, então o bem não é mais fungível nessa relação jurídica, nos termos do art. 85 CC. O contrato, então, não é de mútuo, mas de comodato ou locação. No penhor irregular, a transferência da propriedade de bens naturalmente fungíveis também pode ocorrer,[281] mas, em vista desse conceito de fungibilidade, não há razão para que ocorra forçosamente. De outra parte, no depósito irregular não está coimplicada a transferência de propriedade. O art. 645 CC determina que o depósito de bens fungíveis se rege pelas disposições do

Bürgerlichen Gesetzbuch. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 607 BGB, n. 23) não significa que a transferência da posse de bens fungíveis necessariamente levaria à transferência da propriedade. Seria muito mais o caso de uma qualificação diferente dos fatos da causa.

[278] Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 820 seq. Para outra corrente doutrinária, o usufruto de bens consumíveis deve de qualificado como mútuo, veja-se VIANA, Marco Aurélio. Arts. 1.225 a 1.510. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 624 seq.

[279] Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434; OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Arts. 79 a 137. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50 seq.; AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens – arts. 1° a 103. *in*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código civil comentado**. Volume I. São Paulo: Atlas, 2007, p. 198; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 348 (dentro de certos limites, a vontade das partes pode determinar a infungibilidade da coisa); RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 128 (o interesse econômico seria decisivo). Contra: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume II. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 85.

[280] Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 776; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 391.

[281] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXI. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 200; RENTERIA, Pablo. **Penhor e autonomia privada**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 183.

mútuo, quando o depositário somente se compromete a restituir bens de mesmo gênero, qualidade e quantidade. Isso poderia levar à errônea conclusão de que a propriedade é transmitida nos termos do art. 587 CC. Na verdade, o depositário irregular só adquire a propriedade da coisa depositada, se isso tiver sido acordado. Se, apesar da fungibilidade da coisa, o depositário for obrigado a restituir exatamente a mesma coisa, não há transferência de propriedade. A simples fungibilidade natural do bem não conduz obrigatoriamente a um depósito irregular.[282] Pode-se depreender desses exemplos que a transferência da propriedade depende, em última análise, da vontade das partes e não da fungibilidade natural do bem.

Em ambos os países, portanto, depende da intenção das partes se a transferência de um bem (naturalmente) fungível provoca transferência de propriedade. O escrow-posse de bens fungíveis, portanto, é perfeitamente possível.

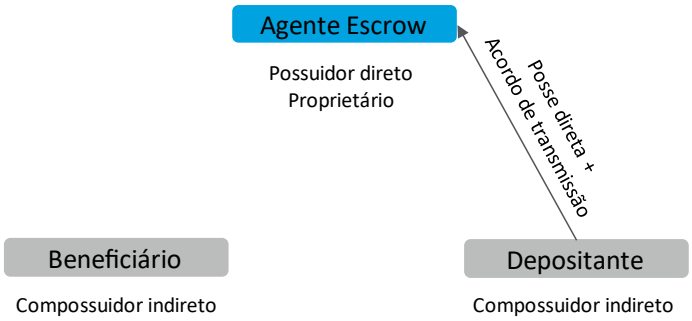
Em um escrow-direito, o agente escrow torna-se possuidor direto e titular "pleno" do direito sobre o bem depositado em escrow. Qualquer direito pode ser objeto de um escrow-direito: direitos sobre bens móveis, imóveis, créditos etc. Se o bem for uma coisa, o agente escrow exercerá a posse direta, ficando a composse indireta com as partes principais. No momento da realização ou falha da condição, o Legitimado adquire ou uma pretensão obrigacional a que o agente escrow lhe transfira a propriedade (alternativa 1) ou, se o próprio direito estiver condicionado (isto é, se o negócio de disposição estiver condicionado), nenhum acordo de transmissão no plano real será necessário e o agente escrow só precisa realizar eventuais atos de execução, como a entrega da posse e a inscrição no registro de imóveis (alternativa 2). Escrows-direito são corriqueiros na praxe. Nas contas fiduciárias ostensivas da Alemanha (*offene Treuhandkonten*),[283] por exemplo, somente o agente escrow titula os valores depositados na conta. Nas contas escrow brasileiras, a propriedade do dinheiro passa ao banco, que normalmente é o próprio agente escrow. O escrow-direito pode ser ilustrado da seguinte forma (supondo-se que na alternativa 1 acima o Beneficiário também seja o Legitimado):

---

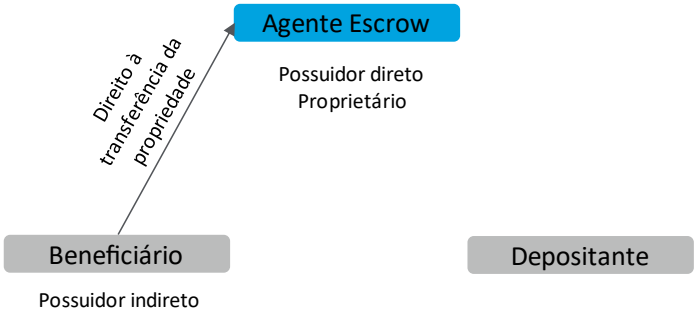
[282] Cf. LUZ, Aramy Dornelles da. Os contratos de depósito e a "*actio depositi*" no crédito rural. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1989, ano 78, vol. 650, p. 239-245, p. 241 seq.; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 407 seq.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 252; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 430.

[283] Cf. KROPF, Christian. Parte 3.3 a 3.7. *in*: KÜMPEL, Siegfried; MÜLBERT, Peter O.; FRÜH, Andreas; SEYFRIED, Thorsten. **Bankrecht und Kapitalmarktrecht**. 6ª ed. Colônia: Otto Schmidt, 2022, n. 3.1036. Maiores detalhes sobre contas fiduciárias na Alemanha no cap. II.4.1.1.5.

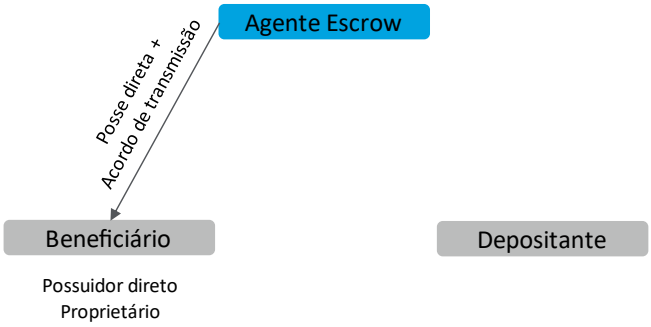
Momento do depósito



Momento de entrada da condição



Momento da entrega



O esquema acima precisará, no mais das vezes, de adaptações. No Brasil, um acordo de transmissão em separado não será tipicamente necessário, dada a separação relativa de planos. A aquisição do direito real sobre bem móvel também quase sempre prescindirá da aquisição da posse direta, pois o agente escrow já possuirá o bem para o Legitimado por meio de constituto possessório (§ 930 BGB; art. 1.267, parágrafo único, alternativa 1, CC) a partir da realização

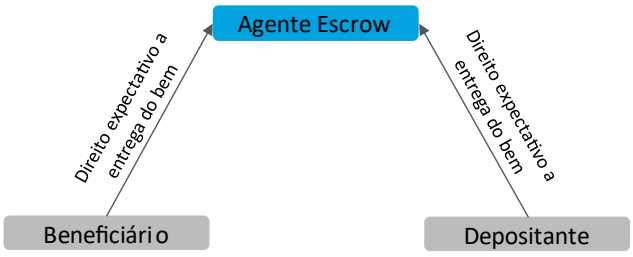
ou falha da condição na generalidade dos casos, bastando que haja também um acordo de transmissão eficaz entre as partes neste momento. Quando o bem for um direito de crédito, o negócio de disposição bastará, sendo que, no Brasil, contrariamente à regra geral, não se pode considerá-lo coimplicado na vontade do agente escrow de se obrigar à entrega do bem; do contrário a ocorrência ou falha da condição já acarretaria a cessão do crédito ao Legitimado (alternativa 2 mencionada acima), sendo que, se o agente escrow tiver assumido esse empenho apenas no plano obrigacional (alternativa 1 acima), deve-se interpretar a vontade das partes no sentido de exigir um negócio de disposição em separado para tal mister.

II.3.2. Escrow próprio e impróprio

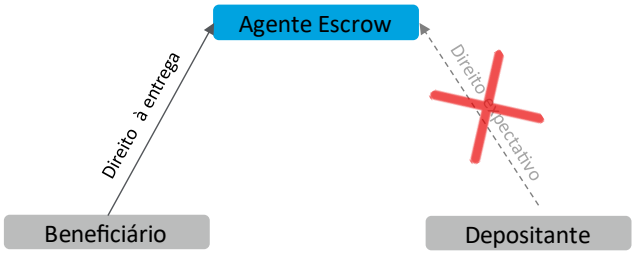
A aquisição da pretensão à entrega diretamente na pessoa do Legitimado (quando da implementação ou falha da condição) ou inicialmente na pessoa de uma parte principal com imediata cessão à outra parte principal sob condição também impacta a tutela jurídica do bem objeto do escrow durante o período de pendência. A primeira situação é referida aqui como escrow próprio e, a segunda, como escrow impróprio.

Em um escrow próprio, nenhuma parte principal tem uma pretensão eficaz à entrega do bem contra o agente escrow durante o período interimístico, mas normalmente apenas um direito expectativo. A implementação ou falha da condição marca o momento em que o direito expectativo do Legitimado se torna uma pretensão eficaz à entrega e o direito expectativo da outra parte principal se extingue. Essa situação pode ser ilustrada da seguinte forma (supondo-se que o Beneficiário também seja o Legitimado):

Durante a fase de pendência

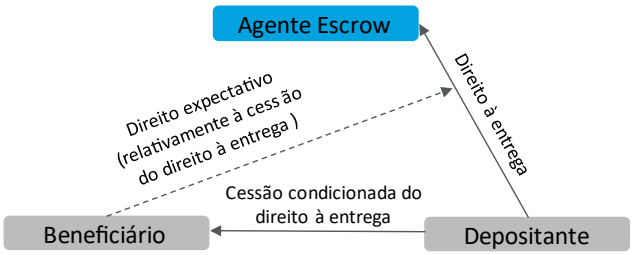


Momento de entrada da condição



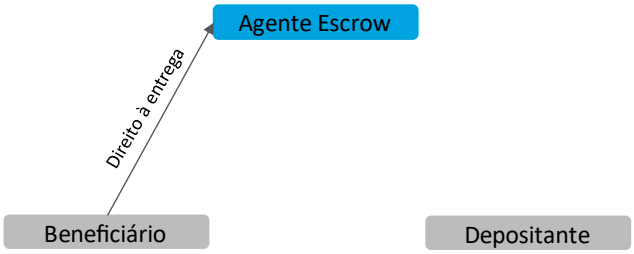
No escrow impróprio, uma parte principal tem já na fase de pendência um direito à entrega contra o agente escrow durante o período de pendência e o cede à outra parte principal condicionalmente. A outra parte principal geralmente só tem um direito expectativo durante o período pendente, e obtém proteção contra atos de disposição do titular do direito à entrega pelo § 161 BGB na Alemanha[284] ou pelo art. 126 CC no Brasil. Essa situação ocorre com frequência em contas escrow brasileiras, porque a conta é criada em nome de apenas uma parte principal e o próprio banco é o agente escrow. Assim, o titular da conta tem um direito exclusivo ao saldo da conta. As imagens abaixo mostram a estrutura de um contrato escrow impróprio (supondo-se que o Beneficiário também seja o Legitimado):

Durante a fase de pendência



[284] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 86 (depósito notarial).

Momento da entrada da condição



O fato de uma parte principal ter de plano o direito à entrega do bem não significa que a pretensão correspondente possa ser exercida imediatamente. Para evitar a devolução do bem antes do tempo, a possibilidade de exercício da pretensão está normalmente vinculada ao cumprimento de certos requisitos, como a aprovação da entrega pela outra parte principal. Ainda que não houvesse tais restrições, o exercício da pretensão à entrega em si mesmo poderia ser considerado um ato de disposição sobre o direito à entrega[285] e recairia no regime de proteção do período de suspensão. A despeito disso, a proteção contra o exercício indevido da pretensão à entrega em um escrow impróprio é prioritariamente obtida pela exigência de cooperação da outra parte principal, e não pelas regras do período de pendência. Uma vez que a entrega significa um prejuízo e até mesmo uma frustração da cessão condicional do direito à entrega do bem, o titular desse direito também se torna responsável por indenização, na forma do § 160 BGB ou dos arts. 186, 927 CC, caso proceda dessa forma.[286]

Na formatação mais comum do escrow impróprio, o Legitimado só pode exercer a pretensão à entrega após o implemento da condição do escrow. No direito alemão, o escrow impróprio contaria, assim, com um acordo que posterga o vencimento (isto é, a exigibilidade temporal) do direito à entrega (*Stundung*). Isso significa que o direito existe, mas a pretensão (*Anspruch*) não pode ser exigida antes da materialização ou falha da condição.[287] Em um escrow

[285] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume VI. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 178 seq. (na medida em que o exercício de um direito altera a substância desse direito, deve-se considerá-lo um ato de disposição).
[286] Vide caps. II.2.1.1.2.1 e II.2.1.2.2.1 *supra*.
[287] Veja-se, com ulteriores referências, KRÜGER, Wolfgang. §§ 256-274 BGB. in: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 2. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 271 BGB, n. 22 (a *Stundung* apenas adia a data de vencimento do crédito e difere do *pactum de non petendo*, porque este último diz respeito apenas à acionabilidade da pretensão do ponto de vista processual).

impróprio brasileiro, a própria pretensão estaria sujeita a condição. O evento que condiciona a cessão do direito à entrega também condiciona o nascimento da pretensão (mas não a criação do direito à entrega em si, o qual é titulado por uma das partes principais desde a conclusão do contrato).[288]

Diversa é a questão sobre se a pretensão do Legitimado a que a outra parte principal aprove a entrega do bem constitui uma pretensão à liberação de uma soma ou a pagamento de uma soma.[289] Tal pretensão pressupõe que a legitimação ao bem que é objeto do escrow já se tenha definido no negócio principal e o Legitimado tenha uma maneira de forçar tal aprovação. Aqui, ao contrário, se trata da fase de pendência antes da definição quanto à legitimação sobre o bem objeto do escrow.

II.3.3 Escrow-substituição e escrow-alternativa

O contrato escrow desempenha função de adimplemento, conforme já explicado. Consequentemente, a entrega do bem ou, pelo menos, a ocorrência (ou falha) da condição deve resultar no adimplemento da dívida principal. É uma pergunta do caso individual, se o efeito de adimplemento ocorre já no momento em que a condição se materializa ou falha, ou quando o bem é efetivamente entregue. A vontade das partes é decisiva. Esse tópico será discutido em detalhes mais adiante (cap. II.6.3). No que diz à definição conceitual, um escrow-substituição é aquele em que a dívida principal se considera adimplida no momento de realização ou falha da condição. Em um escrow-alternativa, por outro lado, o adimplemento da dívida principal ocorre quando da entrega efetiva do bem.

II.3.4 Escrow unidirecional e multidirecional

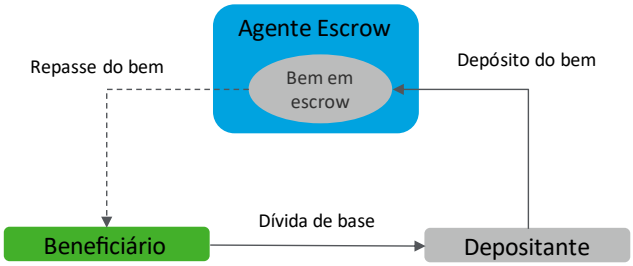
Uma derradeira classificação do contrato escrow se baseia em se a entrega do bem resulta na garantia e cumprimento de obrigações de apenas uma ou de ambas as partes principais.

Um contrato escrow unidirecional é aquele em que o bem objeto do escrow satisfaz apenas dívidas de base do Beneficiário. O contrato escrow serve, então, para garantir e adimplir dívidas na direção Depositante-Beneficiário. Da eventual devolução do bem ao Depositante não

[288] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 167 (a condição pode ter por objeto não só um direito, mas também uma pretensão. A pretensão existe, então, desde já, mas o devedor só é obrigado a prestar se a condição se concretizar).
[289] Para esse assunto, vide WITTE, Jürgen; BULTMANN, Britta. Materiell-rechtliche und prozessuale Probleme beim Unternehmenskauf am Beispiel der vertraglich vereinbarten Kaufpreiszahlung auf ein Treuhandkonto (Escrow Account). **Betriebs-Berater**, Frankfurt am Main, 2005, p. 1121-1125, p. 1122 seq.

resulta cumprimento de uma dívida constante do negócio principal; ao contrário, a devolução pressupõe que o Depositante não tem nenhuma obrigação a cumprir no negócio principal. Essa configuração pode ser ilustrada da seguinte forma:

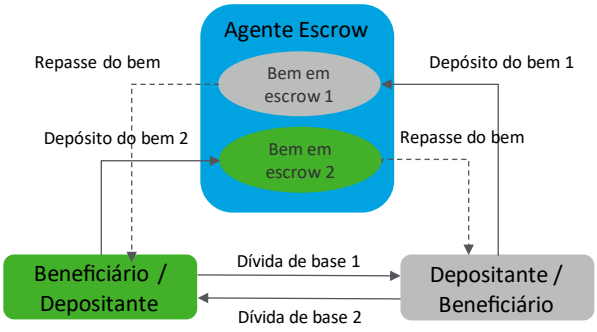
Unidirecional



A ilustração mostra um crédito do Beneficiário contra o Depositante (dívida principal), que tem por objeto o bem depositado em escrow. O bem é depositado pelo Depositante junto ao agente escrow, que o repassa ao Beneficiário para cumprimento de uma obrigação, quando a condição se implementar. Exemplo é o escrow de software, pois a disponibilização do código-fonte satisfaz apenas uma possível obrigação do desenvolvedor perante o usuário do software.

De um contrato escrow unidirecional também se trata quando ambas as partes principais efetuam as respectivas prestações por meio do agente escrow. Ambas as partes principais se encontram na posição de Depositante e Beneficiário. Nessa formatação, a oferta da contraprestação é geralmente condição para o repasse do bem à outra parte. Também aqui o contrato escrow é formulado de forma unidirecional, pois cada bem é direcionado ao cumprimento de apenas uma obrigação. O fato de duas obrigações (duas dívidas de base) serem cumpridas por meio do contrato escrow não deve levar à conclusão de que o contrato escrow é multidirecional, já que dois bens são depositados perante o agente escrow, ou seja, dois bens para duas dívidas. Essa formatação unidirecional "duplicada" pode ser visualizada da seguinte forma:

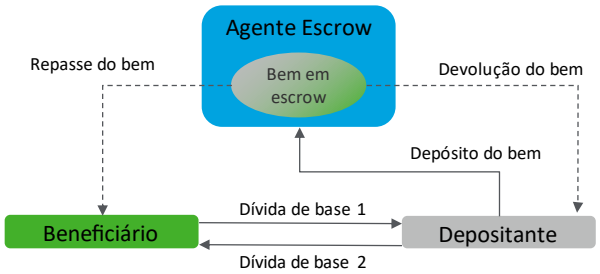
Unidirecional duplo



A ilustração mostra o mesmo diagrama de um contrato escrow unidirecional, apenas duplicado e espelhado. Cada crédito de cada parte principal tem o respectivo bem depositado em escrow como objeto, o qual é depositado junto ao agente escrow e repassado quando a condição se materializa. Por exemplo: ao vender um carro, o vendedor deposita as chaves com o agente escrow, as quais só podem ser repassadas, se o comprador também depositar o preço. O agente escrow então efetua o escambo das prestações.

Diversa é a situação, na qual um único bem tem aptidão para satisfazer duas obrigações em direções opostas. Do ponto de vista material, ambas as partes principais são simultaneamente Depositante e Beneficiário em relação ao bem objeto do escrow (por razões de simplicidade, apenas a parte principal que deposita fisicamente o bem objeto do escrow será chamada "Depositante"). Exemplifica-se com o caso em que duas obrigações do negócio principal se contrapõem uma à outra, de tal forma que, quando uma delas surge ou é adimplida, a outra necessariamente não vem a existir. Esse não é o caso de um escrow unidirecional – a falha da condição significa apenas que nenhum crédito surgiu em favor do Beneficiário, mas não que o Beneficiário seja também ele devedor do Depositante. Em um contrato escrow multidirecional, o bem tem a capacidade de satisfazer obrigações em ambas as direções Depositante-Beneficiário e Beneficiário-Depositante. Isso pode ser demonstrado graficamente da seguinte forma:

Multidirecional



A imagem mostra um bem, que é depositado uma única vez em escrow, e duas dívidas de base em direções opostas. Uma vez depositado, o bem pode ser entregue em qualquer direção com o objetivo de cumprir uma obrigação das partes principais. As transações de compra de participação societária são um exemplo de escrow multidirecional. O comprador deve o preço, enquanto o vendedor é responsável por obrigações de garantia. Como ambas são dívidas de

dinheiro, um único depósito de dinheiro junto ao agente escrow por uma parte principal (o comprador depositante) é suficiente. Se nenhuma garantia for violada, o preço de compra deve ser pago integralmente e o agente escrow repassa o dinheiro ao vendedor. Contrariamente, se surgir uma pretensão em relação às obrigações de garantia, o dinheiro deve ser devolvido ao comprador.

Essa diferenciação não é sem relevância prática. Em um escrow unidirecional, o Beneficiário não é devedor do Depositante, de modo que a devolução do bem em caso de falha da condição se passa exclusivamente entre Depositante e agente escrow. Em princípio, o atraso ou a inadimplência na devolução não constituem violação de obrigação por parte do Beneficiário no negócio principal. Já no escrow multidirecional, a falha da condição provavelmente refletirá a existência de uma obrigação do Beneficiário no negócio principal. Se tiver sido acordado que o efeito de adimplemento se produz quando da devolução do bem (escrow-alternativa), a violação dos deveres do agente escrow pode agir em detrimento do Beneficiário.

II.4 Natureza jurídica

A natureza jurídica do contrato escrow não é uma questão puramente teórica. A categorização no instituto jurídico correto auxilia na determinação das disposições legais aplicáveis e, consequentemente, na solução de questões jurídicas concretas do contrato escrow. Todas as demais questões jurídicas do escrow são, em certa medida, predeterminadas por sua natureza jurídica. Nos capítulos II.6 a II.8 será demonstrado que a ciência jurídica alemã conta com uma base mais segura para lidar com problemas concretos do contrato escrow, porque o processamento do adimplemento por meio de terceiros é praticado há muito tempo na Alemanha. Isso propiciou, por um lado, graças a debates acadêmicos, o desenvolvimento de corpo doutrinário para situações semelhantes ao contrato escrow; de outro lado, propiciou a recepção e regulação de situações corriqueiras na lei e em regulamentações profissionais, que cumprem a função de contratos escrow e, portanto, servem como base apropriada para analogia. No Brasil, devido ao estágio ainda incipiente das discussões acadêmicas, as soluções precisam ser desenvolvidas com recurso a institutos e regras jurídicas mais gerais que não estão tão intimamente relacionadas aos fatos subjacentes a um contrato escrow.

II.4.1 Alemanha

A qualificação do contrato escrow como uma *Treuhand* é amplamente admitida na Alemanha[290] e não precisa ser colocada aqui em xeque. A seguir, será discutido o caráter do contrato escrow como uma *Treuhand* dupla e, em particular, a sua inclusão como contrato de mandato (*Geschäftsbesorgung*) com caráter de empreitada (cap. II.4.1.1). De maior importância é o emprego do depósito notarial (*notarielle Verwahrung*) como fonte de aplicação analógica de dispositivos legais para solucionar questões jurídicas do contrato escrow (cap. II.4.1.2).

II.4.1.1 Contrato escrow como *Treuhand* dupla

II.4.1.1.1 Definição de *Treuhand*

A *Treuhand* não está regulada na legislação alemã como uma figura jurídica autônoma. Sua definição é controversa e, dada a variedade de situações que abrange, é difícil conceitua-la.[291] Tantas monografias foram escritas sobre a *Treuhand* no direito alemão que um panorama de todas as opiniões sobre sua definição e natureza jurídica não cabe neste trabalho.[292] As definições mais comuns da *Treuhand* podem ser divididas em dois grupos, segundo elas se refiram (1) à contraposição entre a criação de uma posição jurídico-real para o fiduciário (*Treuhänder*)

---

[290] Por exemplo: WITTE, Jürgen; BULTMANN, Britta. Materiell-rechtliche und prozessuale Probleme beim Unternehmenskauf am Beispiel der vertraglich vereinbarten Kaufpreiszahlung auf ein Treuhandkonto (Escrow Account). **Betriebs-Berater**, Frankfurt am Main, 2005, p. 1121-1125, p. 1121 (conta fiduciária); NEUHAUS, Martin; KIEM, Roger. Grundelemente einer Kaufpreisregelung. *in*: KIEM, Roger (org.). **Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 4, n. 59, 62 (conta fiduciária); MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions.** 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022, § 48, n. 136 (conta fiduciária); SEIBT, Christoph H.: **Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2011, C.II.2, n. 47 (conta fiduciária); BECKER, Johannes; VOß, Johannes. Muster 1, cap. II.5.g-II.9.f.gg. *in*: KNOTT, Hermann J. **Unternehmenskauf**. 5ª ed. Colônia: RWS Verlag 2017, n. 952 seq. (conta fiduciára); LIPS, Jörg. Vertragsgestaltung und Verhandlung. *in*: HETTLER, Stephan; STRATZ, Rolf-Christian; HÖRTNAGL, Robert (orgs.). **Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2013, § 3, n. 183 seq. (conta fiduciária); HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische Nebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, IV.5, n. 2 (contrato de *Treuhand*); VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, I, 9, a), bb), n. 3 (conta fiduciária); TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 166 (acordo de *Treuhand*); AUER-REINSDORFF, Astrid; KAST, Christian R.; DRESSLER, Maximilian. § 38 IT in der Insolvenz, Escrow. *in*: AUER-REINSDORFF, Astrid; CONRAD, Isabell (coords.). **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 38, n. 98 (relação de *Treuhand*); HOEREN, Thomas. Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen. **Computer und Recht**, Colônia, 2004, p. 721-724, p. 722 (relação de *Treuhand*).

[291] Cf. GERNHUBER, Joachim. Die fiduziarische Treuhand. **Juristische Schulung**, 1988, p. 355-363, p. 355.

[292] Para uma abrangente exposição do tema (inclusive do ponto de vista histórico), vide LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, Parte 1.

nas relações externas da *Treuhand* e a restrição obrigacional do exercício dessa posição jurídica no seu aspecto interno, e/ou (2) ao interesse perseguido pelo *Treuhänder* no exercício dessa posição jurídica. Uma terceira definição menos comum e que difere significativamente das duas primeiras baseia-se (3) na persecução de interesses alheios em virtude de um poder próprio, independentemente da aquisição de uma posição jurídico-real sobre o bem objeto da *Treuhand*.

A definição (1) é usualmente reconduzida ao conhecido artigo publicado por *Regelsberger* em 1880.[293] De acordo com *Regelsberger*, os "negócios jurídicos fiduciários" caracterizam-se pelo fato de as partes só quererem valer-se do poder jurídico atribuído ao fiduciário por meio do negócio para determinados fins, mas não para todos os fins possíveis. A desproporção entre fins e meios seria característica dos negócios fiduciários.[294] Essa definição é encontradiça até hoje em inúmeros livros de doutrina e comentários com pequenas variações, como a variante do "poder jurídico excessivo" (*überschießende Rechtsmacht*) nas relações externas,[295] ou a da obtenção do poder de disposição nas relações externas com restrição obrigacional no plano interno,[296] ou até mesmo uma combinação de ambas as variantes acima.[297] Por vezes se enfatiza a duplicidade de atos da *Treuhand*, no sentido de que, além de um elemento material, consistente em deter e exercer certos direitos, também um elemento pessoal é necessário, qual seja, a vinculação obrigacional de exercer esses direitos no interesse alheio.[298]

---

[293] *Regelsberger,* entretanto, não foi o primeiro a conceituar a *Treuhand* (vide LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 2, III, 2, c), d)).

[294] Cf. REGELSBERGER, Ferdinand. Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1880, p. 157-207, p. 171 seq. Apesar da "paternidade" da doutrina dos negócios fiduciários que frequentemente lhe é atribuída, é digno de nota que *Regelsberger* não escreveu propriamente uma teoria dos negócios fiduciários no mencionado artigo. Na realidade, ele apenas pretendeu distinguir os ilícitos negócios simulados (*Scheingeschäfte*) e as transações por ele chamadas "formas nebulosas" (*Schleichwege*) dos lícitos negócios fiduciários.

[295] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 2. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 662 BGB, n. 37.

[296] Cf. TEICHMANN, Christoph. § 675 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 131; SCHMIDT, Karsten. §§ 171-237. *in*: DRESCHER, Ingo; FLEISCHER, Holger; SCHMIDT, Karsten. **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**. Munique: C. H. Beck, 2019, Vorb. § 230 HGB, n. 35.

[297] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662 BGB, n. 40; BRINKMANN, Moritz. §§ 47-52 InsO. *in*: UHLENBRUCK, Wilhelm *et al*. **Insolvenzordnung Kommentar**. Munique: Franz Vahlen, 2019, § 47 InsO, n. 77; HENSSLER, Martin. Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1996, p. 37-87, p. 41 seq. (relativamente crítico).

[298] Cf. GEIBEL, Stefan J. **Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 63 seq., 111 seq.; COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 85 seq.; MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662 BGB, n. 46; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 75/01 do IX Senado Civil, de 24 de junho de 2003. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 155, p. 227 (§ 17).

A definição (2) é frequentemente trazida na literatura jurídica com base na definição de *Siebert,* segundo a qual o *Treuhänder* é "uma pessoa natural ou jurídica que adquiriu direitos patrimoniais de outra (ou para outra) pessoa em direito próprio, mas que não deve, ou pelo menos não deve exclusivamente, exercer esses direitos em seu próprio interesse".[299] Se se toma o interesse relevante como ponto de partida, deve-se também explicar em que medida a *Treuhand* se distingue da persecução de interesses para terceiros comum, por exemplo, no contexto de um mandato gratuito ou oneroso. *Coing* remete, nesse sentido, ao elemento material: a *Treuhand* seria a persecução de interesses de terceiros qualificada pelo exercício de determinados direitos.[300]

O conceito de *Treuhand* em (3) é defendido principalmente por *Löhnig* e se afasta dos conceitos tradicionais de *Treuhand*. O ponto de partida é que, em sua estrutura, a *Treuhand* concatena os interesses das partes de tal forma que o fiduciário cuida dos interesses do fiduciante (*Treugeber*) como se fossem os seus próprios interesses. A *Treuhand* seria um exemplo do que se costuma designar pela expressão latina "*tua res a me quasi mea agitur*". Esse desacoplamento das posições do interessado original (fiduciante) e daquele que se cura do interesse levaria a uma relação de substituição: o fiduciário toma o lugar do fiduciante na persecução dos interesses deste último.[301] É irrelevante se o fiduciário se investe na titularidade de direitos patrimoniais reais. Importante é que lhe seja concedida uma posição de poder que permita intervir na esfera de interesses do fiduciante perante terceiros. Dois elementos compõem, portanto, a *Treuhand*: (i) a relação obrigacional, pela qual o fiduciário se compromete a perseguir interesses alheios; e (ii) a posição de poder que lhe viabiliza cumprir os seus deveres como

---

[299] SIEBERT, Wolfgang. **Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis**. 2ª ed. Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1933, p. 1 (no original: "*eine natürliche oder juristische Person, die von einem anderen (oder für einen anderen) Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben hat, diese Rechte aber nicht, oder wenigstens nicht ausschließlich, in eigenem Interesse ausüben soll*"). Em termos semelhantes: SCHUBERT, Claudia. §§ 164-181. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 164 BGB, n. 59; MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662 BGB, n. 40; ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença V 352/11 do V Senado Civil, de 20 de março de 1912, **Reichsgericht in Zivilsachen,** volume 79, p. 121 (na constituição de uma hipoteca em nome de um terceiro fiduciário sobre o imóvel do dono da obra em favor dos operários a aquisição do direito não é no interesse próprio, mas alheio). Crítico a essa tradicional definição ("definições como a mencionada nunca passaram de um denominador comum"): GEIBEL, Stefan J. **Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 7 seq.

[300] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 85. A necessidade de uma diferenciação também é ressaltada em outras sedes, veja-se, por exemplo, BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 25 seq.

[301] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 115 seq.

fiduciário.[302] O tradicional requisito do excesso de poder jurídico ou a discrepância entre o poder para fora e o estar permitido para dentro não seria característica essencial da *Treuhand*.[303]

Esse panorama mostra que o conceito de *Treuhand* na Alemanha, apesar de suas inúmeras variações, pode ser explicado por sempre se basear em dois componentes. O primeiro é que há uma concessão de poder, seja por meio da transmissão de um direito ao fiduciante ou da atribuição de outro tipo de poder (como uma procuração, conforme § 164 BGB e seguintes, ou uma autorização para dispor, conforme § 185 BGB) sobre o bem objeto da *Treuhand*; o segundo é que a maneira pela qual esse poder é exercido sofre restrições, às vezes graças à pactuação explícita de tal restrição, outras vezes derivada da simples obrigação de perseguir interesses de outrem. A doutrina alemã inclui uma ampla gama de situações sob esse conceito amplo e não totalmente uniforme de *Treuhand*. A título de exemplo, sociedades de investimento (*Kapitalanlagegesellschaften*) são consideradas fiduciárias dos investidores,[304] assim como a relação do administrador da insolvência com as partes envolvidas no processo de insolvência[305] ou do testamenteiro (*Testamentsvollstrecker*) com os herdeiros[306] também são *Treuhand*.

É fácil demonstrar que o contrato escrow se enquadra nesse conceito de *Treuhand*. O agente escrow recebe o bem em escrow e age no interesse de ambas as partes principais, dado que o bem fica sob seu controle até a implementação ou falha de uma condição. O agente escrow não pode, contudo, empregar o bem como desejar, mas deve usá-lo exclusivamente com a finalidade de garantir e efetivar o adimplemento da transação.

II.4.1.1.2 Tipos de *Treuhand*

Há diversos tipos de *Treuhand* na Alemanha, que podem ser divididos em quatro grandes categorias. A *Treuhand* pode ser classificada de acordo com o fim, com a disposição de interesses, com o poder adquirido sobre o bem objeto da *Treuhand* ou com o meio empregue para obtenção desse poder. Examina-se a seguir em qual dessas categorias se enquadra o

---

[302] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 117 seq.
[303] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 171.
[304] Vide em detalhes para essa questão, GEIBEL, Stefan J. **Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, cap. 1, III, 4 (uma *Treuhand* deve ser admitida, ao menos quando a sociedade de investimentos se torna proprietária dos ativos).
[305] Cf. GRAEBER, Thorsten. §§ 56-59 InsO. *in*: STÜRNER, Rolf; EIDENMÜLLER, Horst; SCHOPPMEYER, Heinrich. **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Volume 1. 4ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 56 InsO, n. 148.
[306] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 20 seq.

contrato escrow.

II.4.1.1.2.1 De acordo com o fim da *Treuhand*

A categorização mais comum distingue a *Treuhand* para fins de garantia (*Sicherungstreuhand*) daquela para fins de administração (*Verwaltungstreuhand*). Essa distinção é relevante, porque diferentes consequências jurídicas são atribuídas a um e outro tipo de *Treuhand*.[307] O objetivo da *Treuhand* com fins de garantia normalmente é o de assegurar uma pretensão do fiduciário. O bem serve apenas ao propósito de satisfazer a dívida; se a dívida é quitada, ele reverte para o fiduciário, caso contrário, pode ser excutido.[308] A *Treuhand* para fins de garantia pode ser construída com um acordo de transmissão resolutivamente condicionado (no plano do negócio de disposição, portanto) ou com uma pretensão meramente obrigacional à restituição do bem.[309] Exemplos clássicos são a alienação fiduciária em garantia (*Sicherungsübereignung*) de bens móveis e a cessão de créditos em garantia (*Sicherungsabtretung*). Na *Treuhand* para fins de administração, os ativos são transferidos ao fiduciário para que este os administre no interesse do fiduciante [310] e atinja determinados objetivos do último. Na vida prática, a *Treuhand* para fins de administração é utilizada sobretudo em cessões de crédito para fins de cobrança, bem como em fundos de investimento.

Um terceiro tipo de *Treuhand*, que frequentemente não recebe a devida atenção, é aquela com fim de adimplemento. Direitos são transferidos ao credor, os quais ele pode utilizar para satisfazer seu crédito. A entrega de um direito em caráter *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber*), na qual o credor deve, em primeiro lugar, buscar a satisfação do seu crédito a partir do bem – e aqui fica clara a diferença para a *Treuhand* com fins de garantia, já que o fiduciário com fins de garantia não pode buscar a satisfação do seu crédito a partir da coisa de forma prioritária, mas somente em caso de inadimplemento – é o principal caso de *Treuhand* com fins de adimplemento.[311]

---

[307] Para o tratamento da *Treuhand* com fins de garantia e de administração na execução forçada, vide cap. II.8.1.
[308] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 72 seq.; LAKKIS, Panajotta. §§903-905 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 903 BGB, n. 69.
[309] Cf. LAKKIS, Panajotta. §§903-905 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 903 BGB, n. 69.1.
[310] Cf. SCHUBERT, Claudia. §§ 164-181. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 164 BGB, n. 60.
[311] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 10; GERNHUBER, Joachim. Die fiduziarische Treuhand. **Juristische Schulung**,

As partes principais desejam, com o contrato escrow, primordialmente cumprir a obrigação do devedor no negócio principal por meio da entrega do bem objeto do escrow. Logo, o contrato escrow pode ser classificado como uma *Treuhand* para fins de adimplemento. Isso não exclui o fim de garantia do escrow, mas apenas enfatiza que a custódia do bem pelo agente escrow visa ao interesse primário do credor e não apenas a uma reserva para o caso de inadimplemento. O fato de haver também um fim de garantia se explica pela intenção inerente a todo contrato escrow de aumentar a probabilidade do adimplemento. A classificação como *Treuhand* para fins de adimplemento se aplica independentemente de a pretensão contra o agente escrow ser adquirida *pro solvendo* ou na via de uma autorização para substituir o objeto da prestação.[312] O objetivo de ambas essas construções é o adimplemento; a diferença reside no fato de ele ocorrer prioritária ou exclusivamente pela atuação do agente escrow.

Finalmente, deve-se admitir que o agente escrow administra o bem durante a fase de pendência (entre o depósito e a entrega), mas isso não torna o escrow uma *Treuhand* para fins de administração, porque a manutenção do bem com o agente escrow é apenas preparação para seu repasse ou devolução, e não um fim do contrato.

II.4.1.1.2.2 De acordo com a disposição de interesses

Segundo os interesses perseguidos, a *Treuhand* é classificada como em interesse próprio, interesse alheio ou em interesse duplo. A *Treuhand* em interesse próprio geralmente é equiparada à *Treuhand* com finalidade de garantia, e a que persegue interesses alheios àquela com fins de administração. Isso se explica porque, na *Treuhand* com fim de garantia, o fiduciário é quem primariamente possui interesse na garantia, ao passo que quem se beneficia da administração no caso de uma *Treuhand* em interesse alheio é o fiduciante.[313] A definição dos interesses perseguidos seria feita, assim, da perspectiva do fiduciário.

Todavia, não se afigura totalmente correto equiparar a *Treuhand* no interesse próprio a

---

Munique, 1988, p. 355-363, p. 356; LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 362-371 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 364 BGB, n. 42 seq.

[312] Para a qualificação como *datio pro solvendo* ou autorização para substituir o objeto da prestação, vide cap. II.6.3.1.

[313] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662 BGB, n. 42 seq.; SCHUBERT, Claudia. §§ 164-181. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 164 BGB, n. 60; MELLER-HANICH, Caroline. §§ 929-936 BGB. *in*: GRZIWOTZ, Herbert *et al*. **Nomos Kommentar BGB**. Volume 3. 5ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022, § 929 BGB, n. 16.

uma com fim de garantia e aquela no interesse alheio a uma com fim de administração. Já dificuldades conceituais surgem com essa equiparação, pois uma atividade exclusivamente no interesse próprio não é consistente com a persecução de interesses de terceiros – que, como visto, é traço essencial de qualquer *Treuhand*. Em vista disso, geralmente se afirma que os interesses do fiduciário são centrais no *Treuhand* com fim de garantia, mas sem excluir a persecução de outros interesses do fiduciante.[314] Outras dificuldades surgem quando se leva em consideração casos em que fins de administração e de garantia se combinam, ou o período entre a quitação da dívida pelo fiduciante e a efetiva restituição do bem em uma *Treuhand* com propósito de garantia, pois aí o fiduciário terá o bem consigo para nenhum outro propósito além de sua administração.[315] Além disso, o fiduciário não age em seu próprio interesse se for terceiro em relação ao negócio de base.[316] Na realidade, deve-se evitar relacionar os dois critérios (interesses perseguidos e finalidade da *Treuhand*), pois a questão de em qual das partes do contrato reside o interesse relevante não é crucial para a determinação do fim da *Treuhand*. O interesse próprio do fiduciário também pode ser parte essencial em uma *Treuhand* com finalidade de administração, por exemplo, se o objeto é usado nos negócios do fiduciário. *Henssler* afirma, com propriedade: "*A* Treuhand *exclusivamente no interesse alheio e a* Treuhand *com fins de garantia no interesse próprio devem ser entendidas como dois polos extremos em uma escala de posições de interesse gradualmente marcadas*".[317] Essa visão abre caminho para o entendimento correto da *Treuhand* no interesse duplo.

Entende-se por *Treuhand* em interesse duplo (*doppelnützige Treuhand* ou *Doppeltreuhand*), por vezes chamada *Treuhand* multilateral, a situação em que o fiduciário detém o bem que é objeto da *Treuhand* para mais de uma pessoa com interesses conflitantes.[318] Com *Bitter*

---

[314] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, cap. 5, I, 1, b); SIEBERT, Wolfgang. **Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis**. 2ª ed. Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1933, p. 100 seq.

[315] Cf. GERNHUBER, Joachim. Die fiduziarische Treuhand. **Juristische Schulung**, Munique, 1988, p. 355-363, p. 356.

[316] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 9.

[317] HENSSLER, Martin. Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1996, p. 37-87, p. 43. Também *Gernhuber* reconduz esse problema a uma doutrina incompleta dos tipos (cf. GERNHUBER, Joachim. Die fiduziarische Treuhand. **Juristische Schulung**, Munique, 1988, p. 355-363, p. 357).

[318] Cf. GEIBEL, Stefan J. **Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 438; COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, cap. 5, I, 1, d); SIEBERT, Wolfgang. **Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis**. 2ª ed. Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1933, p. 101; HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 109; BORK, Reinhard. Die Doppeltreuhand in der Insolvenz. **Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht**, Munique, 1999, p. 337-344, p. 337 (sem mencionar o conflito de interesses).

pode-se dizer que, se esse conflito de interesses não existisse e "dois fiduciantes confiassem conjuntamente ao fiduciário um bem, o que haveria seria uma mera *Treuhand* com fins de administração, caracterizada apenas pela particularidade de que no polo dos fiduciantes haveria uma pluralidade de credores, no que diz respeito à pretensão à restituição do bem".[319] Se houver mais de uma pessoa no polo fiduciante, deve-se distinguir, conforme preconiza *Löhnig*, a cisão quantitativa da qualitativa na posição de fiduciante. Quando a posição de fiduciante couber a várias pessoas conjuntamente, dá-se a cisão quantitativa e o fiduciário tem obrigação de tratar os fiduciários igualmente, desde que tenham posições de mesmo nível, de acordo com a natureza da sua relação (sobretudo se estiverem em uma comunhão de interesses ou em uma comunhão de direitos em mão comum).[320] A situação é diferente quando os interesses dos fiduciantes são conflitantes; o fiduciário tem, então, de equilibrar esse conflito de interesses.[321]

O grupo de casos mais importante é a *Teuhand* dupla com fins de garantia.[322] Aqui, o prestador da garantia entrega um bem ao fiduciário para garantia de um crédito do garantido, o qual o fiduciário pode excutir em caso de inadimplemento pelo devedor. A categorização dessas relações como *Treuhand* com fins de garantia ou de administração é controvertida, mas a provável opinião predominante é de que a relação jurídica entre o prestador da garantia e o fiduciário duplo seria uma *Treuhand* para fins de garantia, enquanto que a *Treuhand* da parte garantida com fiduciário duplo teria fins de administração.[323]

Em uma *Treuhand* dupla, as partes assumem que duas situações podem ocorrer. Na situação A, o bem objeto da *Treuhand* deve ser entregue a uma das partes (eventualmente excutido, se se tratar de uma *Treuhand* com fim de garantia); na situação B, o fiduciário é obrigado a entregar o bem à outra parte.[324] Parece fora de questão que essa construção corresponde ao

---

[319] BITTER, Georg. Die Doppeltreuhand in der Insolvenz. *in*: BERGER, Christian; KAYSER, Godehard; PANNEN, Klaus (orgs.). **Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag**. Munique: C. H. Beck, 2010, p. 116.

[320] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 12.

[321] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 13.

[322] Para outros casos individuais em que uma *Treuhand* dupla se faz presente, consulte GANTER, Hans Gerhard. §§ 47-52 InsO. *in*: STÜRNER, Rolf; EIDENMÜLLER, Horst; SCHOPPMEYER, Heinrich (coords.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Munique: C. H. Beck, 2019, § 47 InsO, n. 387 seq. Também: GEIBEL, Stefan J. **Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 438 seq.

[323] Mais detalhadamente sobre essa discussão, veja-se HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 119 seq.

[324] Cf. BITTER, Georg. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei besitzlosen Rechten und bei einer (Doppel-)Treuhand am Sicherungsgut. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2015, p. 2249-2259, p. 2254; WEITBRECHT, Jannik. Die Doppeltreuhand – Grundstruktur, Insolvenzfestigkeit, Verwertung. Eine Analyse der Grundstruktur der Doppeltreuhand und ihrer Behandlung in der Treugeberinsolvenz. **Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht**, Munique, 2017, p. 553-560, p. 554.

contrato escrow.

A capacidade da *Treuhand* dupla de comportar interesses conflitantes das partes do negócio de base é particularmente relevante para o contrato escrow. Não se trata de determinar o interesse que mais pesa na *Treuhand* (se do fiduciário, do fiduciante ou até mesmo de um terceiro), pois diversas combinações podem surgir, mas de como esses interesses se interligam e afetam os direitos e as obrigações das partes. Embora ambas as partes principais tenham interesse no mesmo bem, a apenas uma delas ele cabe – nos termos do negócio principal. A entrega a uma parte principal significa necessariamente a não entrega para a outra. As próprias partes principais estipulam que seus interesses se equilibram, quando um terceiro independente observa rigorosamente a condição do escrow. Essa forma típica específica de perseguir interesses alheios caracteriza o contrato escrow. Portanto, o instituto da *Treuhand* dupla com cisão qualitativa da posição de fiduciário explica bem a natureza do contrato escrow.

II.4.1.1.2.3 De acordo com a posição jurídica do fiduciário sobre o bem

A *Treuhand* também sói ser classificada de acordo com a posição jurídica obtida pelo fiduciário sobre o bem que constitui seu objeto. Além da clássica *Treuhand* de direitos (*Vollrechtstreuhand*) – também conhecida como *Treuhand* "fiduciária" (*fiduziarische Treuhand*), na qual é concedida ao fiduciário a plena titularidade de um direito sobre o bem – também devem ser consideradas as construções com a simples autorização para dispor do bem (*Ermächtigungstreuhand*) ou com uma procuração (*Vollmachtstreuhand*). Nessas duas últimas situações, nenhum direito é transferido ao fiduciário e o fiduciante permanece como único titular do bem ou do direito sobre o bem. Com uma autorização para dispor, o fiduciante pode praticar atos de disposição em nome próprio de forma eficaz sobre bem alheio, enquanto que, se detiver apenas poder de representação, ele não poderá dispor do bem e nem o fará em seu próprio nome, mas concluirá um negócio diretamente em nome da parte representada. Em ambos esses últimos casos, o fiduciário adquire uma posição jurídica sobre o bem, por força da qual pode interferir na esfera de interesses do fiduciante.[325] Uma quarta formatação poderia ser vista na chamada Treuhand de direito alemão (*deutschrechtliche Treuhand*) ou "fidúcia germânica", a qual se caracteriza pela submissão do direito transferido ao fiduciário a uma condição resolutiva, de modo que a titularidade do direito reverta automaticamente ao fiduciante, por exemplo, em caso de uma disposição sobre o bem contrária aos termos da *Treuhand* ou em caso de execução por

[325] Veja-se, com ulteriores referências, LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 5, VII, 1 e 3.

credores do fiduciário.[326] Essas manifestações podem ser classificadas como *Treuhand*, porque elas podem conferir maior poder externamente do que as partes acordam internamente, o qual, por sua vez, pode ter de ser exercido no interesse do fiduciante.

Essa classificação é didática, mas, novamente, não esgota as inúmeras formas que uma *Treuhand* pode assumir. O tipo de posição jurídica não é essencial para a *Treuhand*, mas sim quais as obrigações que podem surgir da possibilidade de interferir na esfera de interesses alheia e de suas restrições no plano obrigacional. Essa classificação não abrange, por exemplo, a estruturação com a transmissão da simples posse ao fiduciário, como no caso do escrow-posse. Nada obstante, não há dúvidas de que o agente escrow também possa perseguir os interesses das partes principais por meio da posse. Isso prova que "uma categorização das relações de *Treuhand* de acordo com a natureza do poder adquirido é equivocada".[327]

A categorização do contrato escrow como *Treuhand* de direitos é evidente no caso de um escrow-direito. Mas ela também pode assumir qualquer outra forma, desde que as características essenciais do contrato escrow estejam presentes. Embora não seja usual, é perfeitamente concebível, por exemplo, conceder ao agente escrow autorização para dispor em um escrow-posse, para que ele possa eficazmente alcançar a propriedade do bem ao Beneficiário quando a condição do escrow se materializar. O tipo de posição jurídica sobre o bem não é, assim, de particular relevância para a categorização do escrow na *Treuhand*. No entanto, o tipo da posição jurídica afeta sobremaneira as relações externas do contrato escrow, visto que, no caso de um escrow-posse, por exemplo, os credores do agente escrow não podem penhorar o bem objeto do escrow devido à falta de titularidade do executado sobre o bem.

II.4.1.1.2.4. De acordo com o meio de obtenção da posição jurídica

Uma ulterior classificação distingue as relações de *Treuhand* segundo o método utilizado pelo fiduciário para se investir do direito sobre o bem objeto da *Treuhand*, podendo ser uma aquisição direta junto ao fiduciante (*Treuhand* por transferência ou *Übertragungstreuhand*), aquisição junto a um terceiro (*Treuhand* por aquisição ou *Erwerbstreuhand*) ou já estar no patrimônio do fiduciário antes da conclusão da *Treuhand* (*Treuhand* por acordo ou

[326] Veja-se, com ulteriores referências, LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 4, IV, 3, b).
[327] LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 173 (no original: "*eine Kategorisierung der Treuhandverhältnisse nach Art des Machtmittels fehlgeht*"). A posse da coisa também pode ser meio adequado para perseguir interesses alheios (vide LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 160 seq.). A qualificação do escrow-posse como *Treuhand*, portanto, não se afigura problemática.

Vereinbarungstreuhand).[328] Essa classificação só faz sentido no caso de uma *Treuhand* de direitos, pois não é concebível uma autorização para dispor ou uma outorga de poder de representação sobre um direito que não pertença ao fiduciante.[329] Ela possui certa relevância no direito alemão, porque a jurisprudência tradicionalmente se baseia na imediatidade da transferência do bem objeto da *Treuhand* do patrimônio do fiduciante ao patrimônio do fiduciário para conceder ao fiduciante, na *Treuhand* com finalidade de administração, o direito de separação dos seus ativos na insolvência do fiduciário (*Aussonderungsrecht*), bem como a possibilidade de apresentar embargos de terceiro na execução singular contra o fiduciário (*Drittwiderspruchklage*). Essa proteção seria concedida ao fiduciante, de acordo com o chamado princípio da imediatidade (*Unmittelbarkeitsprinzip*), apenas na *Treuhand* de transferência.[330] Essa classificação não é de grande relevância para o contrato escrow, dado que ele se não se enquadra como *Treuhand* com fins de administração, mas apresenta fins de adimplemento.

II.4.1.1.3. Qualificação do contrato escrow como *Treuhand*

II.4.1.1.3.1. *Treuhand* como contrato de mandato

A lei não prevê um tipo separado de contrato para a *Treuhand*. Entretanto, ela é convencionalmente considerada um subtipo do contrato de mandato – *Geschäftsbesorgung* ou *Auftrag*, segundo o contrato seja a título oneroso ou gratuito.[331] Essa categorização se deve à peculiar

---

[328] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662 BGB, n. 49; GEIBEL, Stefan J. **Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 8 seq.

[329] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 24.

[330] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662 BGB, n. 47. Na decisão paradigma ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 448/13 do VII Senado Civil, de 19 de fevereiro de 1914, **Reichsgericht in Zivilsachen**, volume 84, p. 214, que deitou as bases do princípio da imediatidade, o tribunal do império alemão negou ao fiduciário o direito de apresentar embargos de terceiro, porque o direito aos aluguéis surgira diretamente na pessoa do fiduciário. Mais sobre esse assunto abaixo, cap. II.8.1.1.3.2. O fato de a imediatidade ter sido considerada um elemento constituinte da própria *Treuhand* na jurisprudência mais antiga do tribunal do império, posteriormente abandonada e tratada como necessária apenas para a proteção do fiduciante na insolvência e na execução singular, não precisa ser explicado aqui detalhadamente. Para tanto, veja-se com maiores referências, HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, § 2, B, II, 1, a).

[331] Por exemplo: SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 662 BGB, n. 40; HEERMANN, Peter W. §§ 675-675b BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 114; RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan;

colocação desses tipos contratuais no direito alemão.

De acordo com o § 662 BGB, pelo contrato de mandato gratuito (*Auftrag*) "*o mandatário se [obriga] a desempenhar um negócio a ele designado pelo mandante de forma gratuita*". De outra parte, a lei prevê, mas não conceitua explicitamente o tipo contratual do mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*), limitando-se a estipular a aplicação de determinadas disposições do mandato gratuito ao mandato oneroso (§ 675(1) BGB): "*Salvo disposição em contrário neste subtítulo, aplicam-se ao contrato de prestação de serviços [Dienstvertrag] ou de empreitada [Werkvertrag] que tenha por objeto o desempenho de um negócio [Geschäftsbesorgung] as disposições dos §§ 663, 665 a 670, 672 a 674 BGB e, se ao devedor couber o direito de resilir o contrato sem observância de um prazo prévio, também as disposições do § 671(2) BGB*". Essa redação traz consigo dificuldades na definição do próprio tipo contratual do mandato oneroso e, em especial, na distinção para o contrato de mandato gratuito.

A chamada teoria unitária coloca um conceito amplo e uniforme de desempenho de negócio à base tanto do mandato gratuito quanto do oneroso, o qual incluiria qualquer atividade no interesse de outrem. Dessa forma, o mandato oneroso seria meramente a contraface do mandato gratuito, apenas teria diferentemente a previsão de uma remuneração, e inevitavelmente abrangeria todo contrato de prestação de serviços ou de empreitada.[332] A atual doutrina majoritária segue a chamada teoria da separação. De acordo com essa teoria, o conceito de desempenho de negócio deveria ser entendido de forma estreita e não totalmente coincidente nos mandatos gratuito e oneroso, mais precisamente, ele deveria ser conceituado como uma "atividade independente de natureza econômica, pela qual o mandante é originalmente responsável, e que é assumida por outra pessoa (o encarregado do negócio)" no mandato oneroso ("fórmula do mandato oneroso" do BGH).[333] Diversamente, qualquer ação no interesse alheio poderia se

REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 662 BGB, n. 72; MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662, n. 40; LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 135.

[332] Cf. Com maiores referências MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662, n. 11 seq. De acordo com outra opinião, o conceito amplo de desempenho de um negócio deveria incluir apenas atividades dentro da esfera de negócios do mandante, o que já exclui inúmeras situações dos contratos de prestação de serviços e de empreitada. Em outras palavras, mesmo na teoria unitária, os mandatos gratuito e oneroso não coincidiriam necessariamente (vide TEICHMANN, Christoph. § 675 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 19).

[333] ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 120/65 do VII Senado Civil, de 25 de abril de 1966. **Neue juristische Wochenschrift**, 1966, p. 1452 (p. 1454) (no original: "*selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher*

enquadrar no mandato gratuito.[334] Seguindo-se esse conceito mais restrito de mandato oneroso, ele não seria a simples contrapartida onerosa do mandato gratuito e tampouco precisaria necessariamente ser objeto de um contrato de prestação de serviços ou de empreitada.[335] Se o mandato oneroso tiver as características de um contrato de prestação de serviços ou de empreitada (contrato de prestação de serviços ou de empreitada "a desempenho de um negócio"), então os dispositivos legais mencionados no § 675(1) BGB seriam aplicáveis. De qualquer forma, a discussão tem pouco significado prático em várias áreas (por exemplo, em contratos de *Treuhand*, de consultoria tributária e de gerenciamento de construção, mas não em contratos de trabalho), pois esses dispositivos seriam aplicáveis de qualquer forma, se não por remissão direta na Lei, ao menos por meio de analogia individual.[336]

Se entendermos o tipo do mandato oneroso de acordo com a fórmula do BGH, seis características são necessárias para que exista um contrato de mandato oneroso: atividade, independência, natureza econômica, caráter patrimonial, interesse alheio e persecução de interesses.[337] As ações do mandatário devem constituir uma atividade, ou seja, devem consistir em uma conduta ativa, seja ele um negócio jurídico, um ato semelhante a um negócio jurídico ou um ato fático. A prática de uma omissão ou tolerância não é suficiente.[338] De forma independente age quem mantém certa margem de liberdade e discricionariedade frente ao mandante, na qual lhe é permitido refletir e agir sob sua própria responsabilidade. A submissão do mandatário às instruções do mandante não elimina sua independência, desde que esta não seja completamente neutralizada pela obrigação de seguir as instruções do mandante.[339] A natureza

---

Art, für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte, die ihm aber durch einen anderen (den Geschäftsführer) abgenommen wird").

[334] Cf. TEICHMANN, Christoph. § 675 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 10.

[335] Cf. com maiores referências, MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662, n. 15 seq.

[336] Cf. HEERMANN, Peter W. §§ 675-675b BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 11.

[337] Aqui será utilizada a análise das características do mandato oneroso constante de MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A9 seq.

[338] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A10; HEERMANN, Peter W. §§ 675-675b BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 5.

[339] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von**

econômica da atividade significa que ela deve pertencer à vida econômica, o que exclui negócios em áreas como arte e religião. O encarregado não precisa necessariamente criar valor para o mandante, assim como a atividade não precisa ter valor econômico.[340] O negócio deve apresentar algum impacto sobre o patrimônio do mandante. Isso não significa que deva aumentar ou diminuir o seu patrimônio – a defesa dos bens que integram o patrimônio contra ameaças ou a simples administração de um bem também possuem impacto sobre o patrimônio do mandante, no sentido da fórmula do mandato oneroso –, mas é necessária alguma forma de influência sobre o status patrimonial do mandante.[341] O desempenho do negócio também precisa ocorrer em benefício alheio e ter como objetivo a persecução dos interesses do mandante. O mandatário oneroso não busca seus próprios interesses, mas os de terceiros, em que pese a atividade não deixe de ser em benefício de terceiros pelo fato de interesses próprios do mandatário também serem buscados ao lado dos interesses de terceiros.[342]

A partir dessa conceituação, é fácil entender a qualificação da *Treuhand* como um mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*), se houver remuneração, ou como um mandato gratuito (*Auftrag*), se não houver. A categorização do contrato escrow como uma *Treuhand* também é patente. O agente escrow protege e intervém ativamente na transferência de bens integrantes do patrimônio de uma parte principal para outra. Ao fazer isso, ele age de forma independente, apesar de estar estritamente vinculado às instruções das partes principais (geralmente listadas de forma exaustiva no contrato escrow). A persecução de interesses alheios também é evidente no contrato escrow, pois a atividade do agente escrow não consiste senão no equilíbrio de

---

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A11 seq.; TEICHMANN, Christoph. § 675 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 12.

[340] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A15 seq.; TEICHMANN, Christoph. § 675 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 12; HEERMANN, Peter W. §§ 675-675b BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 8.

[341] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A17 seq.; HEERMANN, Peter W. §§ 675-675b BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 8.

[342] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A19 seq.; HEERMANN, Peter W. §§ 675-675b BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 7.

interesses conflitantes, como em qualquer *Treuhand* dupla.[343] Essa atividade parte de um bem do Depositante e serve, por um lado, à satisfação de um crédito do Beneficiário e, por outro lado, à garantia de créditos recíprocos ou para assegurar que o bem não entre na esfera de controle do Beneficiário pré-tempestivamente. Fica, assim, evidenciada a influência patrimonial e a natureza econômica do contrato escrow. Resta apenas examinar se a relação de *Treuhand* do contrato escrow possui traços do contrato de prestação de serviços ou de empreitada.

II.4.1.1.3.2. Caráter de empreitada

O contrato de prestação de serviços (*Dienstvertrag*) é definido de forma ampla no § 611(1), (2) BGB. Objeto do contrato podem ser serviços de qualquer natureza. Como a lei não conceitua "serviços", a palavra "serviço" pode ser entendida como um elemento elástico do suporte fático, de modo que a diferenciação frente a outras figuras deve ser feita principalmente com base na especialidade das outras disposições legais.[344] Embora uma atividade esteja no núcleo de todo serviço,[345] a busca por um conceito de serviço não leva o intérprete longe.

De acordo com o § 631(1) BGB, o contrato de empreitada tem por objeto a produção de uma obra prometida – a qual pode se traduzir tanto na produção ou modificação de uma coisa, quanto em um resultado a ser obtido por meio de trabalho ou serviço (§ 631(2) BGB). A diferenciação em relação ao contrato de prestação de serviços é tipológica,[346] mas a diferença típica advém da promessa de obtenção de um resultado: no contrato de empreitada, a obrigação está vinculada à produção de um determinado resultado, cuja não ocorrência constitui inadimplemento contratual; no contrato de prestação de serviços, por outro lado, o prestador de serviços não promete um resultado, mas tão somente a prestação adequada de um serviço. O fator determinante é quem assume o risco pela não ocorrência do resultado visado.[347]

---

[343] Nesse sentido, escrows de software são categorizados como *Treuhand* duplas. Vide: GRÜTZMACHER, Malte. Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht? Die Welten zwischen Mannheim und Karlsruhe. **Computer und Recht**, Colônia, 2006, p. 289-296, p. 295; GANTER, Hans Gerhard. §§ 47-52 InsO. *in*: STÜRNER, Rolf; EIDENMÜLLER, Horst; SCHOPPMEYER, Heinrich (coords.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Munique: C. H. Beck, 2019, § 47 InsO, n. 387.

[344] Cf. MATIES, Martin. §§ 611-614 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 611 BGB, n. 7.

[345] Cf. LATZEL, Clemens. § 611 BGB. *in*: RIEBLE, Volker (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 611 BGB, n. 77.

[346] Cf. LATZEL, Clemens. § 611 BGB. *in*: RIEBLE, Volker (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 611 BGB, n. 124 seq. (critérios relevantes para a diferenciação seriam, além da referência a um resultado prometido, também características como referência temporal e capacidade de influenciar o resultado).

[347] Cf. MATIES, Martin. §§ 611-614 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan;

O mandato oneroso com caráter de serviço ou de empreitada não é um contrato de prestação de serviços ou de empreitada qualquer, complementado pelas normas mencionadas no § 675(1) BGB. Na realidade, a disposição de interesses do contrato muda, já que o mandatário oneroso persegue os interesses do mandante, enquanto o mero prestador de serviços ou empreiteiro busca seus próprios interesses, em linha de princípio. Já não se trata mais de um contrato de coordenação, mas de subordinação dos interesses de uma parte aos da outra, no qual as regras aplicáveis ao mandato gratuito, referidas no § 675(1) BGB, se aplicam de forma primária e não apenas suplementar. No mais, a qualificação como mandato oneroso com caráter de contrato de prestação de serviços ou de empreitada não afasta a aplicação das normas do contrato de prestação de serviço ou de empreitada, as quais também são levadas em consideração na determinação do regime jurídico do contrato.[348]

A distinção ganha relevância nas relações de *Treuhand*, na medida em que os deveres do fiduciário podem ser definidos com mais precisão em uma *Treuhand* com características do contrato de empreitada e não precisam se orientar tanto pelo dever-moldura geral de perseguir interesses alheios.[349] Se o fiduciário deve um resultado específico, seus deveres podem ser determinados pelo resultado específico prometido.[350]

O contrato escrow é orientado a um resultado e, portanto, apresenta traços do contrato de empreitada. O agente escrow promete um resultado: o repasse ou a devolução do bem em conformidade com a condição estipulada no contrato escrow. A custódia do bem na fase de pendência também é, portanto, um resultado prometido e, nesse sentido, resultado devido. Essa qualificação é importante, porque as obrigações do agente escrow são definidas e devem ser interpretadas de forma estrita. Ele não se obriga a toda e qualquer forma de perseguir os interesses das partes principais e, em particular, não é obrigado a tomar todas as medidas apropriadas para produzir o equilíbrio de interesses conflitantes entre as partes principais. Ele equilibra

REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 611 BGB, n. 11 seq.

[348] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A23 seq.

[349] Vide cap. II.7.2.1.1 abaixo.

[350] De forma semelhante: LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 149 (*Treuhand* com carcaterísticas de empreitada não leva a um dever principal complexo e indefinido do fiduciário de salvaguardar os interesses alheios, mas apenas ao dever de obter resultado prometido. De acordo com a opinião aqui defendida, entretanto, o fiduciário não se desencarrega desse dever principal, mas apenas altera seu peso na relação de *Treuhand*). Vide também: WILHELM, Christopher. **Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich**. Berlim: Duncker & Humblot, 2017, p. 213; LIEBICH, Dieter; MATHEWS, Kurt. T**reuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft**. 2ª ed. Berlim/Herne: Neue Wirtschafts-Briefe, 1983, p. 73 seq.

os interesses ao limitar-se à observância estrita das instruções das partes principais. Um dever que vá para além das instruções pode exsurgir da obrigação geral de perseguir interesses alheios, mas em extensão bastante limitada.

II.4.1.1.4. Contrato escrow como contrato misto?

O principal dever do agente escrow é agir no interesse das partes principais, o que se encaixa no conceito do contrato de mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*). Mas a persecução de interesses não esgota o programa de deveres do agente escrow, pois ele também se obriga a custodiar o bem, repassá-lo ou devolvê-lo, a cumprir as instruções das partes principais *etc*. Nesse contexto, surge a questão de saber se o contrato escrow apresenta características de vários tipos contratuais e, portanto, deve ser qualificado como contrato misto. Isso é particularmente importante com relação à obrigação de custódia, pois ela é objeto do contrato legalmente típico de depósito (*Verwahrungsvertrag*). Nenhuma grande dificuldade se põe no que diz respeito a outras obrigações do agente escrow, pois essas podem ser facilmente reconduzidas ao contrato de mandato oneroso nos termos do § 675(1) BGB, dada a largueza do conceito de mandato oneroso, como visto.

Os contratos mistos podem ser geralmente divididos em quatro categorias. Os contratos com dever de prestação subordinado (*Nebenleistung*, no sentido de ser menos importante que a prestação principal) típico são aqueles em que há uma prestação principal própria de um contrato típico e pelo menos uma prestação subordinada própria a outro tipo contratual. Contratos combinados são aqueles em que uma parte se compromete a ofertar pelo menos duas prestações igualmente principais (sem relação de subordinação entre uma e outra) características de diferentes tipos contratuais. Nos contratos de tipo duplo, existe para uma prestação típica uma outra contraprestação típica de outro tipo de contrato. E os contratos de tipos fundidos se caracterizam pela mistura de características típicas na prestação principal de uma das partes.[351]

Na presença de um contrato misto, é necessário encontrar a regulamentação a ele aplicável. Três principais teorias buscam oferecer solução para a questão. Os defensores da teoria da absorção entendem que as normas aplicáveis ao tipo contratual da prestação principal (prestação dominante) devem ser aplicadas, com exclusão de outras normas. Já a teoria da

[351] Cf. GERNHUBER, Joachim. **Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 160 seq.; EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 29 seq.

combinação preconiza que as normas próprias a cada tipo contratual devem ser combinadas e aplicadas à respectiva parte do contrato misto. Uma terceira corrente propõe a aplicação por analogia dos dispositivos legais previstos para os contratos típicos.[352] A opinião majoritária atualmente é a de que nenhuma dessas teorias isoladamente pode fornecer solução à questão; em vez disso, tanto o método da absorção, quanto o da combinação ou da analogia podem ser aplicados, dependendo do fim do contrato e das circunstâncias do caso concreto.[353] Aplica-se, assim, segundo a atual doutrina provavelmente majoritária, a máxima de experiência de que aos contratos com prestações subordinadas próprias a outro tipo contratual o método da absorção, enquanto o método da combinação tende a ser usado para contratos combinados e de tipo duplo. Já aqueles contratos em que há fusão de outros tipos deveriam ser tratados como contratos combinados, quando as partes relevantes do contrato puderem ser delimitadas; caso contrário, deveriam ser regidos pelas normas aplicáveis à prestação principal.[354]

De acordo com o § 688 BGB, a principal obrigação do depositário no contrato de depósito é a custódia de bens móveis. A guarda de bens imóveis é tratada como um contrato de mandato gratuito, de prestação de serviços ou de empreitada, e no caso de depósito de direitos, pode estar presente uma *Treuhand*.[355] Segue-se daí que qualquer obrigação do agente escrow de custodiar um imóvel ou um direito de crédito em um escrow-direito não pode logicamente sujeitar-se às regras do depósito, mas apenas àquelas do mandato oneroso, eventualmente complementadas pelas normas da prestação de serviços ou da empreitada. Isso tem poucas consequências práticas para o contrato escrow, dado que todos os contratos escrow configuram *Treuhand* com características de empreitada, de modo que a aplicação dos dispositivos da lei sobre o mandato oneroso e a empreitada teriam lugar de qualquer maneira (com exclusão das normas da prestação de serviços). Não é preciso indagar se o caráter de empreitada, nos termos do § 675(1) BGB, forma um subtipo de mandato oneroso ou um contrato misto de mandato

[352] Cf. GERNHUBER, Joachim. **Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 162 seq.
[353] Cf. EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 29; MARTINEK, Michael. **Moderne Vertragstypen**. Volume I. Munique: C. H. Beck, 1991, p. 25.
[354] Cf. GERNHUBER, Joachim. **Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 164 seq.; EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 30 seq.
[355] Cf. SCHLINKER, Steffen. §§ 688-700 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 688 BGB, n. 9.

oneroso e empreitada, já que os mesmos dispositivos se aplicariam em ambos os casos.

A situação é diferente, quando bens móveis são objeto de um contrato escrow. No caso do escrow-posse, a persecução de interesses alheios continua sendo a obrigação principal do agente escrow, não passando a custódia da coisa de uma prestação subordinada.[356] A qualificação como contrato misto de mandato oneroso (com características de empreitada) com prestação subordinada de custódia é evidente. A seguir-se a teoria da absorção, a prestação subordinada teria de seguir as regras previstas para o tipo contratual da prestação principal – ou seja, do mandato oneroso com traços de empreitada – o que, em última análise, levaria à aplicação das disposições do contrato de empreitada à obrigação de custódia; se, por outro lado, se seguir a teoria da combinação, o § 688 BGB e seguintes poderiam ser aplicados à prestação subordinada. Essa questão também afeta o escrow-direito de bens móveis, pois o dever de custódia assumido perante as partes principais também poderia ser complementado pelas disposições do contrato de empreitada ou de depósito.

No que diz respeito ao contrato escrow, a teoria da absorção é preferível. Em vista do caráter meramente subordinado do dever de custódia, essa já seria a solução primordialmente aplicável. Mas também outras razões militam em favor do afastamento da aplicabilidade das normas do contrato de depósito ao escrow. Não se ganha muito em regular o dever de custódia pelas normas do depósito. Algumas disposições de lei do contrato de depósito compatíveis com o fim do contrato escrow já possuem um equivalente no mandato oneroso com características de empreitada (os §§ 664, 665, 670 BGB, por exemplo, correspondem em larga medida aos §§ 691, 692, 693 BGB), de modo que não é necessário recorrer ao contrato de depósito neste quesito. Outras disposições de lei aplicáveis ao depósito não correspondem à intenção das partes ou ao fim de um contrato escrow, como os §§ 695, 696, 697 BGB. De mais a mais, o regramento do contrato escrow *in concreto*, quando não expressamente acordado, pode ser mais bem extraído a partir da interpretação integrativa (*ergänzende Auslegung*), de acordo com os §§ 157, 242 BGB, do que das normas dispositivas do depósito. A interpretação integrativa também é facilitada pelo fato de o contrato escrow apresentar características de um contrato socialmente típico (*verkehrstypischer Vertrag*).[357] Ademais, a combinação das regras do mandato oneroso

[356] No depósito notarial – a adequação da comparação entre o depósito junto ao notário e o contrato escrow será abordada no cap. II.4.1.2 –, o núcleo do procedimento não está na entrega do bem a terceiros nem na custódia da coisa, mas sim na garantia das consequências legais desejadas pelas partes (cf. REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 210), em outras palavras, na persecução de interesses alheios.

[357] No direito alemão, contratos socialmente típicos são aqueles que adquirem grande relevância e difusão na

e do depósito no contrato escrow de bens móveis levaria a uma indesejável clivagem no tratamento jurídico do escrow, já que essa combinação não existiria em contratos escrow que tivessem outros tipos de bem por objeto. Uma disciplina jurídica unívoca incrementa a clareza e a segurança das relações jurídicas na vida prática.

II.4.1.1.5. A conta escrow

Em muitos casos – especialmente em operações de M&A – o bem objeto da garantia é dinheiro escritural, o qual é depositado em uma conta fiduciária bancária pertencente ao fiduciário (*Treuhandkonto*).[358] O titular da conta adquire um direito contra o banco,[359] e esse direito ao saldo bancário passa a constituir o bem objeto da *Treuhand*. Contas fiduciárias destinam-se à realização de uma finalidade fiduciária. O acordo de *Treuhand* não envolve o banco, independentemente de a relação de *Treuhand* lhe ser comunicada, pois ela diz respeito apenas ao liame entre fiduciante e titular da conta.[360] Nesse caso, o banco se limita a oferecer serviços dentro de um contrato bancário. A conta funciona apenas como meio técnico para receber e custodiar os valores.[361]

Na Alemanha, distingue-se as contas fiduciárias "ocultas" das "ostensivas". Se não for possível reconhecer, do ponto de vista do banco, que a conta tem uma finalidade fiduciária, trata-se de uma conta fiduciária oculta.[362] Nas contas fiduciárias ostensivas, o banco está ciente desde o início (ou ao menos pode reconhecer) que a conta deve receber depósitos

---

prática, de modo que certos padrões regulativos se formam com relação a eles (EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 26).

[358] De forma espelhada à *Treuhand* com autorização para dispor, pode o fiduciário obter sua posição de poder sobre a conta fiduciária por meio de uma simples autorização para dispor sobre o saldo da conta (cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Bankvertragsrecht**. 1ª Parte. 3ª ed. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988, n. 235, 267) sem que ele próprio seja o titular da conta. Pode-se pensar também em estabelecer uma *Treuhand* com uma procuração bancária.

[359] Cf. WERNER, Stefan. Parte 4. *in*: KÜMPEL, Siegfried; MÜLBERT, Peter O.; FRÜH, Andreas; SEYFRIED, Thorsten. **Bank- und Kapitalmarktrecht**. 6ª ed. Colônia: Otto Schmidt, 2022, n. 4.267.

[360] Cf. HARDERS, Dirk. § 42: Treuhand- und Anderkonto. *in*: DERLEDER, Peter; KNOPS, Kai-Oliver; BAMBERGER, Heinz Georg (orgs.). **Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht**. Volume 1. 3ª ed. Berlim, Heidelberg: Springer, 2017, § 42, n. 21; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Bankvertragsrecht**. 1ª Parte. 3ª ed. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988, n. 275 (aceita, no entanto, que o fiduciante solicite saques diretamente junto ao banco).

[361] Cf. BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 87 f.; KROPF, Christian. Parte 3.3 a 3.7. *in*: KÜMPEL, Siegfried; MÜLBERT, Peter O.; FRÜH, Andreas; SEYFRIED, Thorsten. **Bank- und Kapitalmarktrecht**. 6ª ed. Colônia: Otto Schmidt, 2022, n. 3.1036 seq.

[362] Cf. MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd. Kapitel 9: Konto. *in*: SCHWINTOWSKI, Hans-Peter (org.). **Bankrecht**. 6ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2022, cap. 9, n. 43.

exclusivamente em decorrência da qualidade do titular da conta como fiduciário,[363] e que eles devem ser administrados no interesse alheio. A principal consequência da classificação como conta fiduciária ostensiva é que certos direitos ou exceções do banco são considerados contratualmente afastados, tais como a exceção de contrato não cumprido (*Zurückbehaltungsrecht*), o direito de compensação (*Aufrechnung*) e o direito de penhor sobre a conta (*Pfandrecht*).[364] Razão para tanto é que uma vontade do banco de renunciar a tais direitos só existiria em relação a bens detidos fiduciariamente pelo titular da conta, mas não em relação a recursos próprios do fiduciário. Somente quando a natureza fiduciária da conta for reconhecível desde o início é que se pode interpretar uma tal intenção por parte do banco, nos termos dos §§ 133, 157 BGB.[365]

Um subtipo de contas fiduciárias ostensivas são as denominadas "contas de custódia" (*Anderkonto*)[366] – provavelmente o mais importante. Elas estão disponíveis apenas para determinados grupos profissionais que têm uma necessidade específica de receber e custodiar recursos de terceiros, como advogados, notários, advogados de patentes, auditores contábeis e assessores fiscais. A seleção dessas profissões se justifica, porque estão sujeitas a supervisão profissional especial e, portanto, pode-se presumir que a conta de custódia não será desviada para custódia de patrimônio particular do fiduciário ou abusivamente utilizada para qualquer outra finalidade.[367] A conta de custódia é constituída de acordo com as condições gerais especiais para essas contas, as quais são acordadas pelos bancos com os órgãos de supervisão profissional respectivos. Atualmente, existem quatro versões das condições gerais especiais de contas de custódia na Alemanha, a saber: para advogados, notários, advogados de patentes e auditores contábeis ou assessores fiscais. Essas quatro versões são essencialmente as mesmas, sendo que apenas a conta de custódia notarial apresenta características especiais em comparação com as

---

[363] Cf., com maiores referências, HARDERS, Dirk. § 42: Treuhand- und Anderkonto. *in*: DERLEDER, Peter; KNOPS, Kai-Oliver; BAMBERGER, Heinz Georg (orgs.). **Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht**. Volume 1. 3ª ed. Berlim, Heidelberg: Springer, 2017, § 42, n. 15. Já *Grundmann* vê a questão ligeiramente diferente e entende que a divulgação da finalidade da conta não seria suficiente, mas o banco também precisaria estar ciente da obrigação de buscar interesses de terceiros (cf. GRUNDMANN, Stefan. Parte 1 a 3. *in*: GRUNDMANN, Stefan (org.). **Bankvertragsrecht Grundlagen und Commercial Banking**. Volume 1. Berlim: De Gruyter, 2020, Parte 2, § 3, n. 208).

[364] Cf., com maiores referências, SERVATIUS, Wolfgang. Capítulo 35: Einlagengeschäft. *in*: LANGENBUCHER, Katja; BLIESENER, Dirk; SPINDLER, Gerald (orgs.). **Bankrechts-Kommentar**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, cap. 35, n. 51. Para uma visão geral da jurisprudência sobre o assunto, veja-se nota de rodapé n. 1001 abaixo.

[365] Cf., com maiores referências, HARDERS, Dirk. § 42: Treuhand- und Anderkonto. *in*: DERLEDER, Peter; KNOPS, Kai-Oliver; BAMBERGER, Heinz Georg (orgs.). **Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht**. Volume 1. 3ª ed. Berlim, Heidelberg: Springer, 2017, § 42, n. 12, 15.

[366] Cf. MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd. Kapitel 9: Konto. *in*: SCHWINTOWSKI, Hans-Peter (org.). **Bankrecht**. 6ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2022, cap. 9, n. 50.

[367] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Bankvertragsrecht**. 1ª Parte. 3ª ed. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988, n. 288.

outras, devido à posição do notário como portador de múnus público.[368] Para os fins deste trabalho, as contas de custódia notariais são de particular relevância, porque o depósito notarial pode ser usado como fonte de analogia para a elaboração de soluções a questões jurídicas do contrato escrow. Portanto, este trabalho concentrar-se-á na conta de custódia notarial. Contas de custódia são geralmente estruturadas como uma conta corrente.[369]

O item 6 das condições especiais para notários estipula que o banco não está autorizado a permitir que um terceiro disponha dos valores em conta ou lhe forneça informações. Da mesma forma, o terceiro não tem direito a nenhum serviço na conta de custódia. Isso vale também com relação ao terceiro em cujo interesse a conta é aberta, e não é senão uma decorrência da construção da conta de custódia como uma *Treuhand* de direitos.[370]

O item 8 das condições especiais proíbe a cessão e penhor do saldo da conta de custódia. Em princípio, o saldo da conta só pode ser cedido juntamente com o direito subjacente ao depósito notarial. Isso evita que a posição especial do titular da conta como fiduciário seja transferida para outra pessoa que não detenha a mesma posição.[371] Embora seja possível a penhora judicial da conta de custódia, o banco deve informar o credor exequente sobre seu status como conta de custódia, de acordo com o item 9 das condições especiais. O objetivo dessa condição especial é evitar embargos de terceiro (*Drittwiderspruchklage*) desnecessários, pois o depósito pertence "economicamente" ao fiduciante, e não ao notário.[372]

Para os propósitos deste trabalho, deve-se mencionar também que no item 10 das condições especiais há uma exclusão contratual da possibilidade de compensar, de tomar em penhor e de exercer a exceção de contrato não cumprido (*Zurückbehaltungsrecht*) em relação a créditos do banco que não derivem diretamente da conta de custódia (taxas da conta, por exemplo, não estariam excluídas). Essa exclusão está embasada em que os valores pertencentes ao titular da conta lhe são confiados apenas fiduciariamente em benefício de um terceiro e,

---

[368] Cf. BUNTE, Hermann-Josef; ZAHRTE, Kai. **AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen Kommentar**. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, Parte 4, XI, n. 4 seq.

[369] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 4.

[370] Cf. BUNTE, Hermann-Josef; ZAHRTE, Kai. **AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen Kommentar**. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, Parte 4, XI, n. 29.

[371] Cf., com maiores referências, BUNTE, Hermann-Josef; ZAHRTE, Kai. **AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen Kommentar**. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, Parte 4, XI, n. 37.

[372] A proteção do bem objeto da relação fiduciária na execução forçada será tratada em mais detalhes no cap. II.8.1.1.

portanto, não são adequados para satisfazer outros créditos do banco.[373] Conforme demonstrado acima, essa exclusão existe também em contas fiduciárias ostensivas não cobertas por condições gerais especiais de contas de custódia.

Dessa forma, uma conta escrow pode ser configurada como uma conta fiduciária, desde que o titular da conta assuma a posição de agente escrow (fiduciário) e aja como intermediário entre as partes principais e a instituição bancária na qual a conta é mantida. Esse caso não deve ser confundido com aquele em que o próprio banco assume a função de agente escrow, pois aqui o próprio banco está sujeito ao liame fiduciário. Em contraste com o caso de uma conta fiduciária, não há intermediário entre o fiduciário e o banco. Consequentemente, fala-se de um "encargo fiduciário" (*Treuhandauftrag*) do banco e não de uma conta fiduciária.[374] Quando o próprio banco é o fiduciário, o bem objeto da relação fiduciária não é, consequentemente, um direito de crédito ao saldo da conta, mas o próprio dinheiro confiado ao banco. Mesmo que a conta pertença ao próprio banco, ainda se estará diante de uma conta escrow, apenas não na forma de uma conta fiduciária. Como as contas de custódia se submetem à regulamentações profissionais, não há necessidade de alocá-las ao grupo dos contratos escrow.

II.4.1.1.6. Resultado parcial

O contrato escrow é uma *Treuhand* dupla com finalidade de adimplemento e garantia. Ele é sempre estruturado como uma *Treuhand* fiduciária, em que pese seu objeto possa consistir em um direito ou na posse de um bem móvel. A chamada fidúcia "germânica" também pode entrar em jogo, uma vez que as partes podem condicionar o próprio direito (negócio de disposição) e não apenas a obrigação de repassar ou devolver o bem. Na posição de fiduciante ocorre uma cisão qualitativa, pois as partes principais têm interesses conflitantes ao bem. O agente escrow equilibra esses contrapostos interesses.

Como qualquer *Treuhand*, o contrato escrow é um subtipo de mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*). Via de regra, ele apresenta características de um contrato de empreitada. No caso de um escrow-posse ou escrow-direito de bens móveis, pode-se visualizar um contrato

---

[373] Cf., com maiores referências, BUNTE, Hermann-Josef; ZAHRTE, Kai. **AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen Kommentar**. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, Parte 4, XI, n. 41.

[374] Cf. SERVATIUS, Wolfgang. Capítulo 35: Einlagengeschäft. *in*: LANGENBUCHER, Katja; BLIESENER, Dirk; SPINDLER, Gerald (orgs.). **Bankrechts-Kommentar**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, cap. 35, n. 43; HADDING, Walther; HÄUSER, Franz. §§ 19 a 22. *in*: ELLENBERGER, Jürgen; BUNTE, Herrmann-Josef (orgs.). **Bankrechts-Handbuch**. Volume I. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 21, n. 7; MÜLLER-FELDHAMMER, Ralf. Einwendungen und Aufrechnung beim Treuhandauftrag. **Juristische Rundschau**, Berlim, 2009, p. 136-141, p. 136.

misto com prestação de custódia subordinada, mas isso não muda quase nada em termos práticos, dado que as normas do mandato oneroso e da empreitada continuariam sendo aplicáveis, excluídas as normas do contrato de depósito (teoria da absorção).

A conta escrow é uma forma especial de contrato escrow, cujo objeto é dinheiro escritural. Esse dinheiro é mantido em uma conta fiduciária e o direito de crédito contra o banco passa a ser o bem objeto do escrow. Se o banco for o próprio agente escrow, trata-se de um encargo fiduciário e não de uma conta fiduciária; o bem objeto da relação fiduciária, nesse caso, são os recursos confiados ao banco.

II.4.1.2. Depósito notarial como fonte de analogia

O depósito notarial do direito alemão possui características comuns com o contrato escrow, o que permite a aplicação por analogia de normas do primeiro ao segundo para solucionar questões jurídicas específicas do contrato escrow. Apesar disso, tendo em vista a qualificação do contrato escrow como mandato oneroso com características de empreitada, poder-se-ia colocar em xeque as vantagens de uma aplicação de normas por analogia, já que*, prima facie,* as normas do mandato oneroso já deveriam fornecer soluções para questões concretas do contrato escrow. Na verdade, a regulamentação do depósito notarial é materialmente mais próxima do contrato escrow e permite um melhor tratamento de tais questões jurídicas.

Para que a analogia tenha lugar, é preciso haver uma lacuna contrária ao plano da lei [375] e uma regra deve estar prevista na lei para uma outra situação comparável àquela para a qual se busca a analogia. Esses dois requisitos são examinados a seguir.

II.4.1.2.1. Lacuna contrária ao plano da lei

De modo geral, de um ponto de vista tipológico, a regulamentação legal do mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*) assenta em uma situação de fato em que não há conflito de interesses entre dois mandantes, o qual seja resolvido pela custódia e repasse ou devolução do bem. O depósito notarial, por outro lado, toma exatamente essa situação por base. A promulgação de um regramento especial para o depósito notarial já evidencia que o legislador alemão considera essa situação digna de regulamentação. Isso significa que, se a normativa do mandato oneroso não fornecer resposta a uma questão do contrato escrow, isso não se deve a uma decisão

[375] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz**. 2ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1983, §§ 3, 20 seq. Com ulteriores referências, veja-se ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença I ZR 290/00 do I Senado Civil, de 13 de março de 2003. **Neue juristische Wochenschrift,** 2003, p. 1932 (p. 1933).

deliberada do legislador contra uma regulamentação dessa situação de fato, mas sim a uma lacuna não conforme ao plano da lei. A objeção teórica de que o depósito notarial demandaria regulamentação especial por ser voltada à administração preventiva da justiça (*vorsorgende Rechtspflege*) não se sustenta, pois a BeurkG contém regras que vão além dos aspectos relacionados à função pública do notário e abordam igualmente aspectos de direito civil do depósito notarial. Seria difícil imaginar por que o sistema jurídico alemão consideraria aspectos civis dessa atividade notarial carentes de regulamentação, ao mesmo tempo em que deixaria situações comparáveis sem regulamentação específica, simplesmente por não ser o fiduciário um notário.

A questão é mais complexa quando a normativa do mandato oneroso regula a situação problemática, mas o depósito notarial contém uma solução materialmente mais próxima dos fatos em questão (por exemplo, com relação à entrega do que foi recebido e do que foi obtido ao longo do mandato de acordo com o § 667 BGB, ao passo que o § 60 BeurkG contém uma regra que leva em consideração a abstenção de desembolsos). Nesses casos, quase não haverá espaço para a aplicação das normas legais do mandato oneroso, pois elas geralmente não corresponderão ao fim do contrato escrow, de modo que uma exclusão negocial de tais regras pode ser presumida – ainda que tácita. Como resultado, somente quando não houver um acordo expresso entre as partes e a lacuna do contrato não puder ser colmatada com recurso à interpretação integrativa (*ergänzende Auslegung*), §§ 157, 242 BGB, e, além disso, a normativa do mandato oneroso não corresponder ao fim do contrato escrow, somente então se poderá recorrer às normas do depósito notarial por meio de analogia. Consequentemente, não há necessidade de uma análise mais aprofundada sobre lacunas lógicas ou teleológicas,[376] porque já não haverá pluralidade de normas conflitantes passíveis de serem aplicadas.

Não há lacuna quando o bem é confiado a um advogado (BRAO, § 43a(7); BORA § 4), a um advogado de patentes (§ 39a(7) PAO; § 6 do estatuto profissional dos advogados de patentes), a um assessor fiscal (§ 8 do estatuto profissional da câmara federal de assessores fiscais) ou a um auditor contábil (§ 9 do estatuto profissional de auditores contábeis / auditores juramentados). É verdade que essas situações não são regulamentadas por lei (mas, em sua maior parte, por normais infralegais) ou não o são detalhadamente, como ocorre no depósito notarial. Porém, a analogia com o depósito notarial não é adequada para essas profissões, porque não há

[376] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz**. 2ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1983, § 58 (fala-se em lacunas decorrentes de colisão quando duas normas se contradizem de tal forma, que não é possível determinar qual delas tem precedência, nem mesmo utilizando-se de regras de conflito como *lex specialis*, *lex posterior*, etc.).

aqui nenhuma lacuna contrária ao plano da lei. As regulamentações profissionais respectivas parecem muito mais regular esses casos com base em deveres profissionais gerais, como os deveres de empregar "cuidado devido" (§ 43a(1) BRAO; § 39a(7), frase 1, PAO), "cuidado especial" (§ 8(1) do estatuto profissional da câmara federal de assessores fiscais) ou "diligência" (§ 9(1), frase 1, do estatuto profissional de auditores contábeis / auditores juramentados). Essas normas profissionais tampouco são aptas a oferecer analogia com o contrato escrow. As lacunas que necessitam ser preenchidas com ajuda da analogia dificilmente encontram um equivalente a tais normas profissionais infralegais no nível da lei. O depósito notarial, diferentemente, é amplamente regulado por lei. O contrato escrow não é uma categoria genérica abrangente de fenômenos diversos como o depósito notarial e a custódia de bens confiados a advogados, advogados de patentes, assessores fiscais e auditores contábeis. Como essas formatações dispõem de normativas especificamente adaptadas a elas, a imputação a uma categoria intermediária, como o contrato escrow, não contribuiria na prática em nada para a sua disciplina jurídica.

A compreensão do contrato escrow como um fenômeno jurídico autônomo e socialmente típico é importante, mesmo que, em última análise, represente apenas um tipo especial de *Treuhand*. A doutrina qualifica inúmeros tipos individuais de contrato, como o contrato de assessoria advocatícia e o de gerenciamento de construção, como mandato oneroso,[377] porque é útil tratá-los como concretizações específicas do tipo legal mais abstrato. O mesmo acontece com o contrato escrow. Ao considerá-lo como uma categoria própria, podem ser desenvolvidas, sob a égide da *Treuhand*, ou seja, do mandato oneroso com traços de empreitada, soluções jurídicas mais próximas da conformação fática do escrow.

II.4.1.2.2. Comparabilidade da disposição de interesses

O depósito notarial foi introduzido na BeurkG em 8 de setembro de 1998 (então §§ 54a a 54e BeurkG) e, desde a reforma de 9 de junho de 2017, está contido nos §§ 57 a 62 BeurkG. Antes de 8 de setembro de 1998, havia dispositivos isolados sobre o depósito notarial no § 23 BnotO e nos regulamentos de serviço para notários dos respectivos estados (*Dienstordnungen für Notare*). O depósito notarial é frequentemente empregue para processar o pagamento do preço de compra de imóveis e de participação societária. A seguir, será abordada apenas a

[377] Para uma lista detalhada de grupos de casos do mandato oneroso e análises a ele associadas, veja-se TEICHMANN, Christoph. § 675 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 675 BGB, n. 37 seq.

custódia de dinheiro pelo notário, embora títulos de crédito e outros objetos de valor também possam ser custodiados pelos notários.

A custódia pelo notário é um procedimento com caráter de soberania estatal (*hoheitliches Verfahren*), no qual o notário custodia dinheiro para proteção dos interesses das partes e o entrega à parte legitimada.[378] Há sempre duas relações jurídicas: de um lado, há o acordo de custódia civil entre as partes (*Verwahrungsvereinbarung*), por meio do qual o depositante se compromete perante a outra parte a depositar o dinheiro devido no negócio de base junto ao notário; de outro lado, é concluída uma ordem de custódia de natureza processual com o notário (*Verwahrungsanweisung*), a qual regula o relacionamento entre as partes principais e o notário.[379_380]

A peça central desse procedimento é a ordem de custódia. O notário deve providenciar para que todos os termos e condições necessários para o regular processamento da transação e para o desempenho da custódia estejam ali definidos (§ 57(3) BeurkG). A ordem deve especificar, no mínimo, a pessoa que a emite e o destinatário autorizado a receber o dinheiro, bem como os termos e condições temporais e materiais da custódia e os requisitos para desembolso (§ 57(2), n. 2, BeurkG). A ordem de custódia geralmente especifica também o momento do depósito, os investimentos a serem feitos com o dinheiro durante a custódia[381] e a distribuição

---

[378] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BnotO, n. 9; ELSING, André. § 13 – Das notarielle Verwahrungsgeschäft. *in*: KILIAN, Matthias; SANDKÜHLER, Christoph; STEIN, Jürgen vom. **Praxishandbuch Notarrecht**. 3ª ed. Bonn: Deutscher Notarverlag, 2018, § 13 n. 1.

[379] Cf. HERTEL, Christian. Teil 2, Kap. 2, A-B I-III, B, V, C-E. *in*: LIMMER, Peter; HERTEL, Christian; FRENZ, Norbert. **Würzburger Notarhandbuch**. 6ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2022, cap. II.2.D, n. 694; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, Vorb. § 57 BeurkG, n. 7; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 624 seq.

[380] Na literatura mais antiga, os termos "Hinterlegungsvereinbarung" e "Hinterlegungsanweisung" ou "Hinterlegungsansuchen" eram comumente usados. Para fins de uniformidade, os termos mais recentes "Verwahrungsvereinbarung" e "Verwahrungsanweisung" serão sempre referidos neste trabalho [ora traduzidos como "acordo de custódia" e "ordem de custódia"].

[381] Embora os investimentos na forma de depósitos à vista ou a prazo fixo sejam geralmente permitidos, discute-se em doutrina a possibilidade de investir em fundos cambiais e títulos de crédito. De acordo com uma corrente doutrinária, os dois últimos tipos de investimento não seriam compatíveis com a finalidade de garantia do depósito notarial devido ao risco de perda que lhes é inerente. Veja-se sobre esse tema: SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 70 seq.; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 68, § 58 BeurkG, n. 13 seq. De forma crítica: MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 65; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 56, § 58 BeurkG, n. 8.

dos rendimentos dai advindos entre as partes.[382] Embora os requisitos para reembolso não precisem obrigatoriamente ser estipulados,[383] é evidente que o dinheiro deve ser reembolsado ao emissor da ordem, se os requisitos para desembolso (isto é, para entrega do bem) não lograrem ser implementados.[384_385] Além disso, o notário deve transferir imediatamente os dinheiros recebidos para contas de custódia (*Anderkonto*) separadas e especificamente abertas para cada massa custodiada, de acordo com o § 58(1)(2) BeurkG. De acordo com o § 58(3) BeurkG, o notário somente pode praticar atos de disposição sobre o saldo da conta com o fim de transferir os fundos ao destinatário autorizado ou a um terceiro por ele indicado. Em princípio, somente o notário pessoalmente pode praticar atos de disposição sobre o saldo em conta.[386]

O depósito notarial não é admitido em qualquer situação, mas somente quando as partes envolvidas tiverem um interesse legítimo na garantia da transação (§ 54(2), n. 1, BeurkG). O objetivo dessa exigência é evitar atividades que excedam os limites da administração da justiça preventiva. A inserção de uma finalidade de garantia na atividade do notário a distingue de outras atividades de mera custódia, nas quais as partes apenas desejam acautelar o risco de perda da coisa para o depositante ou simplificar o escambo de bens. De fato, a atividade de custódia do notário deve proporcionar às partes envolvidas uma segurança adicional; a custódia e a entrega do bem é apenas um meio de atingir esse objetivo.[387] De acordo com a provável corrente

---

[382] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 66 seq.; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 57.

[383] Essa solução é adequada, porque as circunstâncias que levam à não materialização dos requisitos de desembolso podem ser tão variadas, que dificilmente se poderia estipular uma regra geral que as cobrisse todas. No entanto, um acordo sobre o reembolso é aconselhável, se o cumprimento do contrato já parecer incerto no momento de sua notarização (cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 77 seq. De forma semelhante: BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 631).

[384] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 86.

[385] *Ganter* vê a pretensão do comprador ao reembolso como suspensivamente condicionada à falha da possibilidade de cumprimento do contrato (GANTER, Hans Gerhard. Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 2004, p. 421-437, p. 430 seq.). Da mesma forma: WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 46.

[386] Essa regra é tão rigorosa que a lei somente em casos bastante restritos permite disposições sobre a conta pelos representantes do notariado, pelo administrador notarial ou por outros notários (§ 58(3), frases 1 e 2 BeurkG). A outorga de procurações para movimentar a conta, em geral, não é permitida. Veja-se: HERTEL, Christian. Teil 2, Kap. 2, A-B I-III, B, V, C-E. *in*: LIMMER, Peter; HERTEL, Christian; FRENZ, Norbert. **Würzburger Notarhandbuch**. 6ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2022, cap. II.2.D, n. 753 seq.; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 19 seq.

[387] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 48 seq.

predominante,[388] esse é o caso se a transação só puder ser garantida com o envolvimento do notário como depositário ou se o depósito notarial oferecer segurança superior em comparação com outras garantias. Se as partes tiverem acesso a um mecanismo de garantia de qualidade equivalente à do depósito notarial, não podem valer-se desta última.[389]

O fim de garantia consiste sobretudo em evitar o risco de oferta da prestação antes de receber a contraprestação,[390] mas também pode, exemplificativamente, consistir na garantia de credores com garantia real sobre o imóvel ou em impedir leiloes públicos ou ainda pode o depósito notarial servir como retenção de preço para garantia de pretensões oriundas do negócio de base.[391] Com *Kawohl* pode-se afirmar que a "*perda do próprio poder de disposição e da disponibilidade pelas partes é característica da função de garantia do depósito notarial*".[392] O emissor da ordem de custódia tem a garantia de que o dinheiro só será pago ao destinatário autorizado se os requisitos especificados na ordem forem atendidos; caso contrário, ele lhe será restituído. Mas também o adimplemento de uma dívida do negócio de base é processado por meio do depósito notarial. Graças ao acordo de custódia, o emissor da ordem só precisa depositar na conta de custódia em nome do notário, e o beneficiário autorizado busca a satisfação do seu crédito diretamente junto ao notário.[393] O adimplemento se processa, então, por meio do notário.[394]

O depósito notarial não configura mandato oneroso no sentido do § 675(1) BGB, pois é

[388] Para um panorama das opiniões sobre o assunto, veja-se ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 4 seq.
[389] Cf., com maiores referências, HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 7 seq.
[390] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 180/58 do III Senado Civil, de 21 de dezembro de 1959. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1960, p. 265 (p. 267); HERTEL, Christian. Teil 2, Kap. 2, A-B I-III, B, V, C-E. *in*: LIMMER, Peter; HERTEL, Christian; FRENZ, Norbert. **Würzburger Notarhandbuch**. 6ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2022, cap. II.2.D, n. 695; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 621; PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 29 seq. (com referência a outros riscos que podem ser evitados com o depósito notarial).
[391] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 20 seq.
[392] KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 17 (no original: "*Verlust der eigenen Verfügungs- und Dispositionsbefugnis der Parteien ist charakteristisch für die Sicherungsfunktion der notariellen Verwahrung*").
[393] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 32 seq.; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 7, 14.
[394] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 126 seq.

uma atividade dotada de múnus público, e não um negócio de direito privado.[395] No entanto, os traços fiduciários dessa atividade notarial são amplamente reconhecidos. Mesmo antes da alteração legislativa de 1998, a literatura jurídica já lhe reconhecia o caráter fiduciário,[396] o que não mudou após a alteração legislativa.[397] O notário busca interesses patrimoniais das partes envolvidas vinculadamente a um fim específico.[398] A atividade de *Treuhand* do notário pode ser unilateral ou multilateral. Ela é unilateral se o notário persegue os interesses de apenas uma pessoa.[399] Já a *Treuhand* multilateral surge quando o notário precisa levar em conta os interesses de várias partes na mesma relação, como tipicamente ocorre com o pagamento do preço de compra acordado contratualmente por meio de uma conta de custódia em nome do notário – já que aqui ambas as partes são protegidas contra o risco de oferecimento da prestação antes de

[395] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, Vorb. § 57 BeurkG, n. 7; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 89 (o termo "encargo fiduciário" (*Truhandauftrag*) no item 6 do § 57 BeurkG seria, portanto, enganoso); ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474, p. 458 (notário como "fiduciário por cargo público" (*Amtstreuhänder*)).

[396] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 180/58 do III Senado Civil, de 21 de dezembro de 1959. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1960, p. 265 (p. 267); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 248/77 do VI Senado Civil, de 20 de novembro de 1979. **Neue juristische Wochenschrift,** 1980, p. 1106; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 625; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 17 seq.; REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 210 (princípios da *Treuhand* de direito civil limitadamente aplicáveis; notário como "fiduciário por cargo público" (*Amtstreuhänder*)), 218 (conta de custódia é uma *Treuhand* fiduciária); PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 10.

[397] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 152/96 do IX Senado Civil, de 20 de novembro de 1997. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1998, p. 626 (vinculação ao fim fiduciário); WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 26; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BnotO, n. 9; KILIAN, Thomas. §§ 20-24 BNotO. *in*: DIEHN, Thomas (org.). **Bundesnotarordnung**. 2ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2019, § 23 BnotO, n. 8; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 16; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 47; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 20. De forma crítica: MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, Vorb. § 57 BeurkG, n. 7 (o notário não é um fiduciário do ponto de vista civil, porque sua atividade é de natureza de direito público. O fato de ele buscar os interesses de todas as partes envolvidas e se tornar proprietário do bem do ponto de vista civil em nada altera essa constatação).

[398] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 16.

[399] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, n. 27 seq.

receber a sua contraprestação.[400] Para a categorização como uma *Treuhand* multilateral é importante que o notário cumpra o contrato de depósito notarial com o objetivo de perseguir interesses opostos; é irrelevante se apenas uma ou ambas as partes emitem declarações de vontade ao notário.[401]

O notário também pode aceitar encargos fiduciários de terceiros, como se o banco financiador da compra de um imóvel libera o empréstimo na conta de custódia do notário sob a condição de que o dinheiro seja liberado para o comprador apenas após a averbação de uma garantia real em seu favor na matrícula do imóvel. A interpretação do contrato determinará se o banco se torna parte da relação de *Treuhand* multilateral entre notário, comprador e vendedor, ou se estabelece uma relação de *Treuhand* unilateral em separado com o notário, ou ainda se constitui uma *Treuhand* multilateral paralela com o notário e o tomador do empréstimo.[402_403] Também se estará diante de um encargo fiduciário se um credor dotador de garantia real sobre o imóvel entrega ao notário uma autorização para cancelamento do gravame, a qual só deve ser utilizada pelo notário quando seu crédito for satisfeito.[404]

A descrição acima evidencia que o depósito notarial tem muito em comum com o contrato escrow. Em ambos os suportes fáticos pode-se divisar que (1) um terceiro neutro[405] é

---

[400] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 18.

[401] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 97 seq.

[402] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 19; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 4/96 do V Senado Civil, de 7 de março de 1997. **Neue juristische Wochenschrift,** 1997, p. 2104. Em qualquer caso, a adesão do banco à relação fiduciária multilateral dependeria do consentimento das partes do contrato de compra e venda (HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 65 seq.). De acordo com outra opinião, o encargo fiduciário do terceiro seria sempre uma *Treuhand* unilateral: BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 626; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 129.

[403] A situação é diferente, se o banco financiador da aquisição não impõe nenhuma condição para a liberação dos recursos. Como o banco não visa aqui à constituição de uma garantia, a conta de custódia do notário funciona como um local de pagamento adicional e um depósito notarial não chega a ser celebrado com o notário (cf. KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 128).

[404] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 104.

[405] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 9 ("independência material"); SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. in: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 11 ("imparcial"); BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651624 ("imparcial"); PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 96 ("neutralidade"); KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 12 (independência material e imparcialidade).

fiduciariamente envolvido na custódia e repasse ou devolução de um objeto; (2) enquanto o dinheiro estiver na conta de custódia do tabelião, quaisquer atos de disposição pela parte que emite a ordem de custódia ou pelo destinatário autorizado resta impossibilitada; (3) desembolsos ao destinatário autorizado ou o reembolso ao emissor da ordem dependem do cumprimento de determinados requisitos especificados na ordem de custódia; e (4) finalidades de garantia e adimplemento são atingidas pela atividade de custódia do notário. As seguintes diferenças podem ser sublinhadas entre as duas situações: (i) apenas determinados objetos (dinheiro, títulos de crédito e objetos de valor) podem ser entregues ao notário; (ii) somente notários podem desempenhar a atividade objeto do § 57 BeurkG e seguintes; e (iii) o procedimento notarial não é meramente de direito privado, mas também está baseado na soberania estatal (*hoheitliche Natur*). A natureza de soberania, em particular, implica na maior de todas as diferenças para o contrato escrow. Em consequência dela, para ficar em apenas um exemplo, o notário responde por violação de deveres inerentes à sua função pública, nos termos do § 19(1) BNotO, no caso de desrespeito à ordem de custódia. Mesmo um presumível consentimento das partes para com o desvio em relação à ordem de custódia não o isenta de responsabilidade por violação aos deveres próprios à sua função pública.[406] Um agente escrow privado não pode ser responsabilizado com base no § 19(1) BNotO.

Nos capítulos seguintes, alguns dos princípios e normas desenvolvidos na literatura e na jurisprudência relativos ao depósito notarial serão aplicados por analogia ao contrato escrow, com base nessa comparação com o depósito notarial.

II.4.2. Brasil

O direito brasileiro não conhece nenhum contrato legalmente típico tendo por objeto a persecução de interesses de terceiros sem poder de representação, que seja capaz de abrigar o escrow. Consequentemente, o contrato escrow será sempre um contrato atípico (embora socialmente típico). Não se ignora que o contrato escrow seja um negócio fiduciário, mas a relação jurídica interna entre as partes desse negócio fiduciário não se encaixa em nenhum tipo legal de contrato, como será explicado a seguir. Nada obstante, a depender da natureza do bem, os dispositivos do Código sobre o contrato de mandato e o contrato de depósito podem ser aplicados por analogia.

[406] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BnotO, n. 60.

Em contraste com a Alemanha – onde não há dúvida sobre a natureza jurídica do contrato escrow como *Treuhand* – a qualificação do contrato escrow não é unívoca na doutrina brasileira. *Silva Neto* parece qualificar a conta escrow como contrato de depósito, sob a justificativa de que o agente escrow se comprometeria a custodiar determinados bens (mais frequentemente somas em dinheiro). A devolução do bem estaria sujeita às condições estabelecidas no negócio principal e atrelada às vicissitudes do negócio principal.[407]

Uma variante dessa doutrina vê o contrato escrow como um depósito em favor de terceiros com fim de garantia. *Francisco Paulo de Crescenzo Marino*, por exemplo, coloca o contrato escrow como contrato de depósito acessório em favor de terceiros no âmbito de uma coligação contratual, o que afastaria a regulação típica do contrato de depósito.[408] *Fábio Konder Comparato,* em uma breve análise do depósito do preço de compra junto ao banco no contexto da uma compra de participação societária, descreveu esse quadro fático como um depósito com fim de garantia em favor de terceiro (o vendedor), com a peculiaridade de que o direito contra o banco à entrega (isto é, ao desembolso) do valor demandaria o assentimento do comprador.[409] Já *Milena Donato Oliva* entende que as partes de um contrato escrow normalmente querem se valer da estrutura do contrato de depósito para atingir fins de garantia, mesmo que o contrato acabe por extrapolar as fronteiras da tipicidade do depósito.[410]

Grazziella Mosareli Kayo tem opinião um pouco diversa. Para a autora, a conta escrow seria um contrato misto com elementos de mandato e depósito, de modo que dispositivos de ambos os tipos de contrato poderiam ser a ela aplicados de forma correspondente. A conta escrow seria semelhante a um depósito bancário, mas nem todas os dispositivos previstos para o contrato de depósito poderiam ser aplicados, pois (1) a devolução da coisa no contrato de depósito seria devida mediante solicitação unilateral do depositante, mas não no contrato escrow; (2) os recursos objeto do contrato escrow poderiam ser entregues alternativamente a duas partes principais distintas; e (3) a garantia de crédito não seria objetivo do contrato de depósito. Por outro lado, o banco administrador da conta receberia instruções das partes principais para a movimentação da conta, o que aproximaria a situação fática a um contrato de mandato plural conjunto. Como esse tipo de mandato por si só não leva em conta todas as características da

[407] Cf. SILVA NETO, Antônio Carlos da. O contrato de compra e venda de quotas e a escrow account. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 3 (2017), v. 4, p. 183-216, p. 202 seq.
[408] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 182 seq.
[409] Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 363 seq.
[410] Cf. OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48 seq.

conta escrow, tratar-se-ia de um contrato misto.[411]

Às opiniões acima subjaz a situação fática de que o bem objeto do escrow seria sempre dinheiro, mas com isso se perde de vista o todo mais amplo, já que o objeto do escrow também pode consistir em outros bens e/ou direitos. Somente *Oliva* se refere à possibilidade de transferir a propriedade juntamente com o depósito do bem, quando então o contrato escrow seria negócio fiduciário.[412] O foco na conta escrow acaba levando não apenas à restrição da análise ao depósito de bens móveis, mas também desvia o debate para a questão da natureza jurídica do contrato de conta corrente (a qual não faz parte deste trabalho). Do ponto de vista metodológico, é preferível analisar primeiro a qualificação do contrato escrow em geral para apenas depois adentrar os aspectos relacionados à conta escrow.

II.4.2.1. Distinção de figuras afins

Algumas figuras jurídicas apresentam características semelhantes às do contrato escrow. Poder-se-ia questionar se o contrato escrow não poderia ser considerado uma categoria mais ampla, "guarda-chuva", dentro da qual várias manifestações típicas poderiam ser classificadas, como o depósito, o sequestro convencional e alienação fiduciária em garantia com a indicação de um terceiro para deter a propriedade fiduciária da coisa.[413] Na verdade, as semelhanças existentes entre essas figuras não são o suficiente para justificar essa abordagem. Para reunir essas situações sob o mesmo guarda-chuva, seria preciso abrir mão de algumas características essenciais do contrato escrow. Além disso, dificilmente seria possível extrair consequências jurídicas gerais a uma categoria tão ampla. Assim, adota-se aqui um conceito mais restrito de contrato escrow, conforme trabalhado acima (cap. II.1).

II.4.2.1.1. Contrato de depósito

O contrato escrow tem em comum com o contrato de depósito o fato de o depositário se comprometer à custódia temporária e restituição de um bem que lhe é entregue. Entretanto, as semelhanças não vão além dessa característica, o que é insuficiente para que o escrow seja

[411] Cf. KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019, p. 66 seq.

[412] Cf. OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49.

[413] Essa abordagem foi adotada por *Stefan Eisenhut* na Suíça, para quem o contrato escrow abrangeria o penhor com posse por terceiro, alienações fiduciárias em garantia trilaterais, cessões fiduciárias de títulos de crédito nominativos em garantia, o sequestro convencional e o depósito com fim de garantia (depósito em garantia). Vide EISENHUT, Stefan. **Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte**. Basiléia: Helbing Lichtenhahn, 2009, Capítulo IV.

tratado como um contrato de depósito.

Em primeiro lugar, salta aos olhos que, em um contrato de depósito nos termos do art. 627 CC, o depositário adquire apenas a posse de uma coisa móvel, mas não a propriedade.[414] A custódia de bens imóveis configura mandato, prestação de serviços ou empreitada.[415] Essa característica indispensável do contrato de depósito já exclui o escrow-direito, pois nessa formatação a propriedade do bem ou a titularidade de um direito é transferida ao agente escrow. Apenas o escrow-posse se restringe à transferência da posse de coisas móveis. Para poder qualificar o contrato escrow como depósito, seria necessário, portanto, assumir uma qualificação mosaico, ou seja, o contrato escrow teria diferentes naturezas jurídicas de acordo com seu objeto. Essa abordagem, todavia, não contribuiria para o desenvolvimento do instituto e nem se adaptaria aos interesses das partes. Sobretudo *repeat players*, que atuam profissionalmente como agente escrow, não contam com um tratamento jurídico variável do contrato escrow, apenas porque o objeto do contrato mude de uma transação para outra. Isso pode levar a situações incômodas. Em um escrow unidirecional duplo, por exemplo, no qual um carro é permutado por um crédito, o agente escrow seria simples depositário em relação ao carro (ele só teria a posse do veículo) e mandatário com traços fiduciários em relação ao crédito (uma vez que a posse dos direitos não é admissível, ele teria de se tornar titular do recebível), o que resultaria em o agente escrow ficar sujeito a dois conjuntos de regras assaz diferentes na mesma operação.

As obrigações do depositário e do agente escrow também não são as mesmas. De acordo com o art. 627 CC, o depositário é obrigado a custodiar uma coisa móvel e a devolvê-la a pedido

---

414 Cf. ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. Arts. 579 a 652. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 376*;* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 404, 424; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 390, 402. Alguns autores entendem, diferentemente, que o depositário seria apenas detentor da coisa (cf. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 45; ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 482). A detenção é, na realidade, incompatível com o depósito, porque o depositário não se subordina ao depositante. A prioridade dos interesses do depositante não implica relação de subordinação.

415 Cf. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 8 (mandato); PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 414 seq. (prestação de serviços ou empreitada); LOPEZ, Teresa Ancona. Arts. 565 a 652. *in*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentário ao código civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 343 (prestação de serviços). Outros autores se referem à guarda de bens imóveis como "contrato de guarda", embora não esteja previsto no Código como contrato típico (vide GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 415; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos – direito civil e empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 176).

do depositante.[416] A principal obrigação no contrato de depósito é, portanto, a custódia da coisa.[417] Essa obrigação se ramifica em duas outras obrigações, a saber, a obrigação de guarda e a obrigação de conservação da coisa.[418] A guarda da coisa consiste na defesa contra perigos externos, enquanto a conservação visa à integridade da coisa (por exemplo, à proteção contra danos por causas intrínsecas à coisa).[419] Se a custódia configurar prestação subordinada (no sentido de não ser a prestação principal), decorre já do próprio conceito que não se pode falar em contrato de depósito, mas a aplicação por analogia das normas do depósito pode ter lugar. O contrato escrow não pode ser classificado como depósito, já porque a principal obrigação do agente escrow não é a custódia do bem, mas sim o equilíbrio de interesses entre as partes principais. Essa persecução de interesses se caracteriza pelas características examinadas acima (cap. II.2). O depositário típico atende a um tipo muito específico de interesse do depositante, qual seja, a custódia da coisa. Ele não se compromete a perseguir quaisquer outros interesses mais amplos do depositante,[420] tais como a extração de utilidades da coisa ou a retenção da coisa por motivos de segurança jurídica no caso de surgirem disputas entre as partes principais. No caso de um contrato escrow, a custódia é apenas o meio para alcançar o equilíbrio de interesses, mas ela não é em si a atividade principal do agente escrow.

O contrato escrow também não corresponde ao modelo legal do contrato de depósito, no que diz respeito à sua finalidade. O contrato escrow busca fins de garantia e de adimplemento, os quais são estranhos ao tipo legal do depósito. Resultado semelhante à garantia do credor poderia ser alcançado no contrato de depósito adicionando-se uma condição suspensiva para devolução da coisa ao depositante, como, por exemplo, a quitação de um crédito do depositário. Essa construção altera o contrato para uma forma atípica de depósito. Se o processamento do pagamento de uma dívida do negócio de base também for estipulado como fim do contrato, resta dificultado o encaixe no contrato de depósito. É possível conceber casos em que o depositante vende a coisa e cede o direito à restituição da coisa ao comprador a fim de consumar a transferência da propriedade. Mas esses casos não são comparáveis ao escrow, pois o

[416] Cf. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do contrato de depósito. *in*: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). **O novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 593; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 413.
[417] Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 383.
[418] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 473 seq.
[419] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 394, 434.
[420] Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 416 (custódia como "conteúdo único" ou "conteúdo principal" do negócio).

depositário não é nomeado como intermediário entre comprador e vendedor para efetuar o adimplemento da obrigação do vendedor de transferir a propriedade; o depositário continua, nessa situação, obrigado apenas a custodiar a coisa. A questão que se põe é se os limites do tipo do contrato de depósito regulamentado no Código Civil são elásticos o bastante para abranger os fins próprios ao contrato escrow. A resposta é negativa. Tais fins poderiam, no máximo, permanecer indiretamente por trás do contrato de depósito e, então, haveria um negócio jurídico indireto, mas não um contrato escrow. Negócios jurídicos indiretos são negócios jurídicos típicos que visam a atingir uma finalidade atípica para o tipo de contrato em questão. Por isso tais fins são ditos "indiretos". Via de regra, dois elementos nucleares são precisos para a formação de um negócio jurídico indireto: a escolha de um negócio jurídico típico e o fim indireto.[421] O fim indireto pode ser melhor categorizado como simples motivo do negócio jurídico, pois o fim indireto não chega a se tornar parte do conteúdo do negócio.[422] Se a adição de um fim adicional passar para o conteúdo do negócio, então não se trata mais de um fim indireto, mas sim "direto". Se a lei considerar que o fim de que se trata é da essência do tipo contratual, então o acréscimo de um fim direto pode impedir a qualificação no tipo contratual legal.[423] Teoricamente, qualquer tipo de contrato pode assumir fins indiretos sem impactar na sua qualificação. A diferença entre os contratos de depósito e escrow reside precisamente no fato de que os fins de garantia e adimplemento estão em primeiro plano em todo contrato escrow. Ou seja, as principais partes elevam esses motivos ao conteúdo do negócio (como fim do negócio) para além do que as fronteiras do contrato de depósito típico conseguem comportar.

Outra diferença entre o contrato de depósito e o contrato escrow pode ser vista nas estruturas de interesses envolvidos nos dois tipos de contrato. O depósito busca principalmente os interesses do depositante, razão pela qual o depositante normalmente pode exigir a restituição da coisa a qualquer momento, mesmo que o contrato seja acordado por prazo determinado

---

[421] Cf. ASCARELLI, Tullio. **Negócio jurídico indirecto**. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965, p. 10.

[422] Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 6, nota de rodapé n. 11 e p. 11 seq., nota de rodapé n. 11. *Ascarelli* também coloca o fim indireto no campo dos motivos comuns das partes (ASCARELLI, Tullio. **Negócio jurídico indirecto**. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965, p. 27, nota de rodapé n. 44).

[423] Cf. UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, volume 29 (jan./mar. 1984), p. 81-94, cap. IV. Embora baseado em razoes diversas das aqui esposadas, *Junqueira de Azevedo* também entende que a adição de um outro fim poderia alterar a tipicidade do negócio. Para o autor, apenas os elementos categoriais essenciais de um negócio jurídico influenciam sua tipicidade. Por isso, a finalidade de um negócio seria irrelevante para o encaixe em um dos tipos legais. *Junqueira de Azevedo* admite, no entanto, que o fim adicional poderia alterar essa qualificação, se a finalidade for um elemento do tipo (vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150 seq.).

(art. 633 CC),[424] salvo se o prazo houver sido estipulado em benefício do depositário.[425] A possibilidade de se pactuar um prazo em favor do depositário demonstra que certos interesses do depositário também podem se alojar no contrato, mas isso não inverte a estrutura de interesses, pois o depósito continua sendo realizado principalmente no interesse do depositante. Se o interesse do depositário tiver precedência, o contrato passa a ser de comodato, mútuo ou de penhor.[426] A possibilidade de o depósito ser feito no interesse de terceiro está regulada no art. 632 CC, segundo o qual o depositário não pode devolver a coisa ao depositante sem o consentimento do terceiro, se o depositante o tiver informado acerca do interesse do terceiro.[427] Apoiada nesse artigo, a doutrina brasileira distingue o depósito no interesse de terceiro, regulada no art. 632 CC, do depósito em favor de terceiro, que nada mais é que um contrato em favor de terceiro, nos termos do art. 436 CC e seguintes. No primeiro caso, o terceiro tem interesse no depósito, mas a coisa somente pode ser devolvida ao depositante, enquanto no depósito em favor de terceiro a entrega seria feita ao próprio terceiro.[428] Embora esses casos

[424] Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 416 seq.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 392; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 386; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos – direito civil e empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 176.

[425] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 255; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 417.

[426] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 420 (depósito passa a comodato ou penhor) e 393 (mútuo é feito no interesse do mutuário); LOPEZ, Teresa Ancona. Arts. 565 a 652. *in*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentário ao código civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 348 seq. (mútuo ou comodato).

[427] O CC1916 não continha disposição que regulasse diretamente o depósito no interesse de terceiro. Somente com o CC, que entrou em vigor em 2003, essa questão passou a ser regulamentada no art. 632 CC. A proveniência desse dispositivo não fica clara no processo no Poder Legislativo. O primeiro anteprojeto de código, apresentado ao Ministro da Justiça em 23 de maio de 1972, não continha o atual art. 632 CC. O segundo anteprojeto de 19 de março de 1973 já continha essa disposição (então art. 631), mas nenhuma explicação detalhada sobre sua inserção consta da fundamentação do revisor do livro de Direito das Obrigações do Código. Em 12 de junho de 1975, o projeto de lei 634/1975 foi submetido à Câmara dos Deputados sem nenhuma alteração nesse artigo, que naquele momento já era o número 641. Durante as discussões legislativas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, esse dispositivo não foi objeto de nenhuma proposta de emenda – com exceção da proposta de emenda n. 332 do Senado Federal, que pretendia apenas suprimir a vírgula entre as palavras "este" e "sem", mas a emenda foi posteriormente rejeitada na Câmara dos Deputados – e acabou entrando em vigor como art. 632 do atual CC após ser renumerado. A origem do dispositivo não é totalmente reconhecível, mas a manifesta semelhança com o art. 1773 do *codice civile* italiano não parece ser coincidência. Comparado ao art. 1.773 do *codice civile*, o art. 632 CC brasileiro alterou apenas quem deve notificar quem sobre o interesse de terceiro no depósito. Enquanto no art. 1773 do código italiano o terceiro deve notificar ao depositário e ao depositante sua adesão ao contrato de depósito, o legislador brasileiro se contentou com a divulgação pelo depositante ao depositário de que o depósito é no interesse de terceiro.

[428] Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Arts. 565 a 652. *in*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentário ao código civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 364 seq.; COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 363 e ss. Mesmo antes da entrada em vigor do novo Código Civil em 2003, *Pontes de Miranda* já fazia a mesma distinção (vide PONTES DE MIRANDA, Francisco

correspondam à base legal, não devem levar à errônea conclusão de que o contrato de depósito poderia abrigar a estrutura de interesses de um contrato escrow nos casos de depósito no interesse ou em favor de terceiro. O fato de os interesses de um terceiro poderem ser albergados em um contrato de depósito não surpreende, porque teoricamente inúmeros tipos de contrato podem ser estruturados como contrato em favor de terceiro. O art. 632 CC não traz nada de novo, uma vez que o depósito no interesse de terceiro também poderia ser estruturado como contrato em favor de terceiro, nos termos do art. 436 CC e seguintes, concedendo-se, por exemplo, ao terceiro o direito de se opor à devolução da coisa ao depositante. Em qualquer caso, a inserção dos interesses de um terceiro na estrutura do depósito não se equipara à disposição de interesses de um contrato escrow por duas razões. Em primeiro lugar, nem o depósito em favor de terceiro, nem o depósito no interesse de um terceiro dão conta da natureza alternativa do repasse ou devolução do bem, como ocorre no escrow. No caso de depósito em favor ou no interesse de terceiro, apenas uma parte está intitulada a receber a coisa desde o início da relação. No contrato escrow, ambas as partes principais podem se legitimar a tanto, dependendo de a condição do escrow se implementar ou não. Em segundo lugar, os interesses das partes principais no contrato escrow possuem igual peso, de modo que o agente escrow não age primariamente no interesse do depositante ou do terceiro, mas equilibra os interesses contrapostos de ambos.

As características essenciais do contrato escrow, portanto, rompem os limites do contrato de depósito. Se o contrato for estruturado como um depósito em que o depositário só possa entregar a coisa a ambas as partes principais conjuntamente (em mão comum), então se poderia afirmar corretamente que os interesses das partes principais têm igual peso, mas isso não configuraria um contrato escrow, porque o bem objeto do contrato escrow deve ser entregue apenas a uma ou outra parte principal. Se, por outro lado, as partes principais forem credores solidários, cada um poderá exigir a entrega da coisa, o que também não corresponde ao contrato escrow, dado que nenhuma das partes principais tem pretensão à entrega até que a condição se implemente e, após, somente uma delas pode fazer valer essa pretensão e não cada uma delas. A construção do contrato de depósito que mais se assemelharia ao contrato escrow seria o depósito em favor de terceiro sob a condição de o terceiro perder o direito a receber a coisa, caso um certo evento futuro não venha a ocorrer. Mesmo assim, todas as demais diferenças

Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 501). Se pronunciando de forma pouco clara sobre o assunto: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 393.

anteriormente sublinhadas empurrariam o contrato escrow para fora da zona de tipicidade do depósito, e a preservação da paridade de interesses das partes principais também poderia ser questionada nessa bastante específica formatação do contrato de depósito.

II.4.2.1.2. Sequestro convencional

O sequestro convencional se assemelha a um contrato escrow na medida em que (1) o fim do contrato é garantir o cumprimento de uma possível obrigação entregando o bem a um terceiro neutro e independente; e (2) a legitimação para receber o bem depende da ocorrência de um evento futuro. No entanto, isso não é suficiente para enquadrar o contrato escrow no sequestro convencional.

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, como o italiano (art. 1798 e seguintes do *codice civile*), o francês (art. 1956 e seguintes do *code civil*) e o português (art. 1202 e seguintes do código civil), nos quais o sequestro convencional é expressamente previsto na lei como um subcaso de depósito em que o bem depositado é objeto de um litígio, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê um contrato típico de sequestro convencional. A doutrina brasileira descreve o sequestro convencional, nada obstante, como o depósito junto a um terceiro de uma coisa cuja titularidade é objeto de um litígio.[429] O sequestratário deve custodiar a coisa até que o litígio seja decidido ou um acordo seja alcançado entre as partes do litígio.[430] Tanto coisas móveis quanto imóveis podem ser objeto de sequestro convencional.[431] Consequentemente, as disposições do depósito e, se o sequestratário for obrigado a administrar a coisa, também as do mandato seriam aplicáveis.[432]

O contrato escrow já escapa à qualificação como sequestro convencional, porque o bem objeto do escrow não é necessariamente objeto de litígio. Poder-se-ia argumentar, contrariamente a esse raciocínio, (1) que o contrato escrow poderia ser classificado como sequestro

[429] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 492.
[430] Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 422; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 259.
[431] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 492; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 422. Contra: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 426 (o sequestro convencional diz respeito apenas a coisas móveis).
[432] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 493; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 412; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 422; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 259.

convencional, ao menos quando tiver por objeto um bem litigioso; ou (2) que, na ausência de uma tipificação legal, os elementos essenciais do sequestro convencional poderiam teoricamente ser trabalhados para abranger situações que tipicamente configuram um contrato escrow – seria possível, por exemplo, abrir mão da referência a um objeto sob litígio, tal como se fazia no direito romano, do qual são conhecidos exemplos de sequestro em que o direito a exigir a devolução da coisa dependia apenas de um evento futuro e incerto.[433] Essas objeções não se sustentam.

Não se vislumbra nenhuma vantagem na categorização (1) acima. Uma vez que o sequestro convencional não é contrato típico no Brasil, sua regulamentação precisa ser obtida a partir da interpretação e/ou integração contratual ou, ainda, da analogia a dispositivos legais aplicáveis a outras situações semelhantes. Em qualquer caso, a analogia correta teria de ser buscada, pois nenhuma norma legal de contratos típicos é diretamente aplicável a contratos atípicos (vide *infra* cap. II.4.2.2.2.2). Já com relação ao item (2) acima, alterar os elementos constitutivos do sequestro convencional também não contribuiria em nada para a aplicação do direito e esbarraria nas mesmas dificuldades do item (1) acima. Como resultado, o contrato escrow não pode ser rotulado como sequestro convencional.

II.4.2.1.3. Contrato de mandato

O tipo contratual por excelência que trata da persecução de interesses alheios é o mandato. Contudo, o escrow não pode ser reconduzido ao mandato no direito brasileiro, pois a peculiar conceituação do mandato no art. 653 CC como contrato que necessariamente engloba o poder de representação obsta a essa qualificação.

Em um contrato de mandato,[434] o mandante outorga poderes ao mandatário para praticar atos ou administrar interesses em seu nome, de acordo com o art. 653 CC. O mandato pode ser estipulado de forma onerosa ou gratuita, conforme art. 658 CC. Em que pese o conceito legal contorne a difícil distinção existente no direito alemão entre o mandato gratuito (*Auftrag*) e o mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*), ele traz consigo a questão da necessária vinculação com o poder de representação (dicção "em seu nome"). O art. 653 CC dispõe:

---

[433] Veja-se em detalhes: MUTHER, Theodor. **Sequestration und Arrest im römischen Recht**. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1856, p. 35 seq. Veja-se também: WINDSCHEID, Bernhard; KIPP; Theodor. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. Volume 2. 9ª ed. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1963, p. 610; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. 14ª ed. Nápoles: Jovene, 1987, p. 311.

[434] Uma vez que o contrato de mandato do direito brasileiro não é inteiramente equivalente ao *Auftrag* e à *Geschäftsbesorgung* do direito alemão, o contrato de mandato será simplesmente chamado "*Geschäftsbesorgung*" na versão alemã deste trabalho por simplicidade de tradução.

> Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.

De posse desse conceito, uma parte da doutrina considera a outorga do poder de representação um elemento necessário do contrato de mandato.[435] O mandato sem poder de representação, segundo essa doutrina, não seria vedado, dado o princípio da liberdade contratual, mas teria de ser qualificado diversamente.[436] Outros autores apontam para a distinção entre o contrato de mandato e o ato de outorga do poder de representação e não veem óbices na estipulação de um mandato sem poder de representação.[437] A confusa vinculação do mandato ao poder de representação no direito brasileiro decorre da redação intrincada do art. 653 CC e só se explica pelo histórico legislativo do dispositivo e pela colocação sistemática do mandato em nosso ordenamento.

O primeiro projeto de lei do antigo Código Civil de 1916 idealizara o mandato expressamente para a nomeação negocial de um representante do mandante. Assim constou do projeto primitivo do formulador do Código, *Clóvis Bevilaqua,* que foi submetido à Câmara dos Deputados:[438]

> Tem logar o mandato, quando alguem institue outrem seu representante, conferindo-lhe poderes para que execute um acto ou uma serie de actos jurídicos.

Durante os debates da comissão revisora, o texto foi adaptado e ao final submetido à Câmara dos Deputados com a seguinte redação (projeto revisto):[439]

> Tem logar o mandato, quando alguem confere a outrem poderes para que, em seu nome, pratique um ou mais atos ou administre um ou mais negocios. A procuração é o instrumento do mandato.

---

[435] Cf. exemplificativamente TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25 seq.; RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 283 seq.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 282.

[436] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 282 (essa situação configuraria prestação de serviços); TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 41 seq. (atuação em nome próprio altera a natureza do contrato).

[437] Cf. exemplificativamente ASSIS*,* Araken de. Contratos nominados. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26 seq.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 61 seq.; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Do mandato. *in*: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). **O novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 607 seq.; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 424.

[438] Codigo civil brasileiro, trabalhos relativos à sua elaboração. Volume I, p. 260, art. 1442.

[439] Código civil brasileiro, trabalhos relativos à sua elaboração. Volume I, p. 843, art. 1506.

Nas discussões havidas na Câmara dos Deputados, chegou-se a considerar, no relatório do Dr. Solidônio Leite, membro do Instituto dos Advogados, inadequada a vinculação com o poder de representação e propôs-se uma emenda para excluir a expressão "em seu nome".[440] Essa emenda foi, porém, rejeitada na Câmara. No decorrer do processo legislativo, foram introduzidas alterações no texto, mas o conteúdo do dispositivo se manteve. Na versão final do CC1916, o artigo recebeu o mesmo texto do atual art. 653 CC e foi numerado como art. 1.288. O CC1916 não continha disposições gerais sobre o poder de representação, que estava regulado de forma esparsa nas normas da parte especial do Código, sobretudo no capítulo do mandato.

Durante o período de vigência do CC1916, ergueram-se vozes na doutrina que, focando na separação entre poder de representação e mandato, admitiam que este pudesse ser aviado sem poder de representação.[441] Mas a doutrina predominante considerava o poder de representação um elemento indispensável do mandato.[442]

A discussão se renovou nos anos 70 com os trabalhos da Comissão Reale de preparação do Código atual. O projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados em 1975 continha uma disposição idêntica ao art. 1.288 então vigente, mas, contrariamente ao CC1916, incluiu seis artigos na Parte Geral (atuais arts. 115 a 120 CC) sobre o poder de representação como instituto jurídico desvinculado do mandato. Durante as deliberações na Câmara, a vinculação entre poder de representação e mandato foi questionada pelo menos três vezes nas conferências dos membros da Comissão: Miguel Reale, em 5 de agosto de 1975, Moreira Alves, em 19 de agosto de 1975, e Agostinho Alvim, em 6 de novembro de 1975.[443] Em todas essas ocasiões, os membros da Comissão defenderam a vinculação, porque ela seria "da essência" do contrato de mandato[444] ou porque o mandato seria uma especificação da representação[445]. A decisão do legislador por

---

[440] Cf. Código civil brasileiro, trabalhos relativos à sua elaboração. Volume II, p. 501 seq.

[441] Por exemplo, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 61 seq.; GOMES, Orlando. **Contratos (1986)**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 387 seq.

[442] Por exemplo, ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 507; DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volume I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, § 10; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 108 seq.

[443] Cf. MASCARENHAS MENCK, José Theodoro (org.). **Código civil brasileiro no debate parlamentar – elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002**. Tomo 1. Brasília: edições Câmara, 2012, p. 111 seq., 117 e Tomo II, p. 418, 995 seq.

[444] Cf. MASCARENHAS MENCK, José Theodoro (org.). **Código civil brasileiro no debate parlamentar – elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002**. Tomo 1. Brasília: edições Câmara, 2012, p. 418 (conferência de Moreira Alves).

[445] Cf. MASCARENHAS MENCK, José Theodoro (org.). **Código civil brasileiro no debate parlamentar –**

manter a vinculação entre os institutos pode ser vista mais claramente na fala de Agostinho Alvim em uma dessas conferências:[446]

> o mandato sem representação é um contrato atípico entre nós. Pode haver o contrato sem representação. Aliás, é comuníssimo, entre nós (...) Mas a comissão propriamente é restrita à compra e venda. De modo que o Projeto regulou o contrato de comissão, restrito à compra e venda, mas permitindo sempre um mandato sem representação para outros efeitos, como contrato inominado.

No processo legislativo, o deputado Fernando Coelho pretendeu eliminar essa vinculação do poder de representação com o mandato na emenda n. 457, a qual buscava concretamente, no entanto, apenas excluir a última parte do artigo ("*a procuração é o instrumento do mandato*"), enquanto a fórmula "em seu nome" permaneceria. De qualquer modo, a emenda foi rejeitada e o dispositivo foi incluído inalteradamente na versão final do CC como art. 653.

Do histórico legislativo ressalta claramente a intenção deliberada do legislador brasileiro de alçar a outorga do poder de representação como parte do conceito de mandato. Em vista disso, qualquer tentativa de permitir o mandato sem poder de representação parece ser *contra legem*, mas isso não impediu a doutrina jurídica de continuar a argumentar pela possibilidade de mandato sem poder de representação após o Código Civil de 2002.[447]

Deve-se enfatizar o entendimento dos membros da Comissão elaboradora do Código de que mandato e poder de representação não se confundem, o que se demonstra à toda evidência pela inclusão dos artigos 115 a 120 sobre o poder de representação na Parte Geral do novo Código.[448] Entretanto, a lei parte da premissa de que o mandato necessariamente implica poder de representação, o que não exclui a possibilidade de o poder de representação ser outorgado também em outras situações.

Não se pode negar que o único lugar no Código Civil onde o poder de representação é regulado com riqueza de detalhes é no capítulo do mandato. Os arts. 654, 655, 661, 662, 663, 665, 667, 672, 673 e 679 CC são exemplos de regras do mandato que, na realidade, se referem ao poder de representação. Mesmo as regras sobre o poder de representação da Parte Geral não são tão detalhadas quanto as do capítulo do mandato. Não surpreende, portanto, que o

---

elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. Tomo 1. Brasília: edições Câmara, 2012, p. 117 (conferência de Miguel Reale).

[446] MASCARENHAS MENCK, José Theodoro (org.). **Código civil brasileiro no debate parlamentar – elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002**. Tomo 2. Brasília: edições Câmara, 2012, p. 996.

[447] Vide nota de rodapé n. 437 acima.

[448] Veja-se as conferências de Miguel Reale e Moreira Alves em MASCARENHAS MENCK, José Theodoro (org.). **Código civil brasileiro no debate parlamentar – elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002**. Tomo 1. Brasília: edições Câmara, 2012, p. 117, 418.

art. 120 CC se refira às disposições da Parte Especial, no que tange aos requisitos e efeitos da representação voluntária. Algumas outras disposições nos capítulos da Parte Especial sobre outros contratos típicos, que não o mandato, mencionam a possibilidade de outorga do poder de representação, como os arts. 710, parágrafo único, e 761 CC. Entretanto, tais disposições não contêm nenhuma regulamentação substantiva do poder de representação, mas apenas referenciam regras encontradiças em outras partes do ordenamento.

Outrossim, o capítulo da Parte Especial sobre o mandato também contém disposições que não se relacionam com o poder de representação externamente, mas com a relação interna do mandatário e do mandante, exemplificativamente, os arts. 658, 659, 664, 668, 669, 670, 671, 676, 677, 678 e 681 CC. Vale dizer, a regulamentação do mandato no Código Civil é uma combinação de regras sobre o poder de representação e sobre a prática de atos ou administração de interesses para o mandante.

Como resultado: o contrato de mandato típico é o contrato no qual o mandatário se compromete a praticar atos ou a administrar interesses para o mandante e, para cumprir tais obrigações, recebe o poder de representá-lo. Presentes esses elementos, as disposições do contrato de mandato são diretamente aplicáveis e as disposições da Parte Geral sobre representação se aplicam subsidiariamente em caso de lacunas.[449]

Se o mandatário apenas se comprometer a praticar atos ou a administrar interesses sem receber o poder de representação, não existe mandato, mas contrato atípico, o qual se rege primariamente pelas regras gerais aplicáveis aos contratos e, devido à óbvia similaridade entre as situações fáticas, também pelas normas aplicáveis à relação interna do mandato por analogia. A opinião, segundo a qual o mandato sem poder de representação configuraria um contrato de prestação de serviços, não pode ser compartilhada. O prestador de serviços entrega um trabalho material para o contratante dos serviços, enquanto o mandatário apenas realiza certos atos ou administra interesses para o mandante. A substância das atividades é, portanto, diferente.[450]

---

[449] A questão da emissão de uma procuração em momento futuro não precisa ser examinada nesta sede. Se a outorga do poder de representação fosse pré-requisito para a formação do contrato de mandato, haveria boas razões para a qualificação dessa situação como um contrato preliminar. Por outro lado, se para o tipo legal do mandato a obrigação de outorgar poder de representação bastasse, já poderia existir mandato antes do negócio de disposição de outorga do poder de representação. Essas divagações em nada afetam, porém, as conclusões deste trabalho, já que o contrato escrow não associado ao poder de representação. A discussão dessa questão não se faz aqui necessária.

[450] Cf. ASSIS, Araken de. Contratos nominados. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31 seq.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 59.

Além disso, no mandato existe uma relação de substituição, ou seja, o mandatário assume a posição do mandante e avança atos e interesses do mandante,[451] como se fossem os seus próprios, o que não ocorre na prestação de serviços.

A principal obrigação do agente escrow é perseguir os conflitantes interesses das partes principais. O poder de representação é dispensável para o desempenho dessa atividade e falta por completo no contrato escrow.[452] Dessa forma, ele não pode ser qualificado como mandato. O significado prático dessa distinção é menos relevante do que parece, pois as disposições da relação interna do mandato acabam sendo aplicadas por analogia em larga medida.

II.4.2.1.4. Alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de créditos

Como em um escrow-direito a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito pode ser transferida ao agente escrow para garantia da outra parte principal (ou garantia de ambas as partes principais em um escrow multidirecional), poder-se-ia equivocadamente ver aí um ponto de contato do contrato escrow com a alienação fiduciária em garantia ou com a cessão fiduciária de créditos. Ambas as situações são, porém, muito diferentes do contrato escrow, sobretudo tendo em vista o fim de adimplemento presente no contrato escrow.

A alienação fiduciária em garantia é negócio jurídico, por meio do qual se estabelece a propriedade fiduciária sobre uma coisa para o credor garantido.[453] Se o fim de garantia perde objeto, por exemplo, porque a dívida foi quitada, a propriedade reverte ao garante. Caso contrário, o credor garantido poderá excutir a coisa e se satisfazer com o produto da excussão (art. 1.364 CC).[454] Como regra, o prestador da garantia mantém a posse direta da coisa, enquanto o beneficiário da garantia se torna possuidor indireto. No Brasil, a propriedade fiduciária é uma espécie legalmente típica de propriedade resolúvel e é regida, no geral, pelo art. 1.361 CC e seguintes (bens móveis infungíveis) e art. 22 e seguintes da Lei 9.514/95 (bens imóveis).

---

[451] Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volume I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, § 13.

[452] Não se deve confundir a situação retratada com o caso em que o agente escrow (por exemplo, o banco) recebe uma procuração para executar determinados investimentos (por exemplo, aplicação em um fundo de investimento) com o bem em escrow. Nesse caso haveria um contrato típico de mandato apenas com relação aos investimentos, mas não com relação ao equilíbrio dos interesses contrapostos das partes principais.

[453] Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, § 6.

[454] Cf. FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 43 seq.; WALD, Arnoldo. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, volume 51 (jul./dez. 2001), p. 253-279, p. 259.

Dependendo da natureza da coisa, podem ser aplicáveis leis especiais.[455] A propriedade fiduciária difere da propriedade resolúvel comum, na medida em que só pode ser utilizada para fins de garantia.

Por meio da cessão fiduciária de um crédito em garantia, o fiduciário adquire a titularidade plena do crédito e, se o fiduciário não pagar a dívida nos termos do contrato, ele pode cobrar o crédito contra o terceiro para satisfazer o seu próprio crédito.[456] A cessão fiduciária de certos tipos de crédito também é regulamentada por leis especiais.[457]

Naturalmente, não se deve confundido a alienação fiduciária em garantia ou a cessão fiduciária de créditos com o escrow-direito. Ambos esses institutos contemplam a excussão do bem em garantia, ou seja, a conversão do bem em dinheiro. O valor do bem é que garante a transação, não o bem em si. Na alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, o fiduciário só pode reter o bem e compensar seu valor com a dívida, se a venda do imóvel não for bem-sucedida, conforme art. 27, §§ 5°, 6°-A, da Lei 9.514/97. Em um contrato escrow ocorre o inverso: o bem objeto do escrow é que satisfaz o interesse primário do credor, não sendo necessária a sua excussão. Devido à identidade do bem objeto do escrow com o objeto da prestação no negócio principal, basta a transferência do bem ao Legitimado. Se o agente escrow se obriga a excutir o bem, já não se trata mais de um contrato escrow.

II.4.2.2. Contrato escrow como negócio fiduciário

De acordo com a opinião aqui defendida, o contrato escrow é um tipo especial de negócio fiduciário e contrato atípico. Para se justificar essa qualificação é preciso mudar a maneira como os negócios fiduciários são tradicionalmente vistos no direito brasileiro. Na sequência, as disposições legais aplicáveis serão determinadas com apoio na doutrina dos contratos atípicos.

II.4.2.2.1. Qualificação como negócio fiduciário

Na doutrina brasileira, os negócios fiduciários são usualmente analisados no contexto da propriedade fiduciária e localizados como subcategoria da fidúcia romana – como fenômeno contraposto à fidúcia germânica. Com isso se desvia o foco da análise para os aspectos externos da relação fiduciária, enquanto a sua face interna não recebe atenção suficiente. Para justificar

[455] Por exemplo, a propriedade fiduciária de ações (Lei n. 6.404/76) e de aviões e navios (Decreto-Lei n. 413/69, Lei n. 7.565/86 e Lei n. 7.652/88).
[456] Cf. FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 18 seq.
[457] Por exemplo, a cessão fiduciária de recebíveis para estímulo às indústrias da construção civil (Lei n. 4.864/65 e Decreto-Lei n. 70/66).

a qualificação do contrato escrow aqui proposta, a natureza jurídica das relações internas do negócio fiduciário deve ser explicada primeiramente para, em seguida, se adentrar a análise do negócio fiduciário duplo.

II.4.2.2.1.1. Classificação e natureza jurídica dos negócios fiduciários

a) Avaliação das classificações empreendidas até o momento

O negócio fiduciário como tal não está regulamentado na legislação brasileira, mas há relativo consenso de que o negócio fiduciário é um conceito jurídico genérico que comporta certas situações não reguladas por lei, como a compra com escopo de garantia, o endosso para cobrança e a compra para fins de administração ou de custódia.[458] Controverte-se se institutos previstos em lei, como a alienação fiduciária em garantia e o fideicomisso, também constituiriam negócios fiduciários.[459]

A conceituação do negócio fiduciário é relativamente uniforme na doutrina, apesar de algumas variações. Cinco características principais podem ser extraídas dos conceitos correntes de negócio fiduciário.

Em primeiro lugar, o negócio fiduciário sempre teria algum desdobramento no plano real. No mais das vezes, esse desdobramento consistiria na transferência da propriedade para o fiduciário, mas também poderia ser a transferência da titularidade de um outro direito.[460] Outros

---

[458] Ver exemplos em MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 57 seq., e em FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 17 seq. Também afirmando a necessária atipicidade do negócio fiduciário: RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 48 seq.

[459] Vide abaixo notas de rodapé n. 478 e 479.

[460] Cf. LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 187 seq.; ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium Editora, 1998, p. 31; FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 15; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *in*: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Direito das garantias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111; MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 38; RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 21 (2019), p. 208-231, p. 217 seq.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 308; BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 31; CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio

tipos de atribuição patrimonial também são concebíveis, como a assunção de uma dívida pelo fiduciário, a transmissão da posse ou a outorga de uma procuração em causa própria ao fiduciário.[461]

Em segundo lugar, um desdobramento no plano obrigacional também deve estar presente em todo negócio fiduciário para neutralizar parcialmente os efeitos da atribuição patrimonial. Esse elemento se caracteriza pela obrigação do fiduciário de usar os bens a ele confiados somente para determinados fins e, quando esses fins forem alcançados, de devolvê-los ao fiduciante.[462] Consequentemente, o fiduciário só teria uma pretensão obrigacional por violação

---

de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 33 (menciona apenas a propriedade); ASCARELLI, Tullio. **Negócio jurídico indirecto**. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965, p. 13 (menciona apenas a propriedade); BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Acrefi, 1969, § 2 (menciona apenas a propriedade); CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 37 (menciona direitos reais); DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, volume 51, ano 24 (jul./dez. 2001), p. 235-252, p. 237 (menciona apenas a propriedade); UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, volume 29 (jan./mar. 1984), p. 81-94, cap. IV (menciona apenas a propriedade).

[461] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 179; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 38 seq.; ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium Editora, 1998, p. 27, 31 (transmissão de posse).

[462] Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57.991/SP da 4ª Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília/DF, 19 de agosto de 1997; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 155.242/RJ da 4ª Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília/DF, 15 de fevereiro de 1999; BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Acrefi, 1969, § 23; FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 15; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *in*: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Direito das garantias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217 seq.; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111; MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 38 seq.; RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 21 (2019), p. 208-231, p. 218; ASCARELLI, Tullio. **Negócio jurídico indirecto**. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965, p. 13; CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 33; CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 37; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 308; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 177; BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 31; DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, volume 51, ano 24 (jul./dez. 2001), p. 235-252, p. 237; UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, volume 29 (jan./mar. 1984), p. 81-94, cap. IV. De forma similar: ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium Editora, 1998, p. 31. A interação entre dois negócios, um translativo e outro obrigacional, também foi enfatizada por *Orlando Gomes*, vide GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, § 22.

contratual contra o fiduciário, se os bens não lhe fossem devolvidos.[463] Uma variante dessa bastante solidificada opinião é defendida por *Marino*, para quem o bem transferido ao fiduciário não precisaria necessariamente ser devolvido, mas poderia ser repassado a um terceiro.[464] *Marino* ressalta ainda, com razão, que o negócio de disposição que executa a atribuição patrimonial e o negócio de direito das obrigações estariam em um tipo especial de coligação contratual.[465]

Em terceiro lugar, o negócio fiduciário pressuporia temporariedade da atribuição patrimonial, porque o bem confiado ao fiduciário teria de ser restituído.[466] Por vezes é feita referência à ocorrência de uma condição para precisar o momento da restituição.[467] De qualquer forma, o bem não poderia permanecer definitivamente no patrimônio do fiduciário, visto que o negócio fiduciário não teria como objetivo o seu incremento patrimonial.[468]

Em quarto lugar, das características acima decorreria que o fiduciário tem mais poder no plano externo do que estaria autorizado a exercer no plano interno, por acordo com o fiduciante. Os efeitos reais da atribuição patrimonial concederiam ao fiduciário a possibilidade de usar o bem objeto da relação fiduciária para qualquer finalidade, não apenas para a finalidade pretendida. Essa característica do negócio fiduciário é comumente chamada incongruência entre fins e meios.[469]

---

[463] Cf. LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 189 seq. É claro que o pedido de indenização não exclui a execução específica sobre o bem objeto do negócio fiduciário, se houver uma pretensão à restituição (cf. OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15).

[464] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 39.

[465] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 52 seq.

[466] Cf. LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 170; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110 seq.; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 21 (2019), p. 208-231, p. 218.

[467] Cf. ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium Editora, 1998, p. 28.

[468] Cf. LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 163; CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 40.

[469] Cf. BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Acrefi, 1969, § 23; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110 seq.; MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, nota de rodapé n. 70; CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 32 seq.; CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 40 seq.; UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, volume 29 (jan./mar. 1984), p. 81-94, cap. IV; BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 31; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 51

Em quinto lugar, a possibilidade de abuso do poder pelo fiduciário seria característica do negócio fiduciário. Isso seria uma consequência da transferência da propriedade irrestrita (ou de outro direito) com uma vinculação meramente obrigacional no plano interno. O fiduciário poderia utilizar o bem objeto da relação fiduciária da forma como quisesse ou efetivamente dispor dele sem que o fiduciante pudesse se defender contra tais práticas, restando-lhe apenas pretensão indenizatória.[470]

Da definição acima exposta normalmente se retira a conclusão de que somente a fidúcia romana, mas não a germânica, constituiria negócio fiduciário. Na fidúcia romana, a propriedade era transferida ao fiduciário sem restrições por meio de um ato solene (*mancipatio* ou *in jure cessio*). A este ato solene agregava-se um pacto lateral (*pactum conventum*) que impunha a obrigação de restituir a coisa após atingir determinado fim.[471] Como o fiduciário detinha propriedade plena, ele podia exercer todos os poderes inerentes à propriedade.[472] O fiduciante tinha de depositar na pessoa do fiduciário a confiança de que ele não excederia os objetivos estabelecidos no pacto lateral. A violação do pacto lateral acarretava apenas responsabilidade pessoal

(incongruência entre a causa típica e o fim concreto do negócio). Diferentemente: LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 174 seq. (a incongruência seria uma característica corriqueira, mas não necessária); OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12 seq. (não há incongruência entre meio e fim); TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 21 (2019), p. 208-231, p. 218 seq. (não há incongruência entre meio e fim).

[470] Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 30 seq.; LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 188; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 51 seq.; RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32 seq.; CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 34 seq.; CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 43 seq.; UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, volume 29 (jan./mar. 1984), p. 81-94, cap. IV); AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114. De forma similar: ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium Editora, 1998, p. 37 seq.; GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, § 20; BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 31 (menciona apenas a confiança no fiduciário). De acordo com a opinião contrária, o abuso de poder não seria uma característica dos negócios fiduciários, pois esses se definem pela titularidade de um direito no interesse de outrem: OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15 seq.; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 21 (2019), p. 208-231, p. 218 seq.

[471] Cf. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 10 seq.

[472] Cf. GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 50.

do fiduciário.[473] Na fidúcia germânica, a propriedade era transferida ao fiduciário sob a condição resolutiva de que a propriedade reverteria ao fiduciante quando a condição se implementasse.[474] A condição resolutiva tinha efeito *erga omnes*[475] e quaisquer disposições praticadas pelo fiduciário em violação a essa condição eram ineficazes.[476] Como o fiduciante não dependia inteiramente da confiança no fiduciário, devido ao efeito real da restrição ao direito de propriedade, parte da literatura entende que a fidúcia germânica não seria um negócio fiduciário. A possibilidade de abuso seria, assim, inerente ao negócio fiduciário.[477]

Em vista disso, uma parte considerável da doutrina conceitua o negócio fiduciário como negócio atípico, dado que o fiduciante poderia recorrer aos remédios previstos em lei, caso o negócio fiduciário passasse a ser regulado em lei, e a confiança na pessoa do fiduciário seria supérflua ou desnecessária.[478] Outras vozes na doutrina veem o negócio fiduciário como um conceito "guarda-chuva" que comportaria manifestações típicas e atípicas,[479] como a alienação fiduciária em garantia e o endosso de título de crédito para cobrança. Uma terceira corrente doutrinária distingue ainda entre os negócios fiduciários ditos próprios e os impróprios. Os

---

[473] Cf. GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 50 seq.

[474] Cf. UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, volume 29 (jan./mar. 1984), p. 81-94, cap. II.

[475] Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 31.

[476] Cf. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 14.

[477] Cf., com maiores referências, MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 31 seq.; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 52; CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 45.

[478] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 57 seq.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribuna, p. 179; MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 32; CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 45; LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 173 seq.

[479] Cf. BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Acrefi, 1969, § 2; MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 36; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 21 (2019), p. 208-231, p. 209; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *in*: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Direito das garantias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217 (especialmente nota de rodapé n. 8); GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, § 28 (alienação fiduciária em garantia como subcaso de negócio fiduciário); FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 16 (alienação fiduciária em garantia seria negócio fiduciário apesar da tipificação legal, porque a confiança não teria sido completamente eliminada nesse caso).

primeiros seriam atípicos e marcados pela transferência de propriedade para fins atípicos e, portanto, pela confiança, enquanto nos últimos o risco de abuso não existiria, devido à tipificação legal.[480]

No que diz respeito à sua estrutura, as teorias mais relevantes discutem se o negócio fiduciário deveria ser construído como dois negócios separados (a chamada teoria dualista) ou como um único negócio (teoria monista).[481] Para a teoria dualista, além do contrato real, em virtude do qual a propriedade ou a titularidade do direito é transferida para o fiduciário, haveria um contrato obrigacional, pelo qual as partes acordam sobre o objetivo de tal transferência e devolução do bem objeto da relação fiduciária.[482] Para a teoria monista, ambos os efeitos seriam desencadeados por um único contrato.[483]

Essas considerações sobre negócios jurídicos fiduciários encontram-se predominantemente em capítulos introdutórios de obras sobre propriedade fiduciária ou alienação fiduciária em garantia. Essas introduções servem, então, como explicação para a qualificação (ou não) da alienação fiduciária em garantia (ou seja, do negócio jurídico que serve como justificativa para a criação da propriedade fiduciária)[484] como negócio fiduciário. Tais obras normalmente se dedicam a partir daí à alienação fiduciária em garantia e outras formas de garantia, sem análises mais aprofundadas da categoria mais geral do negócio fiduciário.

Com isso se perde de vista o campo mais frutífero da pesquisa jurídica sobre negócios fiduciários, qual seja, a relação interna entre o fiduciário e o fiduciante. Não se ganha muito ao assentar o negócio fiduciário na possibilidade de abuso pelo fiduciário e na tipicidade do negócio, pois daí se extrai apenas que o fiduciante tem uma pretensão contra o fiduciário em caso de abuso de poder (que não seria mais do que uma violação contratual) pelo fiduciário, a qual pode ter cunho obrigacional ou real, a depender de como a forma fiduciária é legalmente

---

480 Cf. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 58.

481 *Orlando Gomes* fez uma exposição detalhada das teorias e suas variantes (ver GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, §§ 31-58), optando claramente pela teoria dualista (como se pode com clareza ver em sua obra de introdução ao direito civil: GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, § 208). *Moreira Alves* também explica esse embate teórico sem se manifestar claramente por uma ou outra teoria (vide MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, § 5).

482 Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 52 (enfatizando a coligação entre os dois negócios jurídicos).

483 Cf. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 38 seq.

484 Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, § 6.

tipificada.[485] Em razão da admissibilidade, como princípio, do condicionamento dos negócios de disposição, conforme art. 126 CC, muitos dos efeitos reais dos negócios fiduciários típicos também poderiam ser alcançados sem essa tipificação, e, por outro lado, alguns efeitos típicos são efeitos obrigacionais por excelência (por exemplo, o prazo de carência do art. 26, § 2°, da Lei 9.514/97 tem caráter obrigacional e dispositivo).

Uma pesquisa dedicada aos negócios fiduciários não constitui objeto deste trabalho, de modo que, a seguir, a análise concentrar-se-á na colocação sistemática e na relação interna do negócio fiduciário, com vistas à aplicação do direito, pois esses aspectos impactam a qualificação do contrato escrow e, consequentemente, a determinação das normas aplicáveis aos contratos escrow.

b) Proposta de qualificação do negócio jurídico fiduciário

O ponto de partida para explorar a natureza jurídica dos negócios fiduciários no Brasil deve ser a separação relativa entre os planos real e obrigacional. Conforme analisado acima, o negócio fiduciário é composto de um elemento real e um elemento obrigacional. No plano real, normalmente é transferido um direito ao fiduciário, o que necessariamente tem de ocorrer por meio de negócio de disposição. Outros atos, como a transmissão da posse ou a inscrição no registro de imóveis, podem eventualmente ser necessários para completar o procedimento que perfaz o ato de disposição. No plano do direito das obrigações, se conclui um contrato obrigacional, cujo objeto consiste em obrigar o fiduciário ao manuseio do bem objeto da relação fiduciária com vistas a determinados fins. Devido à causalidade do sistema brasileiro, a disposição estará sempre vinculada ao negócio obrigacional subjacente. Mesmo não havendo necessidade de duas declarações negociais separadas, haverá sempre dois negócios jurídicos. A atribuição patrimonial não pode ser logicamente consequência do negócio obrigacional, mas sim do de disposição. Isso já afasta a teoria monista, porque ela ignora a separação de planos. O negócio fiduciário é, portanto, uma combinação de dois negócios jurídicos. À teoria dualista deve-se dar razão.

Quem procura justificar a licitude da atribuição patrimonial em um negócio fiduciário por referência a contratos típicos, acaba por ignorar que a transferência de direitos no direito brasileiro não está sujeita a uma lista exaustiva de causas de atribuição patrimonial. A causa de

[485] Não se deve subestimar a corriqueira distinção presente nas monografias sobre o tema entre negócios fiduciários e negócios simulados ou negócios indiretos. No entanto, elas não são relevantes para este trabalho e não serão, portanto, aprofundadas aqui.

atribuição não configura *numerus clausus*, embora os direitos reais sejam. Mesmo se alienação fiduciária em garantia não fosse regulada de forma específica no Brasil, não seria necessário construir o instituto com referência a uma compra e venda com fins indiretos, pois um negócio atípico também pode ser causa adequada para a movimentação patrimonial. *Orlando Gomes* foi quem melhor enfatizou essa particularidade.[486_487] O negócio de direito das obrigações serve como causa da movimentação e, *a fortiori,* do negócio de disposição (vontade de se obrigar e vontade de cumprir a obrigação são co-declarados em um sistema de separação relativa!). Em uma relação fiduciária, o negócio de disposição não permanece sem causa, porque a garantia de uma dívida, a administração de um bem, o cumprimento de uma obrigação ou qualquer outra finalidade do negócio obrigacional justificam a atribuição patrimonial e, por conseguinte, o ato de disposição.

Essa base teórica permite olhar para os deveres do fiduciário para com o fiduciante no plano interno, ou seja, no negócio obrigacional. O principal dever do fiduciário é, na verdade, perseguir os interesses do fiduciante, a saber, praticando determinados atos ordenados pelo fiduciante com o bem objeto da relação fiduciária ou administrando determinados interesses do fiduciante quanto ao bem definidos de forma genérica.

Sob esse ponto de vista, as características do negócio fiduciário mencionadas acima descrevem diferentes facetas do mesmo fenômeno, qual seja, da obrigação de administrar interesses alheios. A restrição obrigacional do poder obtido pelo fiduciário sobre o bem (segunda e quarta características do negócio fiduciária tratados no capítulo anterior) significa que o fiduciário não pode utilizar-se do bem objeto da relação fiduciária como bem entender, pois o fiduciante tem interesse em uma determinada maneira de manuseá-lo. Não fosse assim, ele estaria restringindo seu poder em vão, pois não faria sentido restringir o próprio poder em interesse próprio. O proprietário "pleno" pode buscar qualquer objetivo com seus bens. A obrigação perante o fiduciante de usar o bem somente para determinados fins não ocorre no interesse próprio, mas obviamente no interesse de outrem.[488] Um interesse próprio do fiduciário pode coexistir ao lado do interesse do fiduciante, como ocorre nos negócios fiduciários para fins de garantia. Mas

---

[486] Cf. GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, § 58 (o negócio fiduciário tem causa própria e não precisa ser enquadrado em uma figura típica de contratos translativos ou de garantias reais).

[487] Vide também MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 52 seq. No entanto, é questionável se, no exemplo trazido por *Marino* de uma compra com fim indireto de garantia, não seria mais correto classificar a situação como contrato atípico, já que o contrato de compra e venda visa a uma transferência definitiva da propriedade.

[488] Cf. BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Acrefi, 1969, § 23.

mesmo aí está envolvido um interesse a ser perseguido do fiduciante, pois a concessão ao fiduciário de poder sobre o bem está sujeita à premissa de que ele deve buscar obter o maior lucro possível na eventual excussão do bem. Portanto, a administração ou persecução de interesses alheios está sempre presente nos negócios fiduciários. O fato de também ser possível estipular a posse como objeto de um negócio fiduciário não oferece maiores dificuldades à qualificação aqui proposta. Afinal, também com a simples posse pode o fiduciário proteger os interesses do fiduciante e desviar a coisa para outros fins, sem que o fiduciante possa obstá-lo em seus intentos. A título de exemplo, a posse pode ser entregue ao fiduciário para que ele transfira a coisa ao comprador quando o fiduciante a vender; como o contrato de aluguel não pressupõe a propriedade da coisa alugada, ele poderia – contrariamente ao acordado com o fiduciante – dar a coisa em locação a terceiros eficazmente. Já o tratar-se a devolução do bem objeto da relação fiduciária após o atingimento da finalidade pretendida como elemento de conceito é equivocado. Nem todo bem fiduciariamente transferido ao fiduciário é pensado para sobreviver à duração da relação fiduciária, pois ele pode ser consumido, substituído ou negociado durante a persecução de interesses. Algumas relações jurídicas fiduciárias miram até mesmo a transferência do bem a terceiros em vez de sua restituição.[489]

Em vista dessa conceituação, não é de surpreender a tentativa de *Espínola* de qualificar a relação interna dos negócios fiduciários como mandato.[490] É que a administração dos interesses de terceiros é parte essencial de qualquer mandato. Mas a obrigação de administrar interesses alheios não basta para justificar a categorização como mandato, porque este último conceitualmente só se forma quando ao mandatário é outorgado poder de representação. Na doutrina, vozes têm se levantado contra a concepção de *Espínola* por motivos que se nos afiguram equivocados. Para *Marino,* seguir essa concepção levaria a uma certa divisão do direito de propriedade em propriedade material e formal.[491] Entretanto, esse não é o caso; proprietário é exclusivamente o fiduciário, seja frente ao fiduciante, seja frente a todas as outras pessoas. A obrigação de administrar interesses alheios existe somente no plano obrigacional. O fato de o fiduciário

[489] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 39; GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, § 16.
[490] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Volume 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 545; ESPÍNOLA, Eduardo. Negócio fiduciário (parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 39, n. 184 (1950), p. 532-542, p. 535.
[491] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63, p. 49 seq.

administrar bens seus à conta de outrem em nada prejudica essa construção. *Lima,*[492] *Buzaid,*[493] *Bessone*[494] e *Fiuza*[495] também rejeitam a qualificação do fiduciário como mandatário (*Buzaid* especificamente referindo-se à posição jurídica de quem detém a propriedade fiduciária em garantia), porque uma duplicidade de posições – como titular de um direito e mandatário – não seria possível. Comum a esses quatro autores é a opinião de que no mandato não ocorre aquisição da titularidade do direito pelo mandatário. Ao assim proceder, perdem de vista que, em um sistema em que as causas de atribuição patrimonial são atípicas, a administração de interesses alheios também pode constituir causa jurídica adequada para a aquisição de um direito. Além disso, do conceito legal de mandato não se segue que a aquisição da propriedade ou de outro direito seria incompatível com o contrato típico de mandato. Por fim, a persecução de interesses alheios diz respeito apenas ao plano interno da relação, ou seja, o plano obrigacional; externamente, o fiduciário não aparece como mero mandatário, mas como pleno titular do direito. Em vista dessas considerações, as críticas à qualificação como mandato não se justificam. A verdadeira razão pela qual tal qualificação falha no direito brasileiro é a já mencionada necessária vinculação do mandato com o poder de representação (art. 653 CC), o que não ocorre no negócio fiduciário. Nada obstante, as disposições legais sobre o mandato podem ser aplicadas a negócios fiduciários, quando os pressupostos da analogia forem satisfeitos.

Nem toda persecução de interesses alheios, todavia, constitui negócio fiduciário. Ela aparece em vários atos à conta de terceiros sem poder de representação, de que é exemplo a situação em que o devedor instrui um terceiro a realizar um pagamento. O elemento característico do negócio fiduciário é que o fiduciário busca os interesses do terceiro exercendo um poder jurídico excessivo (incongruência entre posição obtida sobre o bem e a restrição obrigacional), no mais das vezes sobre um bem transferido ao próprio fiduciário. Quando essa administração de interesses incluir a conclusão de negócios jurídicos envolvendo o bem objeto da relação fiduciária, tem-se a chamada representação indireta, em outras palavras, uma interposição real na pessoa do fiduciário. Na representação indireta, o representante realiza atos ou conclui negócios em seu próprio nome, mas à conta de outra pessoa.[496] Nenhuma relação jurídica direta

[492] Cf. LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 167 seq.
[493] Cf. BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Acrefi, 1969, § 23.
[494] Cf. BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, § 31
[495] Cf. FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 14.
[496] Cf. FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Da representação. *in*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (orgs.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 448; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Do mandato. *in*: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). **O novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 604; LANDIM, Francisco. O mandato civil sem representação. Campinas: Agá Juris Editora, 2000, p. 21.

se estabelece entre o representado e o parceiro contratual do representante.[497] O representante adquire primeiro todos os direitos e obrigações em sua esfera patrimonial e deve, posteriormente, repassá-los ou cedê-los ao representado, se necessário inclusive por meio da celebração de um negócio adicional com o representado.[498] Essa distinção fica evidente nos arts. 662, 663, 665 e 671 CC. O negócio fiduciário é a representação indireta por excelência, mas nem sempre o fiduciário conclui negócios jurídicos com o bem objeto da relação fiduciária. Atos de administração de interesses também podem consistir na guarda e no cuidado com o bem com a simples prática de atos materiais, por exemplo, e aí não se perfaz uma representação indireta.

O quadro fático de um negócio fiduciário é peculiar, porque o fiduciário pode exercer ou dispor do direito, sem que o fiduciante possa se proteger contra tal risco. Quando o representante conclui negócios jurídicos em nome do representado em uma representação direta, o representado precisa ratificar o negócio, conforme arts. 662, 663, 665 e 671 CC, se o representante não tiver ou exceder seus poderes de representação. E, salvo exceções, ele pode exercer seu direito formativo a revogar a procuração ou restringir os poderes do representante a qualquer momento, de modo a impedir a possibilidade de descumprimento de suas instruções.[499] Para combater atos de administração de interesses com o bem objeto da relação fiduciária que não impliquem conclusão de negócio jurídico pode o fiduciante se proteger por meio de ação reivindicatória e, em alguns casos, por meio de interditos possessórios, se ele ainda detiver a propriedade do bem. Sua esfera patrimonial permaneceria, portanto, protegida. No entanto, se o fiduciário detém o bem sob sua titularidade e pratica um ato de disposição diretamente sobre ele, o representado não terá recursos para se proteger diante do terceiro e terá de conviver com o efeito prejudicial (ainda que apenas indiretamente) do ato em sua esfera patrimonial. O mesmo vale para atos de administração não negociais. O fiduciante só pode fazer valer pretensões obrigacionais contra o fiduciário, restando impotente contra abusos do último. Nesse sentido, a corriqueira afirmação de que o negócio fiduciário traz consigo o risco de abuso é correta: no entanto, a literatura jurídica nacional ainda não posicionou satisfatoriamente esse risco de abuso no contexto da persecução de interesses alheios.

O direito brasileiro não conhece um contrato típico tendo por objeto a persecução ou

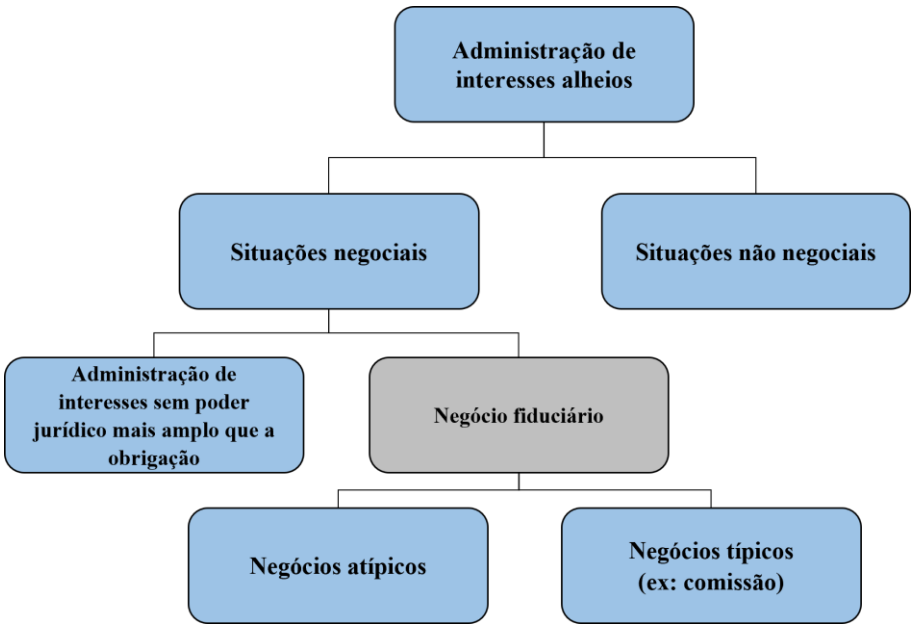
---

[497] Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 322.

[498] Cf. FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Da representação. *in*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (orgs.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 448.

[499] Por essa razão, a procuração em causa própria dos arts. 684, 685 CC parece também se encaixar como negócio fiduciário se afigura correta, pois nesse caso o representado não pode revogar a procuração. Existe, então, um negócio fiduciário sem referência a um bem propriamente dito.

administração de interesses alheios enquanto tal, ou seja, descolado do poder de representação, senão em situações bastante específicas tendo por objeto atividades bastante estreitas. Isso não significa que negócios fiduciários sejam sempre atípicos. O comissário, por exemplo, de acordo com o art. 693 CC, celebra negócios em nome próprio, mas por conta de terceiros e, assim, atua como um representante indireto. Esse é um tipo especial de persecução de interesses de terceiros relacionada a determinados bens fiduciários e que está regulada na lei. É negócio fiduciário típico, portanto. Todavia, para se qualificar como comissão, é preciso que o comissário atue na compra ou venda de bens ou na celebração de negócios de crédito à conta do comitente. As normas do mandato não seriam diretamente aplicáveis ao contrato de comissão, mas, dada a regulamentação expressa na lei, existe remissão expressa ao mandato no art. 709 CC. Mesmo sem um negócio jurídico, a administração de interesses alheios voltada a determinados bens pode ocorrer, como na gestão de negócios do art. 861 CC, porém, por ausência de base negocial, a gestão de negócios não configura negócio fiduciário. O negócio fiduciário é, portanto, um gênero não previsto na lei do qual podem ser espécie negócios típicos e atípicos,[500] nos quais o fiduciário se compromete a perseguir os interesses do fiduciante com base em um poder jurídico mais amplo do que a obrigação por ele assumida, poder esse que, na maioria dos casos, é um direito já existente, ou a ser adquirido ou a ser transferido pelo fiduciante. Essa classificação pode ser apresentada esquematicamente da seguinte forma:



[500] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 36.

O elevado risco para a esfera patrimonial do fiduciário não impacta diretamente na aplicação do direito, porque o negócio fiduciário como figura autônoma não encontra regulamentação em nossa lei. As disposições do mandato que regulam a administração de interesses alheios podem, no entanto, ser aplicadas por analogia. A particular situação em um negócio fiduciário também influencia a intensidade dos deveres do fiduciário. Deveres oriundos da boa-fé também se intensificam.[501] Como exemplo, o fiduciário pode ser obrigado a manter os bens a serem posteriormente transferidos ao fiduciante separados de seus demais bens, na medida possível; ou poderia ser exigido do fiduciário que celebra negócios fiduciários no exercício de sua profissão que mantenha seu patrimônio sólido e não participe de transações arriscadas para não expor o bem objeto da relação fiduciária ao risco de constrições ou medidas executivas.

No plano externo, o fiduciário precisa ter mais poder do que a relação obrigacional lhe permite no plano interno. Esse é um componente necessário de todo negócio fiduciário, porque o alinhamento das atividades do fiduciário com os interesses do fiduciante significa necessariamente que o fiduciário não está livre, no plano do direito das obrigações, para se comportar com o bem como bem entender. Enquanto estiver obrigado aos interesses de outrem, sempre haverá uma certa restrição do seu poder.

O direito transferido ao fiduciário pode estar sujeito a condição no plano real (isto é, o negócio de disposição pode estar condicionado), assim como a retransferência do direito pode ser acordada apenas obrigacionalmente.[502] O que importa é a submissão aos interesses alheios (ou seja, do fiduciante). É errado, portanto, presumir que a chamada fidúcia germânica não pode configurar negócio fiduciário em sentido técnico. A aposição de uma condição ou outra restrição ao direito do fiduciário no plano real não exclui, por si só, a persecução de interesses alheios nem o descompasso entre o poder obtido e os limites impostos sob o direito das obrigações. Esse será o caso, apenas se as limitações ao direito do fiduciário tiverem idêntica extensão externa e internamente. A afirmação habitual de que a alienação fiduciária em garantia não constitui negócio fiduciário simplesmente porque é detalhadamente regulada na lei não nos parece, portanto, correta. Na medida em que interesses do prestador da garantia tiverem de ser levados em conta ao manusear o bem entregue sob alienação fiduciária, sempre haverá espaço para abuso de poder. As partes também podem criar um excesso de poder por meio de um acordo no contrato, como se definem, exemplificativamente, um determinado curso de ação

[501] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 73.
[502] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 78.

com o bem que não esteja previsto em lei. Nesse sentido, a alienação fiduciária em garantia é um negócio fiduciário legalmente típico[503] que outorga um direito real sobre a coisa ao fiduciário e, ao mesmo tempo, obriga o fiduciário a administrar os interesses do fiduciante.

Com essas considerações em mente, conclui-se que o contrato escrow deve ser classificado como negócio fiduciário atípico. A prestação principal do agente escrow é sempre a persecução de interesses alheios, porque ele equilibra os contrapostos interesses das partes principais. Para tanto, ele recebe a posse ou a titularidade de um direito sobre o bem objeto do escrow. Consequentemente, existe a possibilidade de abuso no plano externo, enquanto internamente ele está estritamente vinculado às instruções das partes principais. Dadas as especificidades da atividade do agente escrow, o contrato escrow não se deixa reconduzir a nenhuma figura legalmente típica de negócio fiduciário, não se enquadrando no contrato de comissão, por exemplo, por não abranger a compra, venda ou celebração de negócios de crédito à conta das partes principais. As normas do mandato relacionadas à administração de interesses se aplicam por analogia ao escrow.

II.4.2.2.1.2. Tipos de negócio fiduciário

Também no Brasil, assim como na Alemanha, os negócios fiduciários soem ser classificados de acordo com o fim perseguido no negócio. As classificações usuais mencionam a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore* como modelos de *fiducia* para fins de garantia e de administração. No primeiro caso, a transferência do bem objeto da relação fiduciária tem por objetivo fornecer garantia para um crédito do credor; se o pagamento atrasar, ele pode excutir o bem para quitar a dívida.[504] Exemplo clássico é a alienação fiduciária em garantia. Já a *fiducia cum amico* tem a preservação e a custódia do bem por objeto,[505] podendo também consistir na administração do bem,[506] como em um fundo de investimento. Não se vê com frequência, porém, menções na doutrina brasileira a negócios fiduciários para fins de adimplemento, como ocorre na Alemanha. O traço distintivo está no objetivo de quitar uma dívida: em outras

[503] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 36 (embora por razões diversas das aqui esposadas).
[504] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 185, 188. Com maiores detalhes: LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, cap. I.XV.
[505] Cf. CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 10. Com maiores detalhes: LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, Cap. I.XIV.
[506] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 36.

palavras, o fiduciário deve buscar a satisfação do seu crédito primariamente a partir do bem objeto da relação fiduciária e não apenas se o pagamento falhar no negócio de base, como sói acontecer no negócio fiduciário com fins de garantia. Essa classificação é importante, pois o contrato escrow é um negócio fiduciário com fins de garantia, mas também de adimplemento.

De acordo com a disposição de interesses, reconhece-se que a relação jurídica fiduciária é realizada no interesse do fiduciante, ou do fiduciário ou de ambos.[507] A possibilidade de um negócio fiduciário no interesse de várias partes que se encontram em diferentes polos da relação jurídica parece ainda não ter sido explorada no Brasil. O próximo capítulo se dedica a essa relação fiduciária "dupla".

Embora classificações segundo a posição jurídica obtida sobre o bem objeto da relação fiduciária e segundo o meio empregue para obtenção dessa posição não sejam comuns na doutrina brasileira (em contraste com a Alemanha), pode-se pensar em empreender tais classificações – mais para fins didáticos do que práticos, uma vez que nenhuma consequência jurídica parece estar *prima facie* diretamente relacionada a esses critérios. A posição jurídica do fiduciário sobre o bem pode assumir diversas variações; a única exigência é que o poder obtido sobre o bem seja mais amplo do que o fiduciário está autorizado a fazer no plano obrigacional. A posição jurídica obtida pelo fiduciário pode ser um direito, a posse, uma autorização para dispor e até mesmo uma procuração. No que diz respeito aos meios de obtenção dessa posição jurídica, o bem geralmente é transferido ao fiduciário pelo próprio fiduciante, mas nada obsta a que o bem objeto da relação fiduciária deva ser adquirido diretamente pelo fiduciário ou já faça parte do seu patrimônio.

II.4.2.2.1.3. O negócio fiduciário "duplo"

Ao contrário do direito alemão, no qual a *Treuhand* dupla é conhecida há tempos e já foi objeto de pesquisa doutrinária, a figura de um fiduciário "duplo" ainda não foi suficientemente explorada no direito brasileiro. Os livros de doutrina geralmente tratam do caso em que o fiduciário busca os interesses de apenas um fiduciante, mas pouco ou nada se diz sobre o caso em que os interesses de duas ou mais partes em polos diferentes da relação jurídica devem ser perseguidos pelo fiduciário.

Com apoio na doutrina *de Löhnig*,[508] também no Brasil pode ser feita a distinção entre

[507] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 187.
[508] Vide *supra* cap. II.4.1.1.2.2.

cisão quantitativa e qualitativa na posição jurídica do fiduciante. Os fiduciantes podem ter interesses alinhados, de modo que a atividade do fiduciário atenda igualmente aos interesses dos fiduciantes, pois eles estão no mesmo polo da relação jurídica. A questão, então, girará em torno da distribuição quantitativa dos benefícios do negócio fiduciário entre os fiduciantes, bem como do seu tratamento igualitário pelo fiduciário. Se, por outro lado, os fiduciantes tiverem interesses contrapostos, então eles estarão em polos diferentes da relação e o fiduciário tem de equilibrar ou conciliar seus interesses. O interesse principal dos fiduciantes, a ser satisfeito por meio da atividade fiduciária, é ao equilíbrio de interesses e, nesse sentido, não há conflito de interesses propriamente dito. São os interesses secundários dos fiduciantes que conflitam entre si, de tal forma que a satisfação dos interesses de um pode levar a que os interesses do outro não sejam atendidos. A cisão na posição do fiduciário é, então, qualitativa. O fiduciário não cumpre suas obrigações satisfazendo os interesses secundários de ambas as partes (isso pode ser impossível). Na realidade, ele deve buscar apenas o interesse primário dos fiduciantes, qual seja, agir de forma imparcial, independente e de acordo com os critérios apropriados para produzir um equilíbrio adequado entre tais interesses. Mesmo a satisfação completa do interesse de uma parte e a rejeição das aspirações da outra pode produzir equilíbrio adequado, se se basear nestes critérios.

A situação acima retratada, com corte qualitativo na posição do fiduciário, descreve uma figura que pode ser chamada de "negócio fiduciário duplo". Normalmente, essa situação vem à tona por meio de contrato trilateral, mas também em um contrato bilateral pode o fiduciário se comprometer a administrar interesses conflitantes. Aí terá de ser reconhecida uma estipulação em favor de terceiro, nos termos do art. 436 CC, pois nada impede a persecução de interesses de terceiros em uma relação jurídica fiduciária.[509]

O fiduciário duplo é, assim, um fiduciário que administra o bem objeto da relação fiduciária para mais de um fiduciário com interesses conflitantes, sempre com o objetivo de equacionar os interesses de ambas as partes. Essa situação peculiar acarreta várias consequências jurídicas, como a restrição da renúncia unilateral imotivada (art. 682, inc. I, CC) pelo fiduciário

[509] Essa possibilidade é reconhecida sem maiores dificuldades no mandato, vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 285; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 427; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 115; ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 500.

duplo[510] e a restrição à possibilidade dos fiduciantes de revogar a execução da administração de interesses (art. 682, inc. I, CC)[511]. A revogação de instruções pelo fiduciante também experimenta restrições consideráveis no negócio fiduciário duplo. Uma teoria geral dos negócios fiduciários duplos não é objeto deste trabalho, mas algumas consequências jurídicas da categorização do contrato escrow como um negócio fiduciário duplo são apresentadas nos próximos capítulos.

Um exemplo de negócio fiduciário duplo é fornecido pelo contrato de administração fiduciária de garantias, introduzido no art. 853-A CC pela Lei n. 14.711/2023. Por meio dele, os credores nomeiam um agente de garantias para a constituição, registro, gestão e execução de qualquer garantia. O agente de garantias age em nome próprio e em benefício dos credores, que detêm a garantia. O § 2° do art. 853-A CC prevê um dever fiduciário do agente de garantias perante os credores garantidos. A lei também estipula que o produto da execução da garantia constitui patrimônio separado do agente de garantias, mas somente por 180 dias (art. 853-A, § 5°, CC). Embora o art. 853-A CC não diga expressamente que qualquer terceiro pode desempenhar o papel de agente de garantias, essa possibilidade resta evidenciada a partir da interpretação da lei e do histórico legislativo. O projeto de lei original continha uma autorização expressa para a nomeação de um terceiro para tal função no início do atual art. 853-A, § 3°, CC.[512] Essa frase foi suprimida pela emenda n. 10 da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE), pois uma menção expressa a essa possibilidade seria supérflua. Da emenda constou que o agente de garantias devia poder ser também uma empresa autônoma e imparcial indicada pelos devedores. De fato, a lei não diz em nenhum momento que o agente de garantias deve ser alguém dentre os credores. Todavia, a subordinação aos interesses dos credores resta bem clara no texto da lei.

Não parece problemático que o contrato de administração fiduciária de garantias seja qualificado como negócio fiduciário. O agente de garantias mantém os bens em seu próprio

---

[510] A renúncia unilateral imotivada é geralmente reconhecida no mandato. Vide TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 157 seq.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 163 seq.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 293 seq.

[511] A revogação também é normalmente irrestrita no mandato. Vide Vide TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 154; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 293.

[512] A exata dicção do Projeto de Lei 4.188/2021 era: "*o agente de garantia poderá ser, à escolha dos credores, um dos credores ou qualquer terceiro*".

nome, mas os administra no interesse de outra(s) pessoa(s), tendo a possibilidade de abusar de seu poder. Entretanto, a gestão da garantia não ocorre apenas no interesse dos credores, apesar da redação da lei. Isso decorre do fato de que a garantia não será necessariamente executada, já que o devedor pode regularmente quitar a dívida subjacente. Além disso, o agente de garantia deve se esforçar para extrair o maior retorno possível com a garantia, em caso de sua excussão, o que não é apenas do interesse dos credores, mas também do prestador da garantia. O emprego do bem dado em garantia sofre necessariamente limitações em virtude do interesse legítimo do prestador da garantia à sua devolução ou ao repasse do excedente do produto da sua execução.

O contrato escrow deve ser classificado como negócio fiduciário duplo. O Depositante e o Beneficiário possuem interesses conflitantes (secundários) sobre o bem objeto do escrow. Esses interesses são trazidos ao equilíbrio pelo agente escrow, ao agir estritamente de acordo com as instruções das partes principais. Essas são, sem dúvida, critérios apropriados para lidar com o bem, pois são emitidas diretamente pelas partes principais em conjunto.

II.4.2.2.1.4. Resultado parcial

O contrato escrow apresenta todas as características de um negócio fiduciário duplo. O agente escrow recebe um bem (o bem objeto do escrow), o qual consiste, no caso de um escrow-direito, em um direito e, no caso de um escrow-posse, na posse de uma coisa móvel (plano real do negócio fiduciário). O agente escrow se compromete a administrar o bem objeto da relação fiduciária apenas para atingir o objetivo de garantir e adimplir o negócio principal. O emprego do bem sofre, portanto, severas limitações (plano obrigacional). Dessa forma, ele adquire sobre o bem um poder jurídico que excede os limites daquilo a que está autorizado no plano obrigacional, formando-se, assim, a possibilidade de desviar o exercício desse poder para fins estranhos ao do contrato escrow. Essa situação não é definitiva, mas apenas temporária. No momento da realização ou da falha da condição, ele precisa entregar o bem a uma das partes principais. Mesmo quando a própria titularidade do direito do agente escrow esteja limitada por uma condição no plano real (isto é, sobre o negócio de disposição), deve-se reconhecer o excesso de poder, pois até o momento do cumprimento ou da falha da condição o agente do escrow não pode utilizar-se do bem objeto do escrow como bem entender, sujeitando-se a restrições de cunho obrigacional. Como as partes principais têm interesses conflitantes em relação ao bem objeto do escrow, a atividade do agente escrow equilibra esses interesses ao cumprir estritamente as instruções das partes principais.

O contrato escrow é atípico devido à falta de regulamentação legal específica. A

categorização como negócio fiduciário duplo não o empurra para nenhuma figura jurídica legalmente típica, pois a administração de interesses alheios sem poder de representação não é regulamentada como tipo contratual próprio no direito brasileiro, nem mesmo como mandato. Para fins de aplicação da lei, as disposições legais aplicáveis devem ser buscadas por analogia.

II.4.2.2.2. Determinação dos dispositivos legais aplicáveis

Negócios atípicos são entendidos como negócios que não se encaixam nos modelos dispostos pela lei.[513] Em vista da liberdade contratual, os negócios atípicos são em princípio admitidos no direito brasileiro, desde que observadas as normas gerais de direito privado (art. 425 CC). O método correto para determinar as normas aplicáveis aos negócios atípicos, porém, é objeto de discussões. Após uma breve apresentação de tais métodos, será tomada posição neste trabalho quanto ao método mais adequado, o qual será, no decorrer das investigações aqui empreendidas, aplicado ao contrato escrow.

II.4.2.2.2.1. Os métodos

Neste trabalho, será tomada por base a classificação dos contratos atípicos feita pelo jurista português *Pedro Pais de Vasconcelos*. Embora *Vasconcelos* não tenha analisado o direito brasileiro, seu trabalho é frequentemente citado no Brasil e utilizado como base para o desenvolvimento da doutrina dos tipos contratuais.[514]–[515] A escolha por essa teoria se justifica porque possibilita uma melhor análise das interações dos elementos em formas contratuais

[513] Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

[514] Por exemplo, COMIRAN, Giovana Cunha. A exegese do art. 425 do código civil e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (orgs.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier & Campus Jurídico, 2011, p. 597 seq.; GODOY BUENO, Francisco de. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, volume 6, 2016, p. 55-73, p. 55; LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, volume 16, 2018, p. 121-134, p. 121.

[515] A corrente oposta pode ser vista na chamada doutrina dos *essentialia negotii,* a qual foi popularizada no Brasil principalmente por *Antônio Junqueira de Azevedo* (vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32 seq., 141 seq.).

mistas.[516_517_518]

Conforme a natureza da atipicidade, os contratos mistos podem ser um contrato de tipo modificado ou um contrato de tipo múltiplo. No primeiro caso, as partes usam um tipo jurídico legal como base, o qual modificam negocialmente. No segundo, vários tipos legais são combinados sem referência a um único tipo predominante.[519] Se o contrato atípico não tiver semelhança com nenhum dos tipos legais, então ele será um contrato atípico puro.[520_521]

---

[516] A classificação utilizada por *Álvaro Villaça Azevedo* parece pouco frutífera. De acordo com tal classificação, os contratos atípicos deveriam ser divididos entre aqueles que são atípicos em si mesmos (atípicos singulares) e os contratos mistos, sendo que estes últimos poderiam apresentar apenas elementos típicos ou apenas elementos atípicos ou elementos atípicos combinados com elementos típicos (cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 127 seq.). *França* (cf. FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos atípicos.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 64 seq.), bem como *Farias* e *Rosenvald* (cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 371) seguem essa classificação. No entanto, não se ganha muito com o adotar-se essa classificação, pois a simples origem dos elementos contratuais (sejam eles da lei – então elementos típicos; ou não da lei – elementos atípicos) não diz nada sobre a aplicabilidade dos dispositivos de lei ao contrato atípico. O que releva é a interconexão desses elementos entre si.

[517] De acordo com uma ulterior classificação, os contratos mistos deveriam ser divididos em três subcategorias: contratos múltiplos, contratos geminados e contratos cumulativos. Os contratos múltiplos corresponderiam aos contratos de tipo fundido alemães, pois se caracterizariam pela fusão de vários elementos típicos em uma prestação completamente nova. Os contratos geminados combinariam prestação e contraprestação de diferentes tipos de contrato. Finalmente, os contratos cumulativos incorporariam prestações de vários contratos típicos na estrutura de uma única forma contratual típica. Essa categorização está presente na doutrina de *Farias* e *Rosenvald* (vide FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 376). Apesar da semelhança com a classificação adotada neste trabalho, essa doutrina não enfatiza suficientemente a ordenação interna das prestações entre si.

[518] Uma terceira classificação (vide GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 123; BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. **Revista Forense**, volume 282 (abr./jun. 1983), p. 29-38, p. 34) exclui os contratos de tipo duplo e os contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie, porque os primeiros seriam, na verdade, dois contratos separados e completos, enquanto os segundos não representariam uma mudança na natureza jurídica do contrato típico. Para *Orlando Gomes* haveria três tipos de contratos mistos, a saber: contratos gêmeos, contratos dúplices e contratos mistos *stricto sensu*. Nos contratos gêmeos e dúplices, haveria uma variedade de prestações típicas de diferentes contratos típicos. A distinção entre as duas formas dar-se-ia porque, em um contrato gêmeo, uma parte se compromete a oferecer prestações de diversos contratos típicos, enquanto a outra parte estaria obrigada apenas a uma prestação. No caso de contratos dúplices, cada parte tem de executar várias prestações de diferentes tipos de contrato. Já o contrato misto *stricto sensu* conteria um elemento de um tipo diferente de contrato – e aqui não fica totalmente claro qual seria a diferença do contrato misto *stricto sensu* para as outras duas formas. De qualquer modo, essa categorização não se afigura muito frutífera, pois já exclui os dois tipos mais importantes de contrato misto. Além disso, não é de relevância prática se a contraprestação consiste em uma ou mais prestações típicas; o que é importante para a aplicação do direito é que a contraprestação não possa ser atribuída ao mesmo contrato típico da prestação, mas não a quantidade de tais prestações. *Marino,* por outro lado, não exclui completamente os contratos com prestação subordinada típica a outro contrato da classificação como contratos mistos. Tais contratos poderiam constituir uma forma atípica, pelo menos, quando a prestação subordinada não pudesse ser atribuída ao esquema legal do contrato preponderante (vide MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112 seq.).

[519] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 230 seq.

[520] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 215 seq.

[521] Essa classificação corresponde mais ou menos à categorização usual no direito alemão. Os contratos de tipo

As quatro principais teorias sobre a determinação das regras aplicáveis aos contratos mistos no Brasil são a teoria da absorção, a teoria da combinação, a teoria da aplicação da lei por analogia e a teoria da criação. Segundo a teoria da absorção, a regulamentação do tipo contratual predominante deveria ser estendida a todo o contrato. Já a teoria da combinação toma como pressuposto a viabilidade de se fragmentar os elementos do contrato em partes menores, às quais seriam aplicáveis as regras de cada contrato típico correspondente. A teoria da aplicação da lei por analogia nega a aplicação direta das disposições dos contratos típicos, permitindo-a apenas por meio de analogia com o tipo legal mais próximo.[522]–[523] Por fim, de acordo com a teoria da criação, a regulamentação contratual específica teria de ser criada com a ajuda de princípios e cláusulas gerais como boa-fé e equidade.[524] Por vezes se sugere uma abordagem eclética, de acordo com a qual nenhuma das quatro teorias acima poderia responder a essa pergunta isoladamente, devendo a resposta ser buscada em cada uma dessas teorias, de acordo com as necessidades do caso específico.[525]

A partir da análise tipológica dos tipos legais, segue-se que a regulamentação legal do tipo não pode ser separada de seus índices de tipo. Conforme explica *Vasconcelos*, "*cada uma das características do tipo tem ligada a si uma certa parcela ou aspecto do regime do tipo. A*

---

modificado refletem, em certa medida, os contratos com prestações subordinadas típicas a outro contrato do direito alemão. Os contratos de tipo múltiplo podem incluir os contratos combinados e os contratos de tipo duplo do direito alemão. Já os contratos de tipo fundido poderiam ser tratados como puramente atípicos, dado que criam uma prestação nova e, portanto, completamente atípica. A categorização de *Vasconcelos* tem a vantagem de não se basear na prestação, mas na totalidade dos índices de tipo. De fato, a análise tipológica de um contrato não se limita às prestações das partes – essa característica foi corretamente enfatizada por *Marino* (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112).

[522] Para uma visão geral dessas três teorias, veja-se: BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. **Revista Forense**, volume 282 (abr./jun. 1983), p. 29-38, p. 36 seq.; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 123 seq.; GODOY BUENO, Francisco de. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, volume 6, 2016, p. 55-73, cap. 6.

[523] Entre os defensores da teoria da analogia estão GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 125; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 59 seq.; BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. **Revista Forense**, volume 282 (abr./jun. 1983), p. 29-38, p. 38; GODOY BUENO, Francisco de. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, volume 6, 2016, p. 55-73, cap. 6; SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no direito privado e seu tratamento judicial e extrajudicial. **Revista da AJURIS**, vol. XVII (mar./1990), n. 48, p. 170-178, § 10.

[524] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 243 seq.

[525] *Tepedino*, *Barboza* e *Moraes* parecem adotar essa abordagem eclética. De acordo com os autores, as normas do contrato mais próximo e as normas determinadas por analogia deveriam ser aplicadas a um contrato atípico (vide TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 35). Isso significa que pelo menos duas das quatro teorias em disputa poderiam contribuir para a determinação das regras aplicáveis. Também *Silva Pinto* parece seguir essa abordagem. Em sua opinião, contratos com pequenas modificações de um tipo legal poderiam se regular quase por completo pelas normas de tal contrato típico. Caso contrário, as regras aplicáveis teriam de ser determinadas por analogia (vide SILVA PINTO, Paulo J. da. Dos contratos atípicos. **Revista Forense**, volume 95 (jul./1943), p. 14-19, p. 17 seq.).

inexistência, no caso, de uma característica conduzirá à não vigência da parcela de regime que lhe está ligada".[526] Na sequência, *Vasconcelos* defende a chamada teoria eclética, argumentando que as teorias acima mencionadas não são mutuamente exclusivas, mas são sim todas elas métodos adequados para indicar a regulamentação aplicável, dependendo da conformação da atipicidade do contrato. No caso de contratos de tipo modificado, a teoria da absorção seria a mais adequada, enquanto contratos de tipo múltiplo deveriam ser guiados pela teoria da combinação. No que tange aos contratos atípicos puros, dever-se-ia dar preferência à aplicação da lei por analogia e, se nem mesmo a analogia lograsse indicar a norma a ser aplicada, então dever-se-ia tomar o caminho da criação do direito.[527]

Por fim, os contratos socialmente típicos também são importantes para os fins deste trabalho. Eles não estão previstos em lei; sua tipicidade resulta de seu uso recorrente na vida prática.[528] *Vasconcelos* enumera três requisitos para a formação de um contrato socialmente típico. Em primeiro lugar, ele deve ser recorrente, pois a tipicidade não é compatível com a prática de atos isolados. Em segundo lugar, essa prática deve constituir uma prática genuína e reconhecida como tal, ou seja, socialmente vista como mais do que a soma de coincidências fortuitas. E, em terceiro lugar, deve existir uma consciência geral da validade dessa prática como algo obrigatório, ou seja, como uma norma de conduta.[529] Atendidas essas condições, a prática pode ser considerada socialmente típica e, portanto, parte de um tipo normativo.

A natureza socialmente típica de um contrato é importante sob três pontos de vista. Em primeiro lugar, permite que princípios de interpretação da vontade das partes sejam extraídos da prática habitual. A menos que algo em contrário resulte do contrato, pode-se presumir que os termos usados no contrato foram usados em seu sentido socialmente típico. Em segundo lugar, a qualificação do contrato como socialmente típico possibilita a elaboração de critérios para o preenchimento de lacunas do contrato (integração contratual).[530] Uma terceira vantagem dessa qualificação está na possibilidade de se determinar antecipadamente a (in)aplicabilidade de determinadas normas codificadas ao contrato atípico, caso sejam com ele incompatíveis.[531]

---

[526] VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 104.
[527] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 245.
[528] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 44.
[529] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 62 seq.
[530] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64.
[531] Cf. GREZZANA, Giacomo; MAGESTE, Ana Paula; SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. As garantias empresariais atípicas prestadas por terceiros sob a ótica dogmática e econômica. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, volume 9, 2023, p. 165-220, p. 184.

II.4.2.2.2.2. Proposta de método a ser utilizado

Nenhuma das quatro teorias acima, por si só, consegue solucionar a questão de fundo das normas aplicáveis aos contratos atípicos. A teoria da absorção foi corretamente criticada por não existir sempre um tipo predominante em todo contrato. Aplicar somente as normas do tipo predominante de contrato não poderia razoavelmente fornecer uma resposta para a generalidade das situações.[532] A teoria da combinação também se baseia em uma premissa equivocada, qual seja, a de que o contrato é uma soma de partes individuais que poderiam ser fragmentadas para que a cada uma dessas partes individuais fosse aplicada uma parte da regulamentação própria do tipo. A teoria da combinação ignora o todo orgânico de sentido do contrato.[533] De fato, a regulamentação dos contratos típicos é elaborada pelo legislador tendo em vista o tipo como um todo holístico, de modo que a regulamentação típica só faz sentido se o índice de tipo individualmente estiver ligado aos outros índices de tipo próprios ao tipo. A aplicação da lei por analogia, por sua vez, não é peculiar aos contratos atípicos,[534] mas um método geral para descobrir a norma legal que poderia regular adequadamente uma situação controversa que não esteja regulada por lei, ou seja, quando houver uma lacuna na lei.[535] O regramento do contrato pode, portanto, ser complementado pela analogia. Entretanto, para se acatar a analogia no caso individual, deve-se antes responder à questão preliminar de se uma disposição legal atinente a outros tipos contratuais tem aplicação direta, pois aí não haverá espaço para analogia. Finalmente, a teoria da criação do direito pressupõe não apenas a inexistência de normas diretamente aplicáveis de outros tipos de contrato, mas também a ausência de uma solução apropriada por analogia, pois nesse caso a analogia ofereceria uma solução mais concreta e materialmente próxima da situação controversa.

As fronteiras do tipo são elásticas. Alguns índices de tipo podem estar ausentes ou até presentes em excesso em um caso específico, sem que por isso deixem de se ordenar dentro do tipo. Na realidade, dificilmente há um contrato *in concreto* que corresponda cem por cento ao tipo legal. Todo contrato desvia mais ou menos do tipo legal ideal.[536] Enquanto o contrato se

---

[532] Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 124 seq.; BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. **Revista Forense**, volume 282 (abr./jun. 1983), p. 29-38, p. 36 seq.
[533] Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 124.
[534] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2011, p. 173 seq. (analogia seria permitida no "direito comum", mas não no direito "excepcional" ou no direito penal).
[535] Cf. SILVA GOMES, André. **Interpretação e analogia no direito tributário**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 82 seq.
[536] Cf. KONDER, Carlos Nelson de Paula. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos**

movimentar dentro dos limites do tipo legal, as disposições do tipo devem ser aplicadas. Isso é essencialmente o que reivindica a teoria da absorção.[537] Quando se diz em doutrina que elementos de um tipo contratual predominam ou que há prestações subordinadas de outros tipos contratuais, ou mesmo que em um contrato de tipo modificado um determinado tipo legal "*desempenha o papel de instrumento de base*", isso não significa nada senão que o contrato havido entre as partes não ultrapassa os limites do tipo. Dessa forma, a grande maioria dos contratos na vida prática são contratos de tipo modificado e está sujeita à aplicação direta das regras do tipo respectivo.

Se o contrato exceder os limites do tipo, então ele será um contrato atípico. A partir desse ponto, a aplicação das regras de qualquer tipo já não é mais justificada, pois o todo de sentido que se encontra à base da elaboração das regras do tipo não se repete *in casu*. Por conseguinte, a mistura de dois contratos não leva à qualificação em dois tipos, nem mesmo parcialmente. Embora o termo "contrato misto" seja usado cotidianamente como um atalho para se referir a essas formas mistas, em termos jurídicos não se lhe deve dar o significado de que as normas de dois ou mais tipos de contrato devem ser-lhe aplicadas diretamente, ainda que *mutatis mutandis*. Para a teoria da combinação não há, portanto, espaço no direito brasileiro. A proposta de combinar dois conjuntos de regras pode ser tentadora, mas a totalidade de sentido do tipo não se consegue preservar quando o tipo é desmembrado em partes menores. O fato de a lei ter regulado o suporte fático dos tipos contratuais como um todo e não como pequenas unidades de sentido fala por si só. A se seguir a teoria da combinação, o resultado final seria a aplicação de uma regra que não foi pensada para o caso ao qual se a está aplicando. E mesmo que fosse possível segmentar o todo do tipo em unidades menores de sentido, não haveria um critério seguro para determinar as regras do tipo pertencentes a cada uma dessas unidades de sentido. O aplicador do direito teria de, em cada caso, examinar a adequação de cada regra individual aos fatos específicos do caso e, com isso, a contribuição da teoria recairia no nada, pois aí já não seria a qualificação em um "tipo misto" que determinaria a aplicação do dispositivo de lei em questão, mas sim a semelhança do suporte fático da regra individual com o suporte fático do caso concreto. Essa abordagem nada mais é que a analogia.

A analogia é um método para descoberta da norma constante do sistema jurídico que, em que pese não regule diretamente os fatos em questão, lhes pode ser aplicada por conta da

no ordenamento jurídico brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 198.

[537] Cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 231.

semelhança entre os fatos do caso e os que subjazem a tal norma. Pré-requisitos para tanto são a existência de uma lacuna no sistema jurídico e a existência de semelhanças significativas entre os fatos subjacentes a essa norma e os fatos em questão.[538] Os fatos em questão precisam não estar regulados enquanto tais em nenhum outro ponto do sistema jurídico, caso contrário, a regulamentação mais específica teria precedência e, além disso, deve-se entender que o sistema jurídico deveria conter norma específica para ambos os suportes fáticos. Por vezes, remete-se à identidade da *ratio legis* que controla as duas situações:[539] em outras palavras, deve-se demonstrar que o sistema jurídico pretende regular as duas situações da mesma maneira. É discutível se os suportes fáticos devem ser substancialmente semelhantes,[540] ou se basta que as semelhanças superem as diferenças.[541] Esse procedimento é um mandamento da igualdade, pois os fatos iguais devem ser tratados igualmente.[542] Infelizmente, a doutrina jurídica brasileira não enfatiza suficientemente que a falta de regulamentação de uma situação fática só configura uma lacuna legal, se essa falta for contrária ao plano da lei.[543] Dito de outra forma, deve-se poder presumir que o sistema jurídico deveria regular os fatos em questão de forma específica, mas não possui nenhuma regra para eles. Não atendido esse requisito, a analogia não poderá ser considerada, pois o sistema jurídico teria tomado uma decisão (presumivelmente consciente) por lidar com tal suporte fático apenas com base em princípios mais gerais.

Aqui fica evidente outra deficiência da teoria da combinação: uma norma não deve ser aplicada a uma situação que não corresponda ao seu suporte fático sem passar por esse crivo metodológico. Isso criaria o perigo de aplicar a regra de um tipo a outra situação fática, na qual eventualmente pode não haver lacuna. O correto é aplicar uma norma de um contrato típico a contratos de tipo múltiplo e atípicos puros, apenas quando a analogia for possível, e sempre

---

[538] Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 296 seq.; SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora 1943, § 86.

[539] Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1943, § 86.

[540] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2011, p. 173 (a semelhança deve estar baseada em um elemento essencial, ou seja, no fato jurídico que dá origem ao dispositivo).

[541] Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 302.

[542] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2011, p. 171; SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora 1943, p. 210. De forma similar: DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil** – teoria geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 108 (harmonia entre a regulamentação de duas situações de fato).

[543] *Silva Gomes* enfatiza esse requisito (vide SILVA GOMES, André. **Interpretação e analogia no direito tributário**. São Paulo: Editora Dialética, 2021, p. 72 seq.). Ao menos em uma passagem *Ferraz Jr.* faz referência superficial a uma "*incompletude insatisfatória*" do sistema (cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 219).

apenas em relação a cada norma individual e não ao tipo como um todo.

Apesar de sua argumentação robusta, a opinião de *Nitschke* de que a analogia seria um método adequado apenas para determinar a regulamentação aplicável a contratos "mistos", mas não a contratos atípicos puros, não nos parece poder ser compartilhada.[544] Ali se olvida que o não encaixe do contrato em um tipo contratual legal ocorre em ambas as situações, isto é, tanto o contrato "misto" (*rectius*: de tipo múltiplo) quanto o contrato atípico puro falham em se enquadrar na descrição legal típica do contrato. Além disso, não se leva em conta que a analogia não se passa a nível do tipo como um todo, mas em relação a cada norma individual.

A relação entre usos do tráfico e analogia é particularmente controversa. A lacuna contratual deveria ser suprida primordialmente pelos usos ou pela aplicação da lei por analogia? O mais correto parece ser que os usos têm precedência *prima facie*, porque estão mais próximos da vontade das partes. Entretanto, essa não é uma regra fixa, pois a aplicação por analogia de dispositivos legais pode ter precedência quando resultar da interpretação do contrato que a regra extraída dos usos não corresponde à vontade das partes.[545]

Por fim, princípios mais gerais, como a boa-fé, podem ser invocados para resolver a questão, se não se puder determinar uma norma aplicável aos fatos do caso nem por analogia nem por recurso aos usos do tráfico.[546]

II.4.2.2.2.3. Resultado parcial

Para o contrato escrow não existe nenhuma regulamentação típica específica na lei. Em vista de sua configuração peculiar, o contrato escrow também não pode ser alocado como subtipo de nenhum contrato legalmente típico. O escrow é, portanto, um contrato atípico. Se configura contrato de tipo múltiplo ou atípico puro é questão de somenos importância, pois, qualquer que seja a classificação, apenas disposições individuais de contratos típicos podem ser aplicáveis por analogia. Mais evidentemente saltam aos olhos as disposições do contrato de mandato relativas à persecução de interesses alheios. No entanto, não se pode dizer de forma

[544] Cf. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 535 seq.
[545] Cf. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 569 seq. (limitando-se aos contratos mistos). De forma similar: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 419 seq.
[546] Cf. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 575 (boa-fé como critério residual para suprir lacunas em contratos mistos, quando falhar a analogia).

rasa e plana que todo o capítulo do Código Civil sobre o mandato é aplicável; em vez disso, deve-se examinar quanto a cada norma legal, se os requisitos da analogia estão presentes. As normas do depósito também podem ser aplicadas por analogia a um escrow-posse.

A rigor, somente em um escrow-posse é que se poderia falar em contrato de tipo múltiplo, pois aí há elementos do mandato (em particular, o dever de administrar interesses alheios) e do depósito (custódia do bem objeto do escrow). Essa terminologia, entretanto, conforme explicado, é de diminuta relevância prática. A teoria da absorção é de se descartar no contrato escrow, pois nenhum contrato típico tem posição preponderante na relação jurídica de escrow.

Como o contrato escrow é frequentemente usado na prática, ele pode ser considerado socialmente típico.[547] Sua interpretação e preenchimento de lacunas são, portanto, enriquecidos com a análise dos usos e costumes correspondentes estabelecidos.

II.4.2.2.3. Em particular: a conta escrow

A conta escrow é utilizada quando o bem objeto do escrow consiste em dinheiro escritural e é depositado em uma conta bancária do agente escrow. Normalmente o próprio banco é apontado para o papel de agente escrow. Outra possibilidade de salvaguarda de valores em dinheiro escritural foi introduzida no sistema jurídico brasileiro pela Lei n. 14.711/2023 com a conta escrow notarial.

II.4.2.2.3.1. Banco como agente escrow

Na situação mais comum na vida prática, abre-se conta bancária em nome de uma das partes principais e o próprio banco é nomeado agente escrow. Costuma-se utilizar um contrato de conta corrente comum como base para elaboração do contrato escrow, mas daí não se deve concluir que o contrato escrow seria nesse caso um contrato de conta corrente ou um tipo modificado do contrato de conta corrente. Os deveres do agente escrow são bastante diferentes dos deveres de um banco enquanto instituição mantenedora de uma conta corrente comum, o que já se demonstra por não haver necessidade de equilíbrio de interesses em uma conta corrente comum. Como o banco realiza ambas as atividades (atividade de agente escrow e de manutenção de conta), elas acabam sendo reguladas em um único documento, mas são dois contratos diferentes.

[547] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183.

O contrato escrow com o banco é um acordo trilateral, no qual o exercício dos poderes do titular da conta passa a depender, em larga medida, da cooperação da outra parte principal. Transferências e investimentos com o saldo da conta, por exemplo, podem ser feitos somente por instrução conjunta e, em outras situações, são estipulados certos pré-requisitos para movimentar a conta, como o não envio de uma notificação pela outra parte principal ao agente escrow até determinada data. Por vezes, a competência para emissão de instruções relativas à realização de investimentos é distribuída entre as partes principais. Como regra, o direito à entrega dos valores cabe ao titular da conta, mas o direito à entrega e a cessão desse direito à outra parte principal estão sujeitas a condição. Trata-se, portanto, de um escrow impróprio. A obrigação de depositar os valores em conta geralmente não está prevista no contrato escrow, mas no negócio principal. O banco é remunerado por uma taxa que normalmente pode ser deduzida da conta escrow.[548]

Para a execução de certos investimentos (por exemplo, compra de cotas em fundos de investimento oferecidos na plataforma do banco), o agente escrow pode receber uma procuração. Quando a respectiva instrução é emitida, o banco realiza o investimento diretamente em nome do titular da conta. O banco pode liquidar o investimento com a mesma procuração e retornar o valor correspondente à conta escrow, se assim for instruído. Nesse caso, um contrato de mandato típico se perfaz apenas em relação a esse investimento e o mandato forma uma coligação contratual juntamente com o escrow.

A maioria das contas escrow rende juros. Isso geralmente é operacionalizado por meio da compra de títulos do banco titular da conta ou de terceiros (como exemplo, a compra de certificados de depósito bancário do agente escrow ou de bancos terceiros), em paralelo ao contrato escrow.

Ao contrário da Alemanha, nenhum princípio jurídico especial para contas fiduciárias (ostensivas e ocultas) digno de nota foi desenvolvido na jurisprudência ou na doutrina até o momento. Isso cria dificuldades no plano das relações externas da conta escrow. O saldo da conta acaba sendo tratado como um bem penhorável no patrimônio do titular da conta – por sinal, o objeto preferencial de penhoras, nos termos do art. 835, inc. I, CPC. Os tribunais brasileiros acabam realizando, com frequência, penhoras em contas escrow. Em tais casos, o correto seria o exequente penhorar apenas o direito do titular da conta ao saldo credor – sendo que esse direito está sujeito às disposições do contrato escrow. Como o direito ao saldo é cedido

[548] Exemplos disso podem ser encontrados nos apêndices deste trabalho.

condicionalmente à contraparte do contrato escrow, as penhoras posteriores não deveriam, em tese, afetar a cessão condicional anterior, admitindo-se que a condição efetivamente se implemente.[549]

Por último, mas não menos importante, a conta escrow deve ser diferenciada da chamada conta "e" (também conhecida como conta corrente conjunta ou conta coletiva indivisível). Uma conta "e" é um tipo de conta conjunta que só pode ser movimentada por todos os titulares da conta em conjunto.[550] A conta "e" diz respeito apenas ao relacionamento externo entre o banco mantenedor e os titulares da conta. O relacionamento interno entre os titulares da conta não é afetado por ela, mas se rege por suas próprias disposições.[551] Portanto, há apenas um direito contra o banco, a ser exercido em conjunto, e não um direito individual para cada titular da conta. Em alguns casos, a conta "e" pode ser uma garantia hábil, porque movimentações da conta são inviabilizadas sem a cooperação da outra parte principal. Na Alemanha, por exemplo, essa estrutura às vezes é usada para reduzir os custos associados a um contrato escrow.[552] Essa configuração poderia se assemelhar à conta escrow em que as transferências da conta dependam exclusivamente de instruções conjuntas das partes principais.

As diferenças entre a conta "e" e o contrato escrow são, contudo, de três ordens. O primeiro traço distintivo é que, em uma conta "e", o banco assume a obrigação de gerenciar a conta, mas não a de administrar interesses conflitantes. Um certo equilíbrio entre os interesses conflitantes é produzido no relacionamento interno das partes, mas este fim que justifica o estabelecimento da conta "e" não é e não precisa nem mesmo ser informado ao banco. A segunda característica que os distingue é a ausência de uma cessão condicional do saldo da conta à parte principal contrária. Ao depositar na conta "e", os titulares da conta adquirem um direito conjunto ao saldo e somente as movimentações da conta é que sofrem restrição. O direito ao saldo não é cedido sob condição. Quaisquer condições para a cessão do saldo a uma das partes do negócio de base permanecem exclusivamente no plano interno e não afetam o relacionamento

[549] Mais sobre este tópico na seção II.2.1.2.2.2.

[550] Cf. ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231; WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. **Direito bancário – contratos e operações bancárias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 141; COVELLO, Sergio Carlos. **Contratos bancários**. 4ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001, p. 108.

[551] Cf. SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 262 seq.

[552] Cf. KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. **Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, p. 96; MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions.** 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022, § 48, n. 136; NEUHAUS, Martin; KIEM, Roger. Grundelemente einer Kaufpreisregelung. *in*: KIEM, Roger (org.). **Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 4, n. 62.

com o banco. A terceira característica distintiva decorre do anteriormente exposto: os fins de garantia e adimplemento, que são característicos do contrato escrow, não são incorporados ao contrato com o banco. Eles são motivos do negócio jurídico entabulado com o banco, mas não sobem ao nível de conteúdo do contrato. O modo como o saldo da conta "e" deve ser manobrado para garantir e adimplir as dívidas do negócio de base se rege exclusivamente pelas disposições do negócio de base.

Obviamente, as três partes (banco + partes principais) podem organizar a conta escrow de tal forma que ambas as partes principais titulem a conta conjuntamente. Se o banco assumir a obrigação de equilibrar interesses propriamente dita, levando em conta os propósitos de garantia e adimplemento, e uma das partes principais condicionalmente renunciar à sua titularidade sobre a conta, poderá formar-se um contrato escrow. Essa situação, no entanto, não seria diferente daquela explicada acima. Além da atividade como agente escrow, haveria também uma relação de manutenção de conta, mas essa não seria estruturada como conta individual, mas como conta "e".

II.4.2.2.3.2. Conta escrow notarial

A conta escrow notarial foi introduzida no Brasil pela Lei n. 14.711/23, que acrescentou o art. 7°-A, § 1°, à Lei n. 8.935/94. De acordo com esse dispositivo, os tabeliães podem receber o preço e outros valores conexos ao negócio e transferi-los para a parte legitimada quando do cumprimento de determinadas condições. Esses valores são mantidos em uma conta bancária vinculada e constituem patrimônio segregado, não podendo, portanto, serem constritos por autoridade judicial ou fiscal devido a obrigações do depositante, do tabelião ou de qualquer outra parte, se não estiverem relacionados ao próprio negócio. A lei nada mais diz sobre essa conta bancária especial.

Apesar de lacônica, essa descrição já basta para se classificar a conta escrow notarial como uma figura legalmente típica. No entanto, isso não impede que se enquadre essa conta fiduciária notarial dentro do contrato escrow. Diferentemente da Alemanha, onde o depósito notarial conta com regulamentação legal detalhada e reconhecidamente apresenta características de *Treuhand*, de modo que ele não precisa se colocar sob um conceito genérico de contrato escrow, a classificação da conta fiduciária notarial do direito brasileiro dentro do contrato escrow tem consequências práticas relevantes. Em outras palavras, a conta escrow notarial seria uma manifestação excepcionalmente típica do contrato escrow – que, em regra, continua sendo um negócio fiduciário atípico, conforme explicado acima.

A alocação da conta escrow notarial à figura mais ampla do contrato escrow contribui principalmente para o desenvolvimento de critérios para a aplicação por analogia de certas disposições legais do contrato de mandato. Além disso, os traços socialmente típicos do contrato escrow podem oferecer pontos de apoio concretos para interpretação e preenchimento de lacunas da conta escrow notarial. A peculiaridade dessa formatação típica é a autorização legal expressa para formação de um patrimônio especial segregado. Isso não é possível em outros casos, porque patrimônios segregados só são permitidos diante de autorização expressa de lei.[553]

De qualquer forma, deve-se observar que a relação de escrow do tabelião com as partes principais é diferente da relação de direito bancário do tabelião com o banco. O tabelião atua como intermediário e é o único titular da conta. Somente ele pode movimentá-la. A lei nada dispõe sobre o conteúdo da relação de direito bancário em uma conta escrow notarial, mas apenas que será objeto de regulamentação em convênio entre as entidades de classe de âmbito nacional e as instituições financeiras credenciadas. Do mesmo modo, nada diz a Lei sobre a relação de escrow do tabelião, exceto quanto ao fato de a conta escrow poder constituir patrimônio segregado. Daí a importância de se qualificar a conta escrow notarial como subtipo de contrato escrow.

II.5. Aspectos possessórios

Com a entrega de uma coisa ao agente escrow surge a questão de como as relações possessórias se desenrolam. Essa questão é de importância central no escrow-posse, porquanto a perda da posse direta pelo Depositante é o meio técnico-jurídico de impedir a prática de atos de disposição sobre a coisa. Embora as partes principais em um contrato escrow não tenham a posse direta da coisa, a entrega da posse indireta a um potencial terceiro adquirente poderia, em princípio, bastar para se perfectibilizar o ato de disposição. Para que o contrato escrow cumpra sua finalidade, as relações de posse devem, portanto, ser estruturadas de tal forma que as partes principais sejam privadas da posse indireta ou que ao menos lhes reste um tipo de posse indireta que não possa ser transferida a terceiros. Somente dessa forma se impede disposições sobre o objeto do escrow-posse por meio de transferência da posse indireta (tais como a cessão do direito à restituição da coisa ou constituto possessório, § 930 BGB e seguintes, art. 1.267, parágrafo único, CC). Como o contrato escrow se relaciona com esses aspectos do direito das coisas

[553] Cf. MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 92; MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 86; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

é assunto deste capítulo. As relações de posse também são relevantes em um escrow-direito, pois certas consequências jurídicas (principalmente a proteção por meio de interditos possessórios) estão ligadas à posse.

II.5.1. Alemanha

Dada a subsunção do contrato escrow à *Treuhand*, as relações de posse da *Treuhand* podem servir como ponto de partida para a estruturação da posse no contrato escrow. Para tanto, dois conceitos básicos são relevantes: posse indireta (*mittelbare Besitz*) e posse própria ou imprópria (*Eigenbesitz* e *Fremdbesitz*).

A posse indireta, de acordo com o § 868 BGB, é o poder que se exerce sobre uma coisa através de outra pessoa (o possuidor direto) para o possuidor indireto por um período de tempo e em virtude de uma relação especial deste com o possuidor direto.[554] A permanência do efetivo poder sobre a coisa com o possuidor direto é componente necessário da posse indireta, sendo que o possuidor direto, então, detém apenas a posse imprópria sobre a coisa, como regra.[555] Surge então uma relação de intermediação de posse entre as partes (*Besitzmittlungsverhältnis*), na qual o possuidor direto deriva seu direito à posse do possuidor indireto. Por esse motivo, costuma-se afirmar que o direito à posse do possuidor indireto deve ser mais forte ou mais abrangente que o do possuidor direto,[556] ou que a posição possessória do possuidor direto seria um recorte da do possuidor indireto.[557]

A relação de intermediação da posse pressupõe que o possuidor indireto tenha uma pretensão à restituição da coisa contra o possuidor direto, o qual só está autorizado ou obrigado à manutenção da posse de forma temporária. A pretensão à restituição é um critério importante para se apurar a existência de uma relação de intermediação de posse, já que sem ela o possuidor indireto não teria como impor seu poder sobre a coisa.[558] A restituição pode estar assentada na

[554] Cf. GUTZEIT, Martin. §§ 854-872 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2021, § 868 BGB, n. 5.
[555] Cf. GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 868 BGB, n. 24 seq.
[556] Cf. com maiores referências, SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 868 BGB, n. 22 (embora com visão crítica dessa opinião).
[557] Cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 7, n. 40.
[558] Cf. GUTZEIT, Martin. §§ 854-872 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2021, § 868 BGB, n. 23.

outorga de um direito (sobretudo um direito real limitado) ou na busca dos interesses do possuidor indireto.[559] A base legal da pretensão à restituição pode ser o contrato, o enriquecimento sem causa, a propriedade etc., não havendo restrições a esse respeito.[560] Uma pretensão condicionada, limitada no tempo ou até mesmo dependente do exercício de um direito formativo pode ser suficiente para criar a relação de intermediação de posse.[561] Finalmente, o possuidor direto deve, em reconhecimento da pretensão à restituição da coisa, ter vontade de intermediar o poder sobre a coisa para outra pessoa. Sua vontade não precisa atender, todavia, aos requisitos de uma manifestação de vontade negocial, bastando uma vontade natural (*natürlicher Wille*). Em todo caso, a vontade precisa ser objetivamente reconhecível.[562]

A composse indireta pode ser simples ou qualificada. Nesta última, os compossuidores só podem exigir a entrega da coisa em conjunto.[563] Já na composse indireta simples, cada compossuidor pode exercer a pretensão à restituição independentemente do outro.[564]

De acordo com o § 872 BGB, possuidor próprio (*Eigenbesitzer*) é aquele que possui a coisa como sendo sua. O possuidor próprio possui a coisa deliberadamente como um proprietário, para si mesmo e com exclusão de outras pessoas. A direção subjetiva da vontade (natural) é, assim, importante para a classificação. Se ele é ou não o proprietário, é irrelevante. Ele não precisa enxergar a si mesmo como proprietário e pode exercer a posse própria mesmo ciente de não ser proprietário.[565] O possuidor impróprio, por outro lado, normalmente atua como

---

[559] Cf. WILHELM, Jan. **Sachenrecht**. 7ª ed. Berlim: De Gruyter, 2021, n. 491.
[560] Cf. GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 868 BGB, n. 43.
[561] Cf. GUTZEIT, Martin. §§ 854-872 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2021, § 868 BGB, n. 23; SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 868 BGB, n. 16; GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 868 BGB, n. 44.
[562] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 866 BGB, n. 29, § 868 BGB, n. 17.
[563] Cf. GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 866 BGB, n. 29; SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 866 BGB, n. 12.
[564] Cf. GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 866 BGB, n. 24.
[565] Cf., com maiores referências, SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 872 BGB, n. 3.

intermediário da posse para outra pessoa, pois não tem a vontade de possuir a coisa como proprietário.[566] Ele possui com direcionamento volitivo de um titular de outro direito real limitado ou direito obrigacional.[567] A forma da posse, se indireta ou direta, parcial ou composse etc. não é relevante, pois tanto a posse própria quanto imprópria podem assumir qualquer dessas formas.[568] A proteção da posse nos termos dos §§ 854-871 BGB é basicamente a mesma para ambos os tipos de posse (própria e imprópria), mas algumas normas fora do direito possessório se ligam à posse própria (por exemplo, usucapião de acordo com o § 937 BGB e a responsabilidade por queda de edifício nos termos do § 836 BGB).[569] Como na posse própria normalmente não há vontade de intermediar para outra pessoa, a opinião majoritária presume que o possuidor direto seja possuidor impróprio.[570]

Com esses dois conceitos em mente, a questão das relações possessórias na *Treuhand* pode ser adentrada. Se se concluir que o fiduciário (*Treuhänder*) não intermedeia a posse, então o fiduciário (*Treugeber*) não pode ser considerado nem mesmo possuidor indireto e, se esse também for o caso em um contrato escrow, então o caminho para uma parte principal dispor do bem transferindo a posse indireta restaria bloqueado. Diversamente, se o fiduciário (agente escrow) for um intermediário da posse, então os fiduciantes (partes principais) seriam possuidores indiretos e seria preciso então analisar de que tipo de posse indireta se trata e se tal posse indireta pode ser transferida unilateralmente.

Em uma *Treuhand* de direitos, o fiduciário é o proprietário. Se o bem permanecer sob seu poder, então se poderia *prima facie* ver aí o exercício da posse própria e, por conseguinte, não se poderia estabelecer uma relação de intermediação de posse.[571] O fiduciante não teria sequer a posse indireta do bem objeto da *Treuhand*. Na *Treuhand* com fins de administração, o

---

[566] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 872 BGB, n. 6.

[567] Cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 7, n. 89.

[568] Cf. GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 872 BGB, n. 4.

[569] Cf. GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 872 BGB, n. 11 seq.; BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009, § 7, n. 88, 94.

[570] Vide, com ulteriores referências, GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 868 BGB, n. 46.

[571] Cf. SIEBERT, Wolfgang. **Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis**. 2ª ed. Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1933, p. 166 (especialmente nota de rodapé n. 38); COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 156.

fiduciário administra o bem no interesse do fiduciante. Poder-se-ia ver aí uma relação de intermediação de posse, apesar de o fiduciário deter a propriedade do bem, se ao fiduciante couber a pretensão à restituição da coisa.[572] Isso significa que o fiduciário seria proprietário e possuidor direto, enquanto o fiduciante teria apenas a posse indireta. Na *Treuhand* com fins de garantia, o fiduciante mantém normalmente a posse direta e intermedeia a posse para o fiduciário.[573] Se, porém, o bem ficar com o fiduciário, então, de acordo com uma opinião bastante difundida, não haveria relação de intermediação de posse, porque o fiduciário possuiria a coisa como possuidor próprio.[574] Para outra corrente de opinião, o tomador da garantia possuiria o bem como proprietário apenas a partir do momento em que o bem pudesse ser excutido; até esse momento, ele agiria como intermediário da posse para o prestador da garantia.[575] Uma outra opinião afirma que nenhuma resposta rasa e plana poderia ser dada antes do momento em que o tomador da garantia pode proceder à excussão, porque o interesse próprio do fiduciário e interesses alheios do fiduciante estariam mesclados na *Treuhand* para fins de garantia; se a garantia perder objeto, exemplificativamente por pagamento da dívida, o tomador da garantia seria apenas possuidor impróprio e a *Treuhand* de garantia deveria, logo, ser convertida em uma *Treuhand* de administração.[576] Na *Treuhand* dupla para fins de garantia, o fiduciário intermediaria a posse para ambos os fiduciantes como possuidor impróprio, apesar de sua posição como proprietário.[577]

---

[572] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 156; FLECKNER, Andreas. Mittelt der fremdnützige Verwaltungstreunehmer dem Treugeber den Besitz am Treugut? **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2013, p. 389-398, p. 395 seq. (baseando-se na proteção do bem objeto da relação fiduciária na insolvência e na execução forçada, há tempos fixada na jurisprudência).

[573] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 157; ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 205/30 do VII Senado Civil, de 27 de fevereiro de 1931, **Reichsgerichtszeitung**, volume 132, p. 183 (p. 186).

[574] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 872 BGB, n. 8; GUTZEIT, Martin. §§ 854-872 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2021, § 872 BGB, n. 5; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 64/67 do VIII Senado Civil, de 16 de abril 1969. **Juristenzeitung**, 1969, p. 433.

[575] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 145/59 do VIII Senado Civil, de 21 de dezembro 1960. **Neue juristische Wochenschrift,** 1961, p. 777 (p. 778).

[576] Cf. FLECKNER, Andreas. Mittelt der fremdnützige Verwaltungstreunehmer dem Treugeber den Besitz am Treugut? **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2013, p. 389-398, p. 397.

[577] Cf. BITTER, Georg. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei besitzlosen Rechten und bei einer (Doppel-)Treuhand am Sicherungsgut. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2015, p. 2249-2259, p. 2256 seq.; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 272/13 do IX Senado Civil, de 24 de setembro de 2015. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 2016, p. 242 (especialmente § 21) – no caso submetido a julgamento, se reconheceu que o banco depositário central (*Wertpapiersammelbank*), junto ao qual foram depositadas as ações oferecidas em garantia, passou a ser possuidor direto impróprio. Os bancos depositários (*Depotbanken*) credores pignoratícios eram, portanto, possuidores indiretos de primeiro grau

A chave para esclarecer essa questão repousa em que as relações de posse não podem ser entendidas de forma unívoca para todas as relações de *Treuhand*, mas apenas de forma isolada para cada tipo de *Treuhand*, como *Fleckner* corretamente registra.[578] O agente escrow não tem interesse próprio no bem objeto do escrow. Desde o início da relação, ele conta com a perda da posse em momento posterior, pois ou o Beneficiário ou o Depositante adquirirá a pretensão à entrega do bem. A entrega do bem acontece invariavelmente em todo contrato do escrow. A vontade do agente escrow de intermediar a posse é claramente reconhecível, pois ele age no interesse das partes principais e em reconhecimento da pretensão do Legitimado à entrega – ainda que esta seja apenas futura. Isso vale independentemente de se tratar de um escrow-direito ou de um escrow-posse, porque decisiva não é a propriedade da coisa, mas a vontade de intermediar a posse. O proprietário também pode ser possuidor impróprio. Todos os requisitos para que o agente escrow intermedeie a posse para as partes principais em conjunto estão, portanto, presentes. Nesse sentido, as relações de posse no contrato escrow não diferem do caso clássico de uma *Treuhand* dupla para fins de garantia.

Resta apenas verificar qual o tipo de posse indireta de que se trata. Como o agente escrow intermedeia a posse para ambas as partes principais e deve agir de forma imparcial e independente em relação a ambas, deve-se reconhecer que há uma composse indireta. As partes principais só podem exercer a pretensão à restituição da coisa antes da realização (ou falha) da condição de forma conjunta. Portanto, são compossuidoras indiretas qualificadas. Esse tipo de posse não pode ser transferido sem a cooperação do compossuidor, ao menos não de forma eficaz para os fins da aquisição de propriedade.[579] Como resultado, o contrato escrow consegue inibir a tradição da coisa (*Sachübergabe*) e sub-rogados da tradição (*Übersurrogate*) para os fins da transferência de propriedade.

Embora seja fácil chegar a essa conclusão para um contrato escrow próprio, ela poderia ser discutível no caso de um contrato escrow impróprio, pois uma das partes principais será a única titular da pretensão à entrega da coisa. Contudo, mesmo em contratos escrow impróprios,

---

impróprios, enquanto o fiduciário (*Treuhänder*) a quem a titularidade das ações fora transferida atuava como possuidor indireto de segundo grau impróprio e, finalmente, o devedor era possuidor indireto de terceiro grau próprio. Diversamente entende *Coing,* para quem, se o fiduciário estiver obrigado à busca de interesses contrapostos, não há nenhuma pretensão à restituição e, portanto, nenhuma intermediação de posse poderia ser divisada (COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 156).

[578] Cf. FLECKNER, Andreas. Mittelt der fremdnützige Verwaltungstreunehmer dem Treugeber den Besitz am Treugut? **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2013, p. 389-398, p. 395.

[579] Semelhante à opinião expressa no corpo do texto: KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 930 BGB, n. 19 (constituto possessório da posse indireta apenas por um compossuidor não é suficiente para a aquisição de propriedade).

as partes principais são compossuidoras indiretas qualificadas. A pretensão à entrega é limitado pelo interesse da outra parte principal ao bem objeto do escrow e tal fato é naturalmente sabido do agente escrow. Além disso, a pretensão à entrega é cedido à outra parte principal quando do cumprimento da condição, de modo que o agente escrow, em reconhecimento da natureza temporária de sua posse, possui a coisa também para o Legitimado condicional.

A situação possessória muda após a implementação ou falha da condição. Em um contrato escrow próprio, a pretensão condicional do Não-Legitimado à entrega se extingue e, por consequência, também a composse. O agente escrow então intermedeia a posse apenas para o Legitimado como único possuidor.[580] A partir desse momento, o Legitimado pode dispor do bem de forma eficaz obtendo a posse indireta para um terceiro adquirente, seja cedendo a pretensão à entrega da coisa, nos termos do § 931 BGB, seja concluindo um constituto possessório com um possuidor indireto de grau superior, de acordo com o § 930 BGB. Também em um escrow impróprio restará apenas um Legitimado após a ocorrência ou falha da condição, e somente a ele cabe a pretensão à entrega da coisa. Somente ele é possuidor indireto.

II.5.2. Brasil

Para se investigar a inviabilização de atos de disposição por transferência da posse indireta, deve-se primeiro analisar o conceito e os tipos de posse indireta no direito brasileiro.

No Brasil, a posse é conceituada no art. 1.196 CC como o exercício de fato de algum dos poderes inerentes à propriedade. Como a exploração econômica da coisa pelo proprietário também pode se dar por meio de terceiros,[581] o Código Civil prevê expressamente a cisão da posse em posse direta e indireta. De acordo com o art. 1.197 CC, a posse direta da pessoa que tem a coisa temporariamente sob seu poder não anula a posse indireta daquele de quem se obtém a posse direta. A posse direta é, assim, apenas temporária, porque os poderes inerentes à propriedade exercidos pelo possuidor direto devem posteriormente retornar ao possuidor indireto.[582] Uma relação jurídica real ou obrigacional subjaz à divisão da posse e atua como

[580] Cf. BITTER, Georg. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei besitzlosen Rechten und bei einer (Doppel-)Treuhand am Sicherungsgut. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2015, p. 2249-2259, p. 2257 (com apoio em um caso de transferência da titularidade de direitos em uma *Treuhand* com fins de garantia dupla).
[581] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 45; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.
[582] Cf. SANTOS, Ernanes Fidélis dos. Arts. 1.196 a 1.224. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XV. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 57.

fundamento para a obtenção da posse direta.[583–584] Ademais, essa relação jurídica determina os poderes conferidos ao possuidor direto, de modo que a posse direta permanece sempre subordinada à indireta.[585] O poder de fato do possuidor indireto, portanto, se mantém.

O possuidor indireto deve exercer os poderes inerentes ao proprietário, caso contrário, ele não seria tecnicamente possuidor.[586] A diferença entre a posse direta e a indireta está, em verdade, na menor extensão e na natureza temporária dos poderes inerentes à propriedade exercidos pelo possuidor direto em comparação com o indireto.[587] O possuidor indireto abre mão desses poderes somente durante o período em que existe a posse direta, mas ele os recupera no futuro (ou pelo menos pode recuperá-los), como em um elástico.[588] Isso só acontece porque o possuidor indireto tem o direito à restituição da coisa contra o possuidor direto. A relação jurídica subjacente determina quando e como esses poderes devem retornar.[589] É claro que a posse indireta não se resume ao direito à restituição, mas esse é uma parte indispensável dela.

Em contraste com a Alemanha, o debate sobre o caráter direto ou indireto da posse no Brasil está pouco ou nada ligado à posse própria ou imprópria. Dessa forma, essa distinção não

---

[583] Cf. FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, § 16; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Volume 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 34; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. **Direito das coisas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 455; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 45 seq.; SANTOS, Ernanes Fidélis dos. Arts. 1.196 a 1.224. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XV. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 54; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85 seq.

[584] De acordo com uma opinião difundida por *Pontes de Miranda*, a relação entre a posse direta e indireta seria puramente fática, embora não se pudesse negar a existência de uma relação entre os possuidores e, portanto, de um direito à restituição da coisa no momento de estabelecimento da posse indireta (vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 164). Algumas páginas mais adiante, no entanto, o autor refere que o direito à restituição da coisa seria uma consequência e não a causa da divisão da posse (p. 175). Para *Pontes de Miranda,* a relação jurídica subjacente parece ser apenas um requisito para divisão da posse, mas não uma característica permanente sua. Um exame aprofundado da divisão da posse não é tema deste trabalho, mas a visão de *Pontes de Miranda* parece estar, ao menos parcialmente, de acordo com a doutrina dominante.

[585] Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 86.

[586] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 168.

[587] Esses dois elementos já estavam presentes nos motivos do CC1916, veja-se FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, § 23.

[588] A elasticidade dos poderes do proprietário indireto poderia, nesse sentido, ser vista como uma consequência da elasticidade da propriedade (sobre a elasticidade da propriedade, vide FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 252 seq.; ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse - propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 166, nota de rodapé n. 142).

[589] Vide *supra*, cap. II.2.2.2.1.2.

é relevante para os fins deste trabalho. Independentemente da posição de proprietário, a posse pode ser direta ou indireta, a depender da extensão dos poderes e da duração de tais poderes fáticos sobre a coisa.

Em um contrato escrow, as partes principais têm a possibilidade, jurídica e fática, de exigir a devolução do bem. O agente escrow tem ciência desde o início que seu poder fático sobre o bem deve terminar com a implementação ou falha da condição. Além disso, os poderes inerentes à propriedade por ele exercidos são mais restritos do que os das partes principais, porque estas últimas sempre têm a opção de exigir a devolução do bem em caráter definitivo. As partes principais são, portanto, compossuidoras indiretas do bem objeto do escrow. Mesmo em um escrow-direito, a relação de posse se estrutura dessa forma apesar da posição de proprietário do agente escrow, pois a propriedade não altera a natureza temporária e a menor amplitude de seus poderes sobre o bem.

No que diz respeito ao tipo de composse, duas pessoas não podem, no direito brasileiro, ser possuidoras da mesma coisa em sua totalidade e simultaneamente (posse *in solidum*).[590] Nada obstante, é lícito que duas pessoas tenham, cada uma, a posse de apenas uma parte da coisa ou proporcionalmente em frações ideais (*pro indiviso*) (*composse*). Nesse último caso, cada possuidor pode exercer a posse sobre a totalidade da coisa, desde que não exclua os demais compossuidores desse exercício (art. 1.199 CC).[591] A composse *pro indiviso* pode ser simples ou em mão comum. Na composse *pro indiviso* simples, cada possuidor tem poder fático independente sobre a coisa, enquanto no caso de composse em mão comum, nenhum compossuidor tem poder de fato independente sobre a coisa.[592] A composse pode ser tanto direta quanto indireta.[593]

A composse indireta das partes principais em um contrato escrow é *pro indiviso* em mão comum. Nenhuma delas pode exigir a restituição da coisa antes do implemento ou falha da condição, pois isso iria contra a função de garantia do escrow. Tampouco pode uma parte

---

[590] Cf. CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos reais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 40; RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. **Direitos das coisas**. Volume I. Brasília: Edições do Senado Federal, 2004, § 7°, 1.

[591] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse - propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, n. 41 seq.; FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, n. 29 seq.

[592] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 181 seq.; SANTOS, Ernanes Fidélis dos. Arts. 1.196 a 1.224. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XV. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79 seq.

[593] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume X. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 180.

principal determinar unilateralmente como o agente escrow pode ou deve se comportar com relação ao bem depositado em escrow, mas elas podem fazê-lo em conjunto. A titularidade da propriedade pelo agente escrow em um escrow-direito, não altera essa situação da posse.

Pode-se indagar se a composse em um contrato escrow impróprio também seria *pro indiviso* em mão comum, já que a pretensão à restituição da coisa cabe a apenas uma parte principal isoladamente. Na realidade, o titular dessa pretensão não pode exercê-la como bem entender, porque o fim de garantia do contrato escrow o proíbe. Em muitos casos, as instruções do titular dessa pretensão dependem do consentimento da outra parte principal; de mais a mais, o contrato escrow providencia para que os poderes de fato do titular da pretensão à restituição do bem sejam substancialmente restringidos para não prejudicar o fim de garantia. Sobretudo, o agente escrow não pode seguir nenhuma instrução do titular da pretensão à restituição que seja incompatível com a finalidade de garantia. O exercício da posse indireta requer a cooperação da outra parte principal, sempre que não se adequar a tal finalidade. Em um contrato escrow impróprio, a composse indireta, portanto, também é *pro indiviso* em mão comum.

Esse tipo de composse direta ou indireta não se deixa transferir a terceiros sem a cooperação de todos os compossuidores. Se o compossuidor inserir um terceiro na relação de posse contra a vontade do outro compossuidor, ele turba ou esbulha a posse do outro compossuidor. Se a composse é em mão comum, a transmissão da posse só pode ocorrer, logicamente, de forma conjunta. O agente escrow tampouco pode seguir instruções de um terceiro. Como resultado, nenhuma parte principal pode sozinha praticar um ato de disposição sobre o bem por meio do estabelecimento da posse indireta na pessoa de um terceiro adquirente.

Em um escrow próprio, a pretensão condicional de uma das partes principais à restituição da coisa e, por conseguinte, também a composse indireta, se extingue com a realização ou falha da condição. A partir desse momento, o Legitimado tem isoladamente a pretensão à restituição e a posse indireta. Semelhantemente ocorre em um escrow impróprio. Tanto antes quanto depois da materialização ou da falha da condição, apenas uma parte principal age como titular da pretensão à entrega, mas qualquer restrição ao exercício da posse indireta se extingue a partir de tal momento, de modo que a composse se transforma em uma posse "comum".

II.5.3. Conclusão

Na Alemanha e no Brasil, o contrato escrow confere às partes principais a composse indireta do bem objeto do escrow. O poder fático das partes principais sobre o bem só pode ser exercido em conjunto – composse qualificada na Alemanha ou composse *pro indiviso* em mão

comum no Brasil. Esse formato particular de composse bloqueia qualquer tentativa de transmissão da posse indireta do bem a um terceiro adquirente sem cooperação da outra parte principal. Consequentemente, o contrato escrow é um meio adequado a impedir a transmissão da posse indireta e, por consequência, disposições sobre o bem.

II.6. Relação com o negócio principal

O contrato escrow não carrega em si mesmo a causa de sua estipulação. Como ele sempre visa ao adimplemento e à garantia de um negócio jurídico externo a ele, as influências mútuas entre os dois negócios jurídicos precisam ser trabalhadas. Em princípio, o contrato escrow é em larga medida independente das vicissitudes do negócio principal, na medida em que tais vicissitudes não sejam reproduzidas no contrato escrow. Essa reprodução geralmente ocorre na forma de uma condição para o repasse ou devolução do bem objeto do escrow.[594] Entretanto, as partes principais nem sempre preveem todas as circunstâncias que podem ocorrer no negócio principal e que influenciam o contrato escrow.

Uma análise exaustiva de todas as consequências possíveis é impraticável, tendo em vista a imensa variedade dos casos que podem surgir na vida prática. Aqui serão explorados apenas três aspectos, a saber: os efeitos resultantes da coligação contratual, a imposição de limites à interpretação e o efeito de adimplemento do negócio principal.

II.6.1. Efeitos da coligação contratual

As vicissitudes do negócio principal mais importantes (e também as mais propensas a disputas) são as perturbações do cumprimento contratual e as causas de ineficácia. Se, por exemplo, surgir para o Depositante uma pretensão a indenização no negócio principal, ele provavelmente desejará recuperar parte do valor depositado em uma conta escrow. Ou, caso ele venha a resolver o negócio principal, poderá querer recuperar todo o valor depositado. Todavia, às partes principais geralmente é impedido o acesso ao bem objeto do escrow para processar incidentes do negócio principal que não estejam incluídos no próprio contrato escrow como condição. Do contrário, os fins de garantia e adimplemento acabariam esvaziados. Em que medida os dois contratos (negócio principal e contrato escrow) se influenciam reciprocamente é algo que só se pode determinar com base nas características da coligação contratual.

Portanto, é preciso primeiro analisar se o contrato escrow e o negócio principal estão

[594] Mais detalhes sobre esse tópico no cap. II.2.1 acima.

em uma coligação contratual e, em seguida, quais interações podem ser daí extraídas.

II.6.1.1. Alemanha

Na Alemanha, uma coligação contratual é definida como uma situação em que vários negócios jurídicos que poderiam existir independentemente uns dos outros são combinados (*zusammengesetzt*) pela vontade das partes em uma unidade, de modo que eles "fiquem em pé ou caiam" juntos (*miteinander "stehen und fallen*").[595] A vontade das partes de tratá-los como unidade é, portanto, decisiva para determinar se se está diante de uma coligação contratual,[596] a qual, por sua vez, deve ser determinada pela interpretação do negócio levando-se em consideração os usos do tráfico (§§ 133, 157 BGB).[597] Os contratos coligados não precisam necessariamente ser celebrados entre as mesmas partes.[598] Exemplo conhecido da jurisprudência é a compra de um imóvel junto com a celebração de um contrato de gerenciamento de obra.[599] Outro tipo de coligação contratual são os chamados contratos interrelacionados (*zusammenhängende Verträge*), nos quais a eficácia ou a execução de um negócio se torna base negocial (*Geschäftsgrundlage*) do outro contrato interrelacionado (exemplo: compra e venda coligada a contrato de leasing).[600]

---

[595] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 214/64 do V Senado Civil, de 20 de maio de 1966. **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1966, p. 749. Com ulteriores referências: HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 111.

[596] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 306/86 do VII Senado Civil, de 24 de setembro de 1987. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 101, p. 393 (§ 13); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 343/88 do VII Senado Civil, de 7 de dezembro de 1989. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report**, 1990, p. 340 (p. 341). Com maiores referências: EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 35.

[597] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 247/85 do V Senado Civil, de 10 de outubro de 1986. **Neue juristische Wochenschrift**, 1987, p. 1069 (p. 1070); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 343/88 do VII Senado Civil, de 7 de dezembro de 1989. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report**, 1990, p. 340 (p. 341); BUSCHE, Jan. §§ 139-157 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 139 BGB, n. 18.

[598] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 313/78 do VII Senado Civil, de 6 de dezembro de 1979. **Neue juristische Wochenschrift**, 1980, p. 829 (p. 830); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 12/80 do VII Senado Civil, de 6 de novembro de 1980. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 78, p. 346 (§ 10). Com ulteriores referências: FELDMANN, Cornelia. §§ 311-311a BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 311 BGB, n. 58.

[599] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 143/74 do V Senado Civil, de 30 de abril de 1976. **Neue juristische Wochenschrift,** 1976, p. 1931.

[600] Cf. HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan;

A coligação contratual difere dos contratos mistos, porque nos primeiros existe apenas um contrato, enquanto os últimos formam unidades independentes, as quais se tornam dependentes umas das outras por vontade das partes.[601]

As consequências jurídicas da coligação contratual consistem principalmente na extensão a toda a relação das causas de nulidade e do exercício de alguns direitos, como resolução (*Rücktritt*), resilição (*Kündigung*) e indenização (*Schadensersatz*),[602] que afetariam em princípio apenas um contrato coligado. Requisitos de forma que se aplicariam apenas a um contrato coligado também precisam ser observados nas outras partes constituintes da coligação contratual.[603] À parte disso, todo contrato coligado segue, em princípio, as regras de seu próprio tipo contratual.[604]

Essas consequências jurídicas são ocasionalmente sustentadas no § 139 BGB,[605] o qual

---

REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 113.

[601] Cf. FELDMANN, Cornelia. §§ 311-311a BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 311 BGB, n. 54. Diferentemente: EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 35 (coligações contratuais seriam uma formatação dos contratos mistos).

[602] Cf. FELDMANN, Cornelia. §§ 311-311a BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 311 BGB, n. 54 (extensão do sinalagma). Sem mencionar a indenização: GEHRLEIN, Markus. §§ 311-311c BGB. *in*: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman (coords.). **Beck-online Kommentar BGB.** 68ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 27 (também como extensão do sinalagma). De forma mais abrangente: EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 35 (todos os direitos formativos incluídos); HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 111 (direitos formativos de extinção do contrato). No julgamento do ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 143/74 do V Senado Civil, de 30 de abril de 1976. **Neue juristische Wochenschrift,** 1976, p. 1931, a resolução (*Rücktritt*) de um contrato de gerenciamento de obra foi acatada como base para resolução de um contrato coligado de compra e venda de imóvel.

[603] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 211/82 do V Senado Civil, de 11 de novembro de 1983. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 89, p. 41; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 306/86 do VII Senado Civil, de 24 de setembro de 1987. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 101, p. 393. Com maiores referências: HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 111.

[604] Cf. GEHRLEIN, Markus. §§ 311-311c BGB. *in*: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman (coords.). **Beck-online Kommentar BGB.** 68ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 27; FELDMANN, Cornelia. §§ 311-311a BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 311 BGB, n. 54.

[605] A unidade dos contratos coligados teria de constituir uma unidade jurídica no sentido § 139 BGB: vide HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan;

regula a invalidade parcial de negócios jurídicos. Esse dispositivo se aplicaria não apenas à nulidade, mas também a todos as outras causas de ineficácia.[606] Porém, como o referido parágrafo do BGB é dispositivo,[607] as partes poderiam acordar quais vicissitudes impactam no todo da relação jurídica.

O contrato escrow e o negócio principal formam evidentemente uma coligação contratual, na qual o último não é apenas a base do negócio (*Geschäftsgrundlage*) sobre a qual o contrato escrow se ancora. O contrato escrow adquire seu significado pela necessidade de garantir e adimplir a dívida principal. O desejo das partes de tratar o contrato escrow e o negócio principal como uma unidade não parece ser problemático. Ao agente escrow fica claro que ele só é envolvido na transação para essa finalidade, e ele desempenha suas atividades com esse objetivo em mente. Esse tipo de coligação pode, portanto, ser classificado como combinação de contratos (*zusammengesetzte Verträge*). A determinação das consequências jurídicas daí resultantes apresenta, porém, algumas dificuldades, pois uma certa separação no plano das consequências jurídicas é quista. Caso contrário, não haveria necessidade de formular condições estritas para o repasse ou devolução do bem.

A discussão sobre quais eventos do negócio principal impactam outro contrato coligado

---

REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 111; EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 311 BGB, n. 35. A jurisprudência e a doutrina aceitam a aplicação do § 139 BGB a negócios separados, desde que formem uma unidade: ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 214/64 do V Senado Civil, de 20 de maio de 1966. **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1966, p. 749; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 94/10 do VIII Senado Civil, de 30 de março de 2011. **Neue juristische Wochenschrift,** 2011, p. 2874 (p. 2876); ROTH, Herbert. §§ 139-144 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 139 BGB, n. 37; BUSCHE, Jan. §§ 139-157 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 139 BGB, n. 15.

[606] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 218/61 do II Senado Civil, de 13 de julho de 1964. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen,** 1964, p. 1125 (p. 1126); ROTH, Herbert. §§ 139-144 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 139 BGB, n. 33; NEUNER, Jörg. **BGB Allgemeiner Teil**. 12ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 56, n. 2; BUSCHE, Jan. §§ 139-157 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 139 BGB, n. 8 (aplicável com as necessárias adaptações à revogação parcial ou à resolução).

[607] Cf. NEUNER, Jörg. **BGB Allgemeiner Teil**. 12ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 56, n. 7; BUSCHE, Jan. §§ 139-157 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 139 BGB, n. 12. Com ulteriores referências: ROTH, Herbert. §§ 139-144 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 139 BGB, n. 22.

existe há tempo na doutrina do depósito notarial. De acordo com uma opinião minoritária mais antiga, o acordo de custódia entre as partes (*Verwahrungsvereinbarung*) e a ordem de custódia (*Verwahrungsanweisung*) seriam duas facetas de um mesmo ato (a chamada "natureza dupla" do acordo de custódia).[608] De acordo com essa doutrina, o acordo de custódia teria caráter tanto de direito material quanto de direito procedimental (perante o notário), com a consequência de que ele poderia, por exemplo, condicionar a revogação de instruções e a instrução de custódia, porque ele formaria a base de todo o processo.[609] A opinião majoritária, porém, entende que eles seriam independentes um do outro, no mais das vezes porque teriam naturezas jurídicas distintas. De acordo com essa doutrina, o acordo de custódia teria natureza de direito privado, enquanto a ordem de custódia teria natureza de direito procedimental.[610] Uma outra opinião vê o contrato e o acordo de custódia como dois atos diferentes que não seguem o mesmo destino, apesar de produzirem certos efeitos um sobre o outro.[611] A questão perdeu relevância, de certa forma, desde a alteração da BeurkG em 1998, pois a principal consequência desse debate era necessidade de o notário observar a revogação de instruções por uma das partes do negócio de base, o que agora conta com uma solução positivada equilibrada e de natureza dispositiva no § 60 BeurkG.[612_613]

É truísmo dizer que os eventos do negócio principal que podem afetar a relação jurídica de escrow só podem ser determinados com base na vontade específica das partes. Como regra, o contrato escrow só cumpre suas funções se o desenrolar dos acontecimentos no negócio principal exercer pouca influência sobre o escrow. A esse respeito, argumentou-se no depósito notarial que a ordem de custódia seria abstrata em relação ao negócio de base.[614] Essa afirmação

---

608 Cf. BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 625 seq.; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 51.

609 Cf. KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 51.

610 Cf. REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 230; VOLHARD, Rüdiger. Amtspflichten des Notars bei Eingriffen in den Vertragsvollzug. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1987, p. 523-551, p. 528 seq.; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BnotO, n. 28; DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 7 f. (enfatizando a natureza abstrata das instruções).

611 Cf. ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474, p. 455 seq.; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, n. 26.

612 Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, Vorb. BeurkG § 57, n. 15.

613 Sobre o § 60 BeurkG, vide com mais detalhes o cap. II.7.2.2.1 adiante.

614 Cf. REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr.

não parece totalmente correta no contrato escrow, pois as partes principais normalmente desejam ligar certos efeitos do escrow aos eventos do negócio principal. O depósito notarial é um exemplo importante desse fenômeno, pois as causas de revogação de instruções do § 60(3) BeurkG estão vinculadas ao distrato (*Aufhebung*), à ineficácia (*Unwirksamkeit*) e ao retorno ao estado anterior (*Rückabwicklung*) do negócio subjacente.

Se o contrato não regula expressamente os efeitos da coligação contratual, pode-se preencher essa lacuna pela aplicação por analogia do § 60(3) BeurkG. Isso significa que somente nos três casos mencionados acima uma parte principal poderá revogar unilateralmente uma instrução que, de outra forma, teria de ser revogada por todas as partes principais. O agente escrow não pode deixar de seguir suas instruções por iniciativa própria; uma revogação deve ser a ele submetida primeiro. Se a questão tivesse de ser resolvida exclusivamente por recurso às normas do mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*), ter-se-ia de recorrer à possibilidade de desviar das instruções estampada no § 665 BGB, o que levaria a resultados insatisfatórios. O agente escrow não poderia reter a entrega do bem, a menos que ambas as partes principais estivessem de acordo com tal proceder (§ 665(2) BGB). Apenas quando houvesse perigo na demora poderia o agente escrow desviar de suas instruções e reter a entrega do bem sem o consentimento unânime das partes principais (§ 665(1) BGB), mas para isso ele teria de poder presumir que ambas as partes principais aprovariam tal desvio, o que parece mais do que duvidoso, tendo-se em vista os interesses conflitantes das partes principais. Dificilmente se poderia conceber, assim, um caso em que o agente escrow pudesse reter a entrega com base no § 665 BGB. Que essa solução é inadequada, fica evidente na própria criação da regra contida no § 60(3) BeurkG. Esse dispositivo legal é, portanto, aplicável por analogia ao contrato escrow, a menos que as partes acordem de outra forma. Ou seja, mesmo que o distrato, a ineficácia ou o retorno do negócio principal ao estado anterior não estejam explicitamente previstos como condição no contrato escrow, eles justificam a revogação unilateral de uma instrução. Após comunicada a revogação de uma instrução com base em um desses três fundamentos, o agente escrow deve reter a entrega do bem até que a situação seja esclarecida na forma do § 60(3) BurkG (vide *infra* cap. II.7.2.2.1).

Para cumprir os fins de garantia e adimplemento, o contrato escrow deve ser afetado pelo negócio principal, em princípio, apenas nos casos acima mencionados, se ausente regulação no contrato. Isso vale também para situações como vícios do objeto, indenizações ou

---

Otto Schmidt, 1989, p. 230; DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 8.

exceção de contrato não cumprido (*Zurückbehaltungsrecht*), se estes não forem incluídos como condições no contrato escrow. Caso contrário, o Beneficiário jamais teria certeza quanto ao se e ao quando da entrega do bem. Para obter garantia com relação ao crédito, o processamento de tal crédito deve ocorrer exatamente como previsto no contrato escrow. Os três casos abrangidos no § 60(3) BeurkG tratam mais da situação em que não há mais negócio de base a ser adimplido ou garantido.

II.6.1.2. Brasil

A definição presumivelmente mais aceita de coligação contratual no Brasil, apesar da multiplicidade de opiniões sobre o assunto, é a de *Marino*.[615]–[616] De acordo com essa definição, a coligação contratual retrata a situação em que dois ou mais contratos se encontram em relação de dependência unilateral ou recíproca, seja por comando legal, acessoriedade[617] ou vontade das partes. Os elementos essenciais são, portanto, a pluralidade de contratos e a relação de dependência.[618] De acordo com *Marino*, a vontade das partes não seria elemento conceitual da coligação contratual, e sim uma fonte possível – mas não necessária – da relação de dependência entre os contratos.[619] A coligação seria caracterizada por sua índole funcional e finalística. Em princípio, cada contrato coligado produz seus próprios efeitos, ou seja, os seus efeitos típicos. A isso se somam os efeitos que não resultam da análise isolada de cada contrato, mas da congruência entre as funções de cada contrato da coligação. O fim da coligação seria essencial para

[615] Para uma digressão sobre as tentativas de conceituação, veja-se EICK, Fernando Gemelli. **Redes contratuais no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, cap. 1.9.7.

[616] Outras figuras, como a conexão contratual e a rede contratual, não se aplicam aos contratos escrow. A conexão designa um tipo especial de interação entre vários contratos que servem a uma causa supracontratual. As redes contratuais, por outro lado, além de exigirem causa supracontratual, dizem respeito a transações em massa no bojo de uma atividade empresarial. Para essas distinções, veja-se de forma resumida, EICK, Fernando Gemelli. **Redes contratuais no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, cap. 1.9.7. O contrato escrow não partilha dessas características. Uma causa supracontratual não pode ser divisada no escrow, pois o contrato escrow mantém sua própria causa ao mesmo tempo em que serve para realizar a causa do negócio de base. Não se faz presente uma terceira causa diversa das causas dos dois contratos. Já da rede contratual se diferencia o contrato escrow por poder ser usado fora de uma atividade empresarial e do contexto de transações em massa. Embora seja possível pensar em casos em que um contrato escrow seja empregue no contexto de contratos conexos ou em uma rede de contratos, mas isso não releva para este trabalho, pois não contribuiria em nada para a análise de contratos escrow no âmbito do M&A.

[617] O termo "acessoriedade" é ambíguo e pode levar à confusão com outros institutos jurídicos, como contratos acessórios e garantias acessórias. A fim de evitar distrações desnecessárias quanto a questões que não estão diretamente relacionadas ao tema deste trabalho, será utilizado aqui doravante o termo "dependência".

[618] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

[619] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

estabelecer a sua existência e intensidade.[620]

A coligação contratual *ex lege* não entra em questão para o contrato escrow, pois ele não é regulamentado por lei enquanto tal.[621] Já a coligação contratual voluntária exige um acordo explícito ou implícito tornando os efeitos de um ou ambos os contratos dependentes do outro contrato, de que são exemplo as cláusulas de inadimplemento cruzado e o acordo de que, em caso de ineficácia de um contrato, o outro também passe a ser ineficaz.[622] O terceiro tipo de coligação contratual é a chamada coligação natural, a qual resulta do próprio tipo de contrato, ou seja, a própria natureza do contrato pressupõe um ou mais contratos coligados.[623] Parece-nos que a coligação contratual natural não precisa, porém, se basear no tipo, mas na estrutura da transação, já que nem sempre a relação de dependência estará contida no próprio tipo contratual, mas o contrato sempre pode ser introduzido na transação de tal forma que a sua função só possa ser cumprida em conjunto com outros contratos. Nesse caso, a relação contratual não decorre nem do tipo de contrato nem da vontade das partes, mas da estrutura da transação.

De acordo com essa classificação aqui assumida, o contrato escrow estará sempre em uma coligação contratual com dependência unilateral em relação ao negócio principal. Na maioria dos contratos escrow, há uma coligação voluntária, até mesmo explícita, entre o contrato escrow e o negócio principal, uma vez que (1) uma ou mais cláusulas do contrato escrow mencionam a dívida principal como dívida a ser garantida ou adimplida, e (2) as vicissitudes do negócio principal são expressamente previstos em uma instrução como condição para a entrega do bem. Mesmo que não haja uma disposição expressa sobre a dependência do contrato escrow em relação ao negócio principal, pode-se divisar aí uma coligação contratual natural, dado que um contrato escrow sem uma dívida principal a ser garantida e adimplida não faz sentido e seria inconcebível.

As consequências jurídicas das coligações contratuais não são sempre as mesmas. A intensidade da coligação determina as consequências jurídicas concretas, ou seja, a coligação nem sempre produzirá todos os efeitos possíveis de serem extraídos de uma coligação

---

[620] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133 seq.
[621] De acordo com *Marino* (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 13.1), existe uma coligação contratual legal quando a lei regula a coligação ou alguns efeitos da coligação.
[622] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 13.3.
[623] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 13.2.

contratual. Algumas coligações produzem consequências jurídicas bastante peculiares.[624] Os efeitos exatos da coligação devem ser determinados com base em sua função e finalidade, bem como na vontade das partes. Os efeitos mais importantes da coligação contratual se refletem na interpretação e qualificação dos contratos coligados, assim como no afastamento do regramento jurídico típico, na validade e na eficácia dos negócios jurídicos coligados.[625] Via de regra, o negócio principal coligado ao contrato escrow não exerce influência sobre a sua interpretação (cap. II.6.2.2). De maior relevância é a influência da coligação contratual sobre os efeitos gerados pelo contrato escrow.

Uma das influências mais importantes sobre os efeitos de um contrato coligado é a ineficácia de um contrato, quando o outro contrato for ineficaz. Em uma coligação com dependência unilateral, o contrato dependente pode ser ineficaz quando o contrato principal não é ou deixa de ser eficaz, pois o atingimento do fim pretendido pelas partes se torna impossível.[626] Por mais razoável que seja essa consequência jurídica, não se pode falar de ineficácia da relação jurídica de escrow, apenas porque o negócio principal o é. Em princípio, o contrato escrow também provê garantia para o caso da ineficácia do negócio principal. Sua finalidade ainda pode ser cumprida com a devolução do bem ao Depositante, mesmo diante da ineficácia do negócio jurídico subjacente. A ineficácia do negócio principal constitui motivo para devolução do bem, mas não para a ineficacização do contrato escrow.

O contrato escrow sequer pressupõe um negócio principal plenamente eficaz. Por exemplo, as partes principais podem usar o contrato escrow para garantir o preço de compra em uma transação imobiliária cuja eficácia ainda dependa de obtenção de licenças governamentais ou do cumprimento de condições do contrato de compra e venda. Enquanto houver a possibilidade de a dívida principal se tornar eficaz, o contrato escrow pode cumprir sua finalidade. Se o negócio principal se tornar, porém, definitivamente ineficaz, o bem já não precisará permanecer em escrow, salvo acordo em contrário.

O acima exposto é exemplo de um princípio mais amplo de que, na ausência de acordo correspondente, o bem só pode ser devolvido ao Depositante se a dívida principal a ser garantida e adimplida não existir ou deixar de existir como consequência da ineficácia definitiva

[624] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.
[625] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.
[626] Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 24.3.

(como em casos de nulidade ou anulabilidade)[627] ou da extinção do negócio principal (por distrato, resilição, resolução ou outro motivo), o mesmo valendo para o caso de o depósito do bem junto ao agente escrow ainda não ter ocorrido, situação em que o Depositante fica desobrigado de efetuar o depósito[628]. Não seria consistente com a intenção comum das partes principais ou com o fim de garantia do contrato manter em escrow o bem, quando esse procedimento não se prestar a criar segurança para a transação ou a adimpli-la. Essa é em essência a influência da coligação contratual sobre o contrato escrow.

Como o agente escrow persegue interesses conflitantes, ele deve se ater rigorosamente às instruções das partes principais. Em nenhuma circunstância ele pode dispor do bem objeto do escrow, exceto nos casos previstos. Se o bem pudesse ser entregue em casos não previstos, a maneira especial do contrato escrow de atingir os fins de garantia e adimplemento acabaria se perdendo. O exercício de pretensão a redução de preço por vícios do objeto, por exemplo, não tem influência sobre o contrato escrow, a menos que isso seja previsto como condição. Com exceção dos casos acima, o contrato escrow permanece fora da esfera de influência dos eventos do negócio principal[629] que não logrem ser reproduzidos no contrato escrow como uma condição ou instrução. Consequentemente, o contrato escrow acaba não sendo afetado, como regra geral, pelo negócio principal no que diz respeito à sua existência, validade e eficácia.

A ineficácia e a extinção do negócio principal podem ser previstos no contrato escrow como falha da condição para entrega do bem, e então há um fundamento direto para a devolução do bem. Em não havendo essa previsão no contrato, o desaparecimento da dívida principal não

---

[627] Um bom exemplo disso é o caso *Sideco* (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0111632-08.2012.8.26.0100 da 19ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Mario de Oliveira, São Paulo/SP, 10 de outubro de 2016). As ações da sociedade-alvo haviam sido vendidas e o preço de compra deveria ser pago em parcelas. Após atrasos no pagamento, as partes chegaram a um acordo para reparcelamento. O devedor também cedera certos créditos ao credor como garantia, com o acordo de que os terceiros devedores deveriam pagar exclusivamente em uma conta escrow. A conta foi aberta e o próprio banco mantenedor foi nomeado agente escrow. Pouco tempo depois, o devedor entrou com pedido de recuperação judicial. Após o devedor atrasar os pagamentos novamente, o credor exigiu do banco a liberação dos valores correspondentes da conta escrow. O banco se recusou a efetuar a liberação e o credor ajuizou uma ação de execução contra o devedor e o agente escrow. O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, entre outras razões, que a cessão em garantia era nula e, portanto, julgou improcedente a ação contra o banco sem declarar nulo o contrato escrow em si.

[628] Exemplo disso tem-se no caso da *Serb Saneamento* (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0036876-13.2014.8.19.0210 da 15ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Marília de Castro Neves Vieira, Rio de Janeiro/RJ, 13 de fevereiro de 2019). O caso dizia respeito à resolução de um contrato de compra e venda de um imóvel devido a violações contratuais de ambas as partes. A parcela do preço de compra que deveria ser retida não precisou ser depositada na conta escrow e o sinal teve de ser devolvido.

[629] De forma semelhante, *Guilhardi* afirma, para contratos de garantia abstrata, a possibilidade de afastar os efeitos recíprocos da coligação contratual, a fim de preservar sua independência frente ao negócio de base (vide GUILHARDI, Pedro. **Garantias autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 168 seq.).

precisa ser qualificado como falha implícita da condição. A obrigação do agente escrow de restituir o bem decorre da coligação contratual, de maneira que os requisitos da realização da condição não precisam ser atendidos. Se as partes principais não estiverem de acordo sobre a ineficácia ou extinção do negócio principal, o agente escrow pode reter a entrega do bem objeto do escrow (mais sobre esse tópico no cap. II.7.5.1.2).

Resta examinar se essa separação estrita do contrato escrow e do negócio principal o torna abstrato. Abstrato é o negócio cuja causa (tomada na acepção de causa concreta, seria o mesmo que o fim do negócio) é irrelevante; a causa pode existir e até mesmo funcionar como motivo do negócio, mas não releva para o negócio. Em negócios jurídicos causais, por outro lado, a causa possui relevância.[630] Um negócio abstrato pode assentar sobre um negócio causal subjacente, sem que o negócio abstrato perca tal natureza. A vantagem dos negócios abstratos é que a transação ganha em clareza e segurança, graças ao desacoplamento da *causa*.[631] Dessa forma, o contrato escrow só poderia ser considerado completamente abstrato se os eventos do negócio principal não tivessem nenhuma influência sobre ele. Esse não é o caso, pois o contrato escrow é influenciado pelo negócio principal em casos bastante limitados. Em que medida os eventos de um negócio influenciam o desdobramento do outro negócio integrante da coligação contratual é algo que se determina, entre outros, pela vontade das partes e pelo fim da coligação.[632] Daí é que se pode depreender até que ponto o escrow está desvinculado do negócio principal. Trata-se, portanto, de uma questão de "mais ou menos".[633]

---

[630] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 169, 174. De forma similar: MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Revista civilistica.com**, volume 1, ano 2 (2013), p. 1-24, p. 14 ("causa pode ser irrelevante" em negócios abstratos). Segundo outra corrente, não adotada neste trabalho, seriam abstratos os negócios cujos elementos categoriais essenciais dissessem respeito apenas à forma, mas não ao objeto do negócio (cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140 seq.). No entanto, essa doutrina chega a uma conclusão semelhante, qual seja, a de que negócios abstratos não dependem da *causa* (p. 142 seq.).

[631] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 167 seq.

[632] Poder-se-ia argumentar corretamente com *Pinto e Silva* que não se trata de inexistência da *causa,* mas de uma independência da *causa* determinada pela autonomia privada, em que pese o autor se limite à garantia de créditos (PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017, p. 205 seq.). Veja-se também SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2214567-33.2014.8.26.0000 da 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, São Paulo/SP, 4 de fevereiro de 2015 (contrato escrow é um contrato "acessório" na coligação contratual).

[633] Nesse sentido, *Pinto e Silva fala* de uma acessoriedade limitada do contrato de garantia abstrata em relação ao negócio de base (cf. PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017, p. 346). *Dill* rejeita equivocadamente a possibilidade de abstração limitada e de acessoriedade limitada. Em sua opinião, a influência do negócio de base sobre o contrato de garantia abstrata seria uma consequência da causa e da independência do contrato de garantia, mas não da acessoriedade (cf. DILL, Amanda Lemos. **Contrato de garantia à primeira demanda**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, cap. 2.3).

II.6.1.3. Conclusão

Na Alemanha, os efeitos de um contrato da coligação contratual sobre outro podem ser extraídos do exemplo do depósito notarial, cuja regulamentação pode ser aplicada por analogia ao escrow. No Brasil, na ausência de uma base apropriada para analogia, essa norma deve ser derivada dos princípios gerais que regem a coligação contratual – ou seja, através da apuração da vontade das partes e da função, bem como do fim de cada contrato da coligação como tal. No plano do suporte fático, os resultados são semelhantes: o contrato escrow pode ser afetado pela ineficácia ou pela extinção do negócio principal (sendo que o distrato e a resolução contratual poderiam ser enquadrados como casos de extinção do contrato para os fins do § 60(3) BeurkG). Pequenas diferenças existem em relação às consequências jurídicas. Enquanto o distrato, a ineficácia ou retorno do negócio principal ao estado anterior em um contrato escrow alemão apenas justificam a revogação unilateral de uma instrução outorgada por mais de uma parte principal, o que impõe ao agente escrow a obrigação de reter a entrega do bem até que a situação se esclareça, o agente escrow brasileiro deve devolver o bem ao Depositante quando o negócio principal for ineficaz ou se extinguir. A retenção do bem até que a questão seja resolvida também pode ser uma alternativa viável no Brasil, se as partes principais não estiverem de acordo quanto ao motivo da devolução; para isso são, porém, necessárias duas etapas adicionais de raciocínio jurídico, a saber, a obrigação de preservar a garantia e a incerteza sobre o implemento da condição (vide cap. II.7.5.1.2).

II.6.2. Limites à interpretação

À questão da coligação contratual liga-se a influência do negócio principal sobre a interpretação do contrato escrow. Trata-se de saber se certas características da transação que não chegam a se refletir nas instruções ou na condição do contrato escrow podem, apesar disso, impactar o conteúdo do contrato escrow. Esse modo de proceder colocaria um ônus sobre o agente escrow, pois ele teria de justificar sua interpretação das instruções do escrow com base em um espectro maior de materiais a serem interpretados. Além disso, a perda de controle sobre o acervo interpretativo poderia aumentar o risco de interpretações conflitantes, o que seria dificilmente conciliável com o princípio de cumprimento estrito das instruções. Poder-se-ia argumentar contrariamente, no sentido de que a interpretação das instruções do escrow deve ser realizada em vista de todas as características da transação, porque essa é a melhor maneira de encontrar a interpretação que melhor atenda aos fins de garantia e adimplemento.

O tema deste capítulo é como esse conflito se resolve no contrato escrow.

II.6.2.1. Alemanha

Na Alemanha, essa questão é decidida na doutrina de direito notarial em favor de uma interpretação isolada das instruções contidas na ordem de custódia. Como a ordem de custódia deve não se confunde com o negócio de base, seu conteúdo não deve ser influenciado por este último. Isso se aplica também quando o notário redige o contrato principal.[634] O escrito deve ser redigido de tal forma que, de um ponto de vista objetivo, se tornem em princípio desnecessárias uma interpretação teleológica, uma interpretação que considere circunstâncias de entorno ou uma interpretação sistemática relacionada ao complexo de documentos da transação, devendo o conteúdo do acordo das partes poder ser inteiramente tomado a partir da linguagem do documento em tela.[635] O BGH resumiu essa limitação do material interpretativo em termos exemplares:

> A Corte de Apelação ignorou, assim, que, em princípio, somente a instrução dada ao notário é relevante, mas não as circunstâncias fora do encargo fiduciário (vide Seybold/Schippel, BNotO, 6ª ed., § 23, n. 18). O conteúdo do contrato acordado entre as partes e que deve ser processado pelo notário, incluindo o acordo de custódia celebrado entre elas e ali contido, não faz parte da ordem de custódia, a qual não com ele se confunde com (Sandkühler, loc. cit., § 23, n. 22; cf. também BGH, acórdão de 18 de novembro de 1999 – IX ZR 153/98, WM 2000, 193/195). Não é tarefa do notário apurar o conteúdo do contrato celebrado entre as partes por meio de interpretação. Isso não muda nem mesmo na situação em que, como parece ter sido o caso aqui, o próprio notário redige o contrato. Em princípio, o notário não pode, portanto, ir além da redação de uma instrução que lhe foi dada, mesmo quando acredite que, de acordo com o restante do conteúdo do contrato que se está a executar, a observância literal da instrução não seja necessária.[636] [tradução livre]

Essas considerações podem ser aplicadas *in totum* ao contrato escrow. As partes principais se asseguram de que seus interesses conflitantes serão equilibrados pelo agente escrow, mediante a observância de suas instruções. Para tanto, elas devem dar instruções claras e

---

[634] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, n. 53.
[635] Cf. RITTER, Thomas. Auslegungsbedürftigkeit von Urkunden und Notarhaftung. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 2004, p. 2137-2139, p. 2138.
[636] ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 41/99 do IX Senado Civil, de 10 de fevereiro de 2000. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2001, p. 856 (p. 857). No original: "*Damit hat das BerufungsG verkannt, dass es grundsätzlich nur auf die dem Notar erteilte Weisung, nicht aber auf Umstände außerhalb des Treuhandauftrags ankommt (vgl. Seybold/Schippel, BNotO, 6. Aufl., § 23 Rdn. 18). Der Inhalt des zwischen den Parteien vereinbarten, vom Notar abzuwickelnden Vertrages einschließlich der darin enthaltenen, zwischen ihnen geschlossenen Hinterlegungsvereinbarung ist nicht Bestandteil der davon zu unterscheidenden Hinterlegungsanweisung (Sandkühler, aaO, § 23 Rdn. 22; vgl. auch BGH, Urt. v. 18. 11. 1999 - IX ZR 153/98, WM 2000, 193/195). Es ist nicht Aufgabe des Notars, den Inhalt des zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrages durch Auslegung zu ermitteln. Das ist sogar dann nicht anders, wenn, wie es hier gewesen zu sein scheint, der Notar den Vertrag selbst entworfen hat. Dieser darf sich deshalb grundsätzlich auch dann nicht über den Wortlaut einer ihm erteilten Weisung hinwegsetzen, wenn er meint, nach dem sonstigen Inhalt des zu vollziehenden Vertrages sei die wörtliche Befolgung der Weisung nicht erforderlich*".

inequívocas ao agente escrow.[637] Se o agente escrow pudesse ou devesse perscrutar o conteúdo de suas instruções fora do contrato escrow, as partes principais perderiam o controle sobre o equilíbrio de interesses que caracteriza o contrato escrow. O agente escrow não é obrigado a determinar o conteúdo de suas instruções levando em conta outros contratos. Se uma instrução não estiver suficientemente clara, ele pode informar às partes principais a sua interpretação por escrito e aguardar o posicionamento das partes. Se uma das partes principais não acatar esse entendimento, ele as pode remeter à via judicial. O que ele não pode é se avocar o papel de juiz.

II.6.2.2. Brasil

O debate sobre a limitação ao campo de interpretação do contrato escrow gira em torno da restrição dos materiais que o aplicador do direito pode acessar na interpretação de um contrato escrow. *Nitschke* tratou dessa questão no Brasil. Em sua opinião, o art. 112 CC seria obrigatório, de modo que o aplicador do direito teria sempre de ir além do significado literal da linguagem do contrato. Uma limitação aos "quatro cantos" do contrato iria contra a regra do art. 112 CC.[638] Uma cláusula contratual que restringisse a regulamentação do contrato às disposições incorporadas no documento contratual ou que proibisse o acesso a outros materiais fora do texto contratual iria potencialmente contra normas cogentes de interpretação contratual do direito brasileiro.[639]

Essa doutrina pisa sobre solo firme, na medida em que a fundamental permissão constante do art. 113, § 2°, CC para afastar normas legais de interpretação e integração contratual encontra seus limites, naturalmente, onde a lei prevê normas cogentes. Entretanto, não há razão aparente para se enxergar na limitação do acervo interpretativo uma violação a normas cogentes. As normas de interpretação e integração são, em princípio, dispositivas, de acordo com o

[637] Cf. no depósito notarial HERTEL, Christian. Grundsätzlich wörtliche Befolgung der Verwahrungsanweisung: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2000 – IX ZR 41/99. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 2001, p. 856-862, p. 859: "Pois somente uma ordem de custódia clara e inequívoca atende 'aos requisitos de processamento regular do negócio e uma execução regular do depósito'" (tradução livre). No original: "*Denn nur eine klare und eindeutige Verwahrungsanweisung genügt ‚den Bedürfnissen einer ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung und eines ordnungsgemäßen Vollzugs der Verwahrung*".

[638] Cf. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Parte IV.1: Comentário ao artigo 113 §§1º e 2° do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. *in*: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords.). **Direito privado na lei da liberdade econômica – comentários**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 420 seq.

[639] Cf. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Parte IV.1: Comentário ao artigo 113 §§1º e 2° do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. *in*: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords.). **Direito privado na lei da liberdade econômica – comentários**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022, p. 423 seq.

art. 113, § 2°, CC.[640] Em nenhum lugar da lei é comandado o uso de todos os materiais possíveis na interpretação de declarações de vontade. Não se deve, portanto, desviar do princípio de disponibilidade da norma não escrita de que as declarações de vontade também devem ser interpretadas com base em outros materiais e não apenas com base no contrato escrito. Desde que esteja baseada em acordo das partes, essa restrição dos materiais disponíveis para interpretação é permitida.

A restrição dos materiais disponíveis para interpretação também não viola o art. 112 CC. Isso porque esse dispositivo não contém norma sobre os materiais disponíveis para a interpretação das declarações de vontade. O art. 112 CC diz apenas que a interpretação das declarações de vontade não deve se aferrar ao sentido literal da linguagem, mas deve buscar a intenção nela consubstanciada. O art. 112 CC nada diz sobre o escopo dos materiais, nos quais essa intenção deve ser investigada. O fato de que a interpretação deve ser extraída de um documento contratual específico não deve ser confundido com a interpretação de acordo com o sentido literal – o que, por sinal, seria perfeitamente possível em havendo acordo das partes.[641]

O direito probatório fornece um exemplo ilustrativo da possibilidade de limitar o material disponível para interpretação. Em um litígio sobre a interpretação de um contrato, as partes podem se limitar a apresentar as provas que desejam. Não há obrigação de comprovar as alegações utilizando-se de todos os meios disponíveis de prova, pois esse é um direito das partes do processo (art. 369 CPC). Aqui prevalece o princípio do interesse, de acordo com o qual cada parte deve provar os fatos que podem levar a uma decisão favorável a si.[642] A decisão sobre a interpretação correta de um contrato é, assim, predeterminada de certa maneira pela decisão prévia sobre as provas a serem produzidas. Essas considerações referem-se ao direito probatório e não devem ser confundidas com as regras de interpretação do direito material. Mas se assim é no direito probatório, então a mesma conclusão também deve se impor no que tange à

[640] Cf. FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteracao do art. 113 do Código Civil: art. 7°. *in*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, § 14; GEDIEL, José Antônio; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – Art. 113 do Código Civil. *in*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 358.

[641] Para a distinção entre interpretação literal e limitação do acervo interpretativo disponível sob a *parol evidence rule* do direito americano e em procedimentos arbitrais internacionais, vide PINTER, Rafael Wobeto. A aplicação da *parol evidence rule* em procedimentos arbitrais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, volume 58 (Jul./Set. 2018), p. 181-208, (cap. I.A, I.B).

[642] Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, § 129.

limitação negocial do material interpretativo. De fato, o juiz não pode, na prática, extrair qualquer outra interpretação, senão aquela que decorre exclusivamente do texto do contrato, se as partes não lhe apresentarem nenhuma outra prova durante o processo além do contrato. Não há razão para que as partes possam deliberadamente excluir outros materiais interpretativos em um processo judicial, mas não por acordo contratual.

O agente escrow está exposto a enormes riscos, se não empregar corretamente o bem objeto do escrow. Para equilibrar adequadamente os conflitantes interesses das partes principais, ele deve se ater rigorosamente às instruções. Se ele procurar o significado específico das instruções em outros materiais que não aquele em que as instruções foram dadas, ele estará violando seus deveres. Se uma instrução não for clara, o agente escrow deve notificar as partes principais e aguardar um retorno uníssono delas; se isso não for possível, o juiz deverá encontrar a interpretação correta. O agente escrow não deve agir com base em instruções pouco claras ou sob contestação.

A regra dos "quatro cantos" continua sendo uma exceção no direito brasileiro e só encontra aplicação, se as partes negocialmente estipularem tal regra. No contrato escrow, o fim do negócio exige tal limitação, podendo-se tomar como ponto de partida a existência de um acordo implícito, se não explícito, entre as partes. É claro que as partes podem incluir outros materiais interpretativos, se assim o desejarem, mas esse não é o ponto de partida em um contrato escrow.

II.6.2.3. Conclusão

A possibilidade de limitar o acervo interpretativo em um contrato escrow se impõe na Alemanha e no Brasil. Os contratos escrow alemães se beneficiam de uma base sólida, nesse tocante, pois essa interpretação de forma limitada já foi aplicada pelo BGH ao depósito notarial. Esse princípio pode ser aplicado por inteiro ao contrato escrow. No Brasil, para além de uma disposição explícita, pode-se também extrair do fim do contrato uma norma implícita que limita os materiais disponíveis para interpretação.

II.6.3. Adimplemento do negócio principal

Questão central em todo contrato escrow é o adimplemento do negócio principal por meio do agente escrow. Primeiramente, deve ser explicado se e em que medida a conclusão de um contrato escrow altera o conteúdo da obrigação do Depositante no negócio principal. E, segundo, a partir de que momento essa obrigação é considerada adimplida.

II.6.3.1. Alemanha

Para tratar da questão deste capítulo, faz sentido olhar novamente para o depósito notarial. Na doutrina do depósito notarial já é geralmente reconhecido que a conclusão do acordo de custódia (*Verwahrungsvereinbarung*) entre as partes do negócio de base converte a obrigação do depositante em uma obrigação de depositar na conta de custódia (*Anderkonto*) do notário.[643] Também se afirma com frequência que o depósito do bem junto ao notário não satisfaz por si só a dívida de base, a menos que as partes envolvidas excepcionalmente assim pactuem.[644] De fato, a admissão de um efeito de adimplemento imediato já no momento do depósito não contribuiria em nada para o fim de garantia, pois o depositante realizaria, dessa forma, precisamente a oferta antecipada da prestação que o depósito notarial busca evitar.[645] Além disso, o notário precisaria agir como um autorizado a receber a prestação (§ 362(2) BGB c/c § 185 BGB)[646] em nome do credor (*Empfangsermächtigter*), para poder recebe-la do devedor

---

[643] Vide cap. II.4.1.2.2, em particular a nota de rodapé n. 379.

[644] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 23; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, Vorb. § 57 BeurkG, n. 22; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, n. 120 (depósito junto ao notário [*Einzahlung*] não é uma consignação em pagamento [*Hinterlegung*] no sentido do § 372 BGB e seguintes); WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 15 (depósito junto ao notário [*Einzahlung*] não é uma consignação em pagamento [*Hinterlegung*] no sentido do § 372 BGB e seguintes); BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 633; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 168/81 do V Senado Civil, de 25 de março de 1983. **Neue juristische Wochenschrift,** 1983, p. 1605 (p. 1606); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 240/84 do III Senado Civil, de 5 de maio de 1986. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1987, p. 155; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 66/87 do IX Senado Civil, de 30 de junho de 1988. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1989, p. 234; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 158/93 do IX Senado Civil, de 17 de fevereiro de 1994. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1995, p. 125 (p. 127); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 242/97 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1998. **Neue juristische Wochenschrift,** 1998, p. 2134 (p. 2135).

[645] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 122; DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 24; ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474, p. 459 seq. De forma similar: SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 209.

[646] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, Vorb. § 57 BeurkG, n. 22; ZIMMERMANN, Stefan. Die vertraglich vorgesehene „Hinterlegung" des Kaufpreises beim Notar führt in der Regel noch nicht zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.03.1983 – V ZR 168/81. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1983, p. 549-557, p. 554; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 168/81 do V Senado Civil, de 25 de março de 1983. **Neue juristische Wochenschrift,** 1983, p. 1605 (p. 1606).

com efeito de pagamento. Isso não é, todavia, compatível com a posição do notário como terceiro independente e imparcial. Durante a fase de pendência, ele custodia o valor depositado no interesse de todas as partes envolvidas, e não apenas no interesse do credor.[647]

De qualquer forma, a vontade das partes é que decide se o efeito de adimplemento se produz já no momento do depósito (*Einzahlung*) junto ao notário, ou no momento em que os requisitos para entrega à parte legitimada se preenchem (*Auszahlungsreife*) ou ainda só quando da efetiva entrega a tal parte legitimada (*Auszahlung*).[648] Se nada tiver sido acordado, de acordo com uma corrente doutrinária, o efeito de pagamento deveria se produzir quando a prontidão para a entrega estiver completa – o que se justifica sobretudo com o argumento de que, a partir desse momento, a custódia ocorre no interesse exclusivo do credor.[649] Segundo outra opinião, por motivos de clareza do direito, o efeito de adimplemento só deveria ocorrer após o efetivo pagamento ao legitimado.[650] A relevância prática dessa questão reside sobretudo na distribuição do risco de perda do valor depositado junto ao notário entre as partes envolvidas. A assunção do risco e o adimplemento não precisam necessariamente coincidir, mas, no caso do depósito notarial, não há, à primeira vista, razão para desviar do princípio da coincidência de ambos,[651]

---

[647] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 125 seq.

[648] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, para. 15; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, Vorb. § 57 BeurkG, n. 24; REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 219; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 122; PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 137, 141; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 158/93 do IX Senado Civil, de 17 de fevereiro de 1994. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1995, p. 125.

[649] Cf. KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 42; PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 12, II, 3, c; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 633; ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474, 461; ZIMMERMANN, Stefan. Die vertraglich vorgesehene „Hinterlegung" des Kaufpreises beim Notar führt in der Regel noch nicht zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.03.1983 – V ZR 168/81. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1983, p. 549-557, p. 555 seq.; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, Vorb. § 57 BeurkG, n. 23 (o comprador teria feito todo o necessário de sua parte e os efeitos do cumprimento não deveriam ser negados a ele); FRANKEN, Kai. Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf. **Rheinische Notar-Zeitschrift**, Munique, 2010, p. 597-618, p. 602 (após o preenchimento dos requisitos para pagamento ao legitimado, atrasos no pagamento estariam na esfera do vendedor).

[650] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 210; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, n. 123; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 23.

[651] Cf. KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 36.

a menos que haja acordo das partes em contrário.

A questão do efeito de adimplemento não pode ser respondida sem se especificar o objeto da prestação no negócio principal e sem se abordar o esquema jurídico da transferência patrimonial por meio do agente escrow. Nesse passo, a teoria da mudança de objeto da prestação defendida por *Preuß* e a teoria do adimplemento estendido de *Dornis* podem contribuir para o debate.

II.6.3.1.1. Teoria da mudança de objeto da prestação

Na visão de *Preuß*, o depósito notarial não produz efeito de adimplemento por se entregar a prestação a um terceiro, mas sim por meio de um terceiro. A prestação não seria entregue a um terceiro, porque o notário não é representante do credor, nem seu auxiliar de recebimento da prestação e tampouco estaria autorizado a receber a prestação (no sentido do § 362(2), 185 BGB). A prestação é feita a um terceiro, quando o terceiro recebe a prestação para o credor assim que ela entra em sua esfera econômica. Mas, ao contrário disso, o notário não se tornaria proprietário dos valores depositados, do ponto de vista econômico; esses permaneceriam na esfera do depositante até que ele abrisse mão da propriedade sobre os valores em favor do credor.[652] *Preuß* argumenta que o ato da prestação poderia ser realizado perante um terceiro, o qual atua como mero ponto de recepção da prestação, a qual seria assim oferecida diretamente ao credor. A prestação é executada, assim, por meio de um terceiro. Nesse contexto, o notário permaneceria fora da relação de processamento da obrigação e, sua neutralidade, intocada.[653]

Isso ainda não responde à questão do efeito de adimplemento, pois ao credor de uma dívida de dinheiro deve ser ao fim outorgada uma posição patrimonial concreta sobre os valores. Há duas formatações possíveis para tanto: ou o efeito de cumprimento se irradia quando a soma pecuniária é paga ao credor (primeira formatação), ou antes disso quando o credor adquire o direito ao pagamento contra o notário (segunda formatação). Na primeira formatação, a quantia em dinheiro constitui objeto da prestação e, se for adicionalmente acordado que o credor pode tomar decisões sobre o valor depositado já quando os valores estiverem prontos para serem entregues (isto é, quando do preenchimento dos requisitos para entrega), então a partir daí os riscos relacionados à transferência dos valores passariam ao credor. O efeito de adimplemento, nada obstante, só se produziria no momento da efetiva entrega.[654] Na segunda formatação, o

[652] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 11, III, 1.
[653] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 11, III, 2.
[654] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 128 seq.

efeito de adimplemento já seria produzido quando da aquisição da pretensão incondicional e vencida à entrega contra o notário. O objeto da prestação seria, então, a própria pretensão à entrega.[655] Se as partes optam pela primeira ou pela segunda formatação seria uma questão de interpretação contratual.[656]

A distinção respeitante ao objeto da prestação tem efeito sobre o tipo do adimplemento. Se a dívida só é considerada adimplida com a transferência da propriedade sobre o dinheiro, então a aquisição da pretensão à entrega contra o notário ocorre *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber*). Isso se justifica, porque o credor titula duas pretensões durante a custódia: a pretensão ao preço de compra (oriunda do negócio de base) e a pretensão ao repasse do valor depositado junto ao notário (oriunda do depósito notarial). O objetivo das partes, porém, é que o credor satisfaça seu crédito primariamente com a pretensão à entrega contra o notário. Somente se esta falhar é que o credor pode exigir o crédito original contra o devedor.[657] A situação é diferente quando a própria pretensão à entrega contra o notário for objeto da prestação. Aqui, o devedor tem apenas uma autorização para substituir o objeto da prestação (*Ersetzungsbefugnis*), porque ele, além de poder quitar sua dívida mediante a obtenção para o credor de uma pretensão vencida e incondicional contra o notário, também pode quitá-la diretamente junto ao credor (por exemplo, pagando o preço diretamente a ele). Se a pretensão à entrega estiver sujeita a condição suspensiva, o credor somente adquiriria a pretensão após o implemento da condição.[658]

A bem fundamentada argumentação de *Preuß* baseia-se em um tipo especial de transferência patrimonial, a saber, de que a aquisição da pretensão à entrega ocorreria de forma "derivada".[659] Com o depósito na conta de custódia do notário, o depositante continuaria inicialmente como proprietário do valor depositado, do ponto de vista econômico; a posição do notário seria de proprietário do ponto de vista jurídico.[660] A pretensão à entrega (pretensão ao desembolso) seria cedida sob condição suspensiva pelo depositante ao credor, nos termos do § 398 BGB e seguintes, de modo que o credor se tornaria proprietário econômico do valor depositado quando da realização da condição. O credor teria proteção contra atos de disposição do

[655] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 131 seq.
[656] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 132.
[657] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 12, II, 1.
[658] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 12, II, 2.
[659] Uma aquisição "original" – não derivada – pelo credor da pretensão ao desembolso também seria possível, mas estabeleceria uma posição patrimonial para o credor imediatamente no momento do depósito (vide PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 9, II, 1). Como essa última situação não elimina o risco de oferta antecipada da prestação, ela parece irrelevante para o contrato escrow.
[660] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 8, I, 2, a.

depositante no período interimístico na forma dos §§ 161(1) e 162(1) BGB.[661] A capacidade do depositante de emitir instruções seria restringida pela cessão condicional, pois ele não pode frustrar o implemento da condição.[662] A transferência do bem de um patrimônio a outro se concluiria com a mudança na titularidade econômica do valor depositado.

Em síntese, essa teoria enfrenta a questão do efeito de adimplemento no depósito notarial com o ferramental do objeto da prestação. Dependendo de qual fosse o objeto da prestação, dois institutos jurídicos poderiam ser chamados a explicar o efeito de adimplemento, a saber: a dação *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber*) e a autorização para substituir o objeto da prestação (*Ersetzungsbefugnis*). A vantagem dessa teoria é que ela pode facilmente acomodar ambos os casos – adimplemento no ato de entrega ou na prontidão para entrega. Não se impõe, assim, limites à liberdade das partes, mas apenas se lhes oferece uma base jurídica adequada para formatarem suas relações jurídico-privadas como melhor lhes aprouver. Além disso, para essa teoria é menos importante o processo do que a relação entre a pretensão à entrega contra o notário e a prestação do negócio de base.

Essa teoria poderia ser aplicada ao contrato escrow em larga medida, pois ela se baseia nas mesmas circunstâncias que caracterizam o contrato escrow e resolve as principais questões relacionadas ao efeito de pagamento sem restringir a liberdade das partes. Ela é, portanto, aqui em larga medida adotada (vide cap. II.6.3.1.3 abaixo).

II.6.3.1.2. Teoria do adimplemento estendido

Dornis advoga a opinião de que o depósito notarial serve apenas para estender o processo de adimplemento no tempo. Embora o acordo de custódia (*Verwahrungsvereinbarung*) altere o ato da prestação para um depósito na conta de custódia do notário, o resultado da prestação continuaria se produzindo apenas no momento da aquisição do poder de disposição econômica sem restrições sobre o valor depositado – ou seja, no momento da entrega pelo notário.[663] O depósito notarial não criaria um bem em garantia ou objeto de prestação adicionais. Portanto, a qualificação como dação *pro solvendo* ou como prestação de garantia sairiam de cena. O preço de compra depositado continuaria como única prestação acessível ao credor e nada mais poderia ser exigido do depositante, mesmo que ocorressem problemas na

[661] Sobre a proteção do titular de direito suspensivamente condicionado no direito alemão, vide cap II.2.1.1.2.2.
[662] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, § 9, II, 2.
[663] Cf. DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 23 seq.

performance da entrega pelo notário.[664] O depósito notarial seria meramente o adimplemento estendido do preço de compra.

Nesse sentido, não se poderia se atribuir efeito de cumprimento de obrigação à ocorrência (ou falha) da condição, pois o credor não receberia nenhum poder de disposição econômica sobre os valores em tal momento, já que o notário poderia, no cumprimento de seus deveres oficiais, recusar a entrega mesmo depois de estarem preenchidos os seus pressupostos, se os requisitos do atual § 61 BeurkG estiverem presentes (risco de o notário se envolver na prática de atos que resultem na obtenção de fins ilícitos ou desleais ao seguir uma instrução irrevogável, ou de o desembolso causar danos irreparáveis a um dos outorgantes da incumbência ao notário).[665] O contrato poderia, porém, antecipar a transferência dos riscos, sendo que o momento da entrega seria o último momento possível para que a transferência ocorresse. Para a determinação do momento de transferência dos riscos, o interesse em uma garantia contra eventuais riscos no processamento do pagamento seria crucial.[666] Como a disposição dos interesses das partes a partir do momento em que os pressupostos para entrega estão preenchidos corresponde à mesma conformação fática da mora do credor (*Annahmeverzug*), na qual a aceitação da prestação pelo credor em regra configura um ônus, a transferência de riscos ocorreria geralmente já no momento da prontidão para a entrega.[667]

Visto corretamente, a teoria de *Dornis* não pode fornecer solução adequada para a questão, pois não leva suficientemente em conta a liberdade contratual no âmbito do direito privado. Se o efeito de cumprimento se materializa já quando os pressupostos para entrega estão presentes ou apenas quando a entrega é realmente levada a cabo é algo que deve, em princípio, ficar a critério das partes. Aqui não se trata de quando o adimplemento deve obrigatoriamente ocorrer, mas sim sob quais condições e com qual qualificação jurídica o adimplemento ocorre em um momento ou outro. A teoria de *Dornis* pode ser tomada, no máximo, como descrição de

---

[664] Cf. DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 25 seq.

[665] Cf. DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 33 seq.

[666] Cf. DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 31 seq. *Dornis* combate a possibilidade de antecipar o momento de cumprimento da obrigação principal, porque isso "só [pode] ser acordado, na medida em que a normativa sobre transferência de riscos não seja capaz de proporcionar uma distribuição adequada dos riscos" (p. 37) (no original: "*nur insoweit vereinbart sein [kann], als die Regelung des Gefahrübergangs keine angemessene Risikoverteilung zu bewirken vermag*"). Como resultado, ele só aceita essa possibilidade quando uma disposição contratual sobre a transferência de riscos não consiga fornecer substituto adequado para uma alocação de riscos baseada no adimplemento, ou seja, somente quando o risco de transferência o exija (por exemplo, transferência incorreta pelo notária ou descaminho do bem) (p. 36 a 47).

[667] Cf. DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 52 seq.

uma conformação comum do depósito notarial.

II.6.3.1.3. Efeito de adimplemento no contrato escrow

Para uma análise correta do efeito de adimplemento é preciso tomar por base o esquema jurídico da transferência patrimonial. *Preuß* demonstrou corretamente que é possível formatar a transação de modo "derivado", ou seja, com a pretensão à entrega contra o notário pertencendo inicialmente ao depositante e sendo cedida ao beneficiário sob condição suspensiva (ou seja, condicionada pelos pressupostos para entrega). Essa formatação corresponde ao escrow impróprio.[668] Mas também a própria pretensão à entrega pode ser condicional; ela é então adquirida "originariamente" pelo beneficiário quando da materialização da condição. Essa estrutura corresponde ao escrow próprio. *Preuß* só assume essa estrutura quando o depósito na conta de custódia do notário já cria para o credor uma pretensão à entrega. Essa opinião não parece inteiramente correta, pois o surgimento de uma pretensão à entrega não está necessariamente associado ao momento do depósito. Uma pretensão condicional pode surgir diretamente na pessoa do beneficiário, de que é exemplo o contrato em favor de terceiro.[669] Não há nenhuma razão para que seja diferente em um contrato trilateral, como um contrato escrow. Na formatação "derivativa", os pressupostos para que se possa exigir a entrega contra o agente escrow teriam de ser tratados como uma réplica dos pressupostos do contrato de cessão da pretensão. Há então, além dos pressupostos para surgimento da pretensão do Beneficiário no negócio principal, também as condições do contrato escrow para eficácia da pretensão à entrega e ainda uma outra relação jurídica com ulteriores condições para a cessão ao Beneficiário da pretensão contra o fiduciário. A opção pela estrutura com a aquisição "originária" da pretensão encurta, assim, o número de relações jurídicas e fica menos suscetível a perturbações.

Também é verdade que o envolvimento de um terceiro fiduciário no processamento do adimplemento da obrigação pode alterar o objeto da prestação do negócio principal. Diante das circunstâncias do caso concreto, é preciso determinar se a pretensão à entrega do bem representa uma possibilidade adicional de satisfação do crédito (primeira formatação de *Preuß*) ou assume a posição de objeto da prestação originalmente devida (segunda formatação de *Preuß*). Portanto, parece incorreto propugnar uma qualificação uniforme de como se produz o efeito de adimplemento, sem considerar as diversas formas com que se pode construir o objeto da

[668] Vide o cap. II.3.2 acima.
[669] Cf. com maiores referências, GOTTWALD, Peter. §§ 328-345 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 328 BGB, n. 3.

prestação no negócio principal e o momento de produção do efeito de adimplemento.[670] No contexto do contrato escrow, a primeira formatação será aqui chamada "escrow-alternativa", porque o escrow representa apenas uma maneira alternativa de satisfazer o interesse do credor, mas não a própria prestação original do negócio principal. A segunda formatação, por outro lado, será denominada "escrow-substituição", pois o objeto da prestação no negócio principal (a pretensão contra o notário à entrega do bem) pode ser substituída pelo desempenho direto da prestação junto ao credor.

Como *Preuß* acertadamente argumenta no depósito notarial, o escrow-alternativa deve ser qualificado como dação *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber*).[671] A dação *pro solvendo* se caracteriza não por alterar o objeto da prestação, mas por abrir um caminho adicional ao credor para obter a satisfação do seu crédito com a alienação de outro bem.[672] A prestação originalmente pactuada permanece,[673] mas o credor deve buscar a satisfação do seu crédito primariamente com o objeto transferido *pro solvendo*.[674] Característico da dação *pro solvendo* é que o credor assume a obrigação de alienar o bem, mas não o risco da sua alienação ou de seu uso. Por esse motivo, a relação obrigacional principal não é extinta de plano.[675] Dessa forma, a dação *pro solvendo* é classificada como *Treuhand* ou, pelo menos, como mandato gratuito (*Auftrag*) ou como relação semelhante ao mandato gratuito.[676] No escrow-alternativa, o

---

[670] Assim o fazem, por exemplo, VOLHARD, Rüdiger. Amtspflichten des Notars bei Eingriffen in den Vertragsvollzug. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1987, p. 523-551, p. 544, nota de rodapé 90 (depósito em conta de custódia seria comparável à aceitação de um cheque *pro solvendo*); KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, n. 102 (afirma o caráter *pro solvendo* sem maiores investigações). Também *Dornis*, cf. cap. II.6.3.1.2 acima.

[671] *Witte* e *Bultmann* também afirmam essa qualificação em um caso semelhante (WITTE, Jürgen; BULTMANN, Britta. Materiell-rechtliche und prozessuale Probleme beim Unternehmenskauf am Beispiel der vertraglich vereinbarten Kaufpreiszahlung auf ein Treuhandkonto (Escrow Account). **Betriebs-Berater**, Frankfurt am Main, 2005, p. 1121-1125, p. 1123).

[672] Cf. GERNHUBER, Joachim. **Die Erfüllung und ihre Surrogate**. 2ª ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, § 9, I, 1.

[673] Cf. LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Volume I. 14ª ed. Munique: C. H. Beck, 1987, p. 250; FETZER, Rhona. §§ 362-386 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 364 BGB, n. 12.

[674] Cf. LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Volume I. 14ª ed. Munique: C. H. Beck, 1987, p. 250. Com maiores referências, veja-se: KERN, Christoph Alexander. §§ 362-386 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 364 BGB, n. 24.

[675] Cf. KERN, Christoph Alexander. §§ 362-386 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 364 BGB, n. 21.

[676] Cf. com maiores referências: LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 362-371 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 364 BGB, n. 42 seq. (apesar de diferentes opiniões na literatura, não haveria contradição entre essas categorizações).

interesse do credor só é satisfeito com a obtenção da prestação devida no negócio principal. Como o objeto da prestação no negócio principal e o bem objeto do escrow são idênticos em todos os contratos escrow, o exercício da pretensão à entrega contra o agente escrow leva ao mesmo resultado que o pagamento direto pelo Depositante ao Beneficiário. Quando resulta do contrato que apenas a entrega do bem é considerada adimplemento da dívida principal, então a pretensão contra o agente escrow coexiste com a dívida principal, mas não a substitui.[677] O risco de que o bem não seja entregue ou não seja entregue de acordo com o contrato fica com o Depositante. A classificação do escrow-alternativa como dação *pro solvendo*, portanto, se impõe. A correta teoria de *Preuß* precisa apenas ser complementada com a possibilidade para o Depositante de cumprir a dívida original antes do momento de produção do efeito de adimplemento, porque ela ainda é apta a satisfazer o interesse do credor, em que pese o credor não possa persegui-la primariamente. Se o devedor fosse privado dessa opção, então o objeto transferido *pro solvendo* não seria a principal, mas a única possibilidade de satisfação passível de ser perseguida.

Diferente é com o escrow-substituição, o qual deve ser classificado como uma autorização para substituir o objeto da prestação (*Ersetzungsbefugnis*), como evidenciam as considerações de *Preuß* sobre o depósito notarial. De acordo com a opinião majoritária, a autorização de substituição corporifica um caso especial de dação em pagamento (*Leistung an Erfüllungs statt*). Na dação em pagamento, as partes concordam que o fornecimento de um outro objeto vale como adimplemento.[678] A dação em pagamento, portanto, pressupõe um contrato que acompanha o ato da prestação, pelo qual o novo objeto da prestação é oferecido e aceito.[679_680] Isso leva à extinção da obrigação em sentido estrito, de acordo com o § 364(1) BGB. A autorização de substituição também é um instituto relacionado à alteração do conteúdo da obrigação, com a particularidade de que ao devedor é concedida desde a conclusão do contrato, ou pelo menos antes do cumprimento, a possibilidade de executar uma prestação diferente da

[677] Nesse sentido, com relação ao depósito notarial: REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 221 (vendedor tem duas pretensões lado a lado: a pretensão ao preço de compra e a pretensão à entrega contra o notário).
[678] Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 362-371 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 364 BGB, n. 4.
[679] Cf. LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Volume I. 14ª ed. Munique: C. H. Beck, 1987, p. 247 seq.
[680] A questão de se esse contrato representa uma modificação da relação obrigacional com efeito simultâneo de execução da prestação ou um chamado "contrato de adimplemento" não precisa ser discutida em detalhes aqui. Veja-se sobre isso LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 362-371 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 364 BGB, n. 7 seq.

originariamente prevista.[681] Para outra opinião, a autorização de substituição diferiria da dação em pagamento por ser um ato unilateral e não contratual.[682] De qualquer forma, a autorização para substituir o objeto da prestação se coloca em adição à prestação originariamente devida.[683] A efetiva substituição do objeto da prestação original pelo objeto substitutivo só acontece quando o devedor faz uso dessa autorização. A autorização de substituição fornece uma qualificação adequada do escrow-substituição, porque o Depositante satisfaz o interesse do credor na prestação já ao provocar a aquisição pelo credor da pretensão à entrega contra o agente escrow. Isso geralmente é acordado quando da celebração da cláusula escrow, ou quando o contrato escrow é concluído, mas ao Depositante resta a possibilidade de efetuar a prestação original a qualquer momento. Do ponto de vista econômico, o objeto da prestação no negócio principal é idêntico àquele que forma o objeto da pretensão à entrega contra o agente escrow. A passagem dos riscos ocorre, então, já no momento de implementação da condição, por ser o momento em que o objeto da prestação passa ao controle do Beneficiário (pensamento do § 446 BGB).

Em resumo, as diferenças entre o escrow-alternativa e o escrow-substituição são que (1) o objeto da prestação permanece o mesmo no escrow-alternativa, enquanto no escrow-substituição diferentes objetos podem ser prestados alternativamente; e (2) o adimplemento e a passagem dos riscos se produzem em momentos diferentes.

A solução aqui proposta é respaldada pela afirmação encontradiça na doutrina de direito notarial de que, se o Depositante paga diretamente ao credor em vez de depositar na conta de custódia do notário, o efeito de adimplemento é produzido imediatamente, a menos que o crédito do credor já tenha sido cedido ou penhorado.[684] Se o pagamento na conta de custódia notarial fosse o único meio de satisfação do credor, então ele teria de estornar o valor ao Depositante para que este pudesse retransferi-lo corretamente para a conta de custódia do notário. Isso

---

[681] Cf. KERN, Christoph Alexander. §§ 362-386 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 364 BGB, n. 17. Com maiores referências: FETZER, Rhona. §§ 362-386 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 364 BGB, n. 2.

[682] Cf. GERNHUBER, Joachim. **Die Erfüllung und ihre Surrogate**. 2ª ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, § 10, 2.

[683] Cf. FETZER, Rhona. §§ 362-386 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 364 BGB, n. 2.

[684] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 15; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BnotO, n. 23.

prova que ao Depositante sempre são oferecidas duas alternativas. Essa afirmação é inteiramente correta para o depósito notarial e para contratos escrow unidirecionais. Em escrows multidirecionais, no entanto, o depósito é feito para garantir créditos de ambas as partes principais, de modo que o pagamento feito erroneamente ao credor deve ser estornado ou encaminhado ao agente escrow para constituição da garantia. A afirmação de que, em caso de créditos cedidos ou penhorados, o pagamento direto não desencadeia nenhum efeito de adimplemento apenas mostra que o efeito de cumprimento não pode ocorrer como resultado de um pagamento direto, se interesses de pessoas que não o Beneficiário estiverem envolvidos.

Se nada for expressamente acordado sobre a produção do efeito de adimplemento, parece mais correto atribuí-lo, por via de interpretação integrativa (*ergänzende Auslegung*), ao momento da prontidão para entrega. O Depositante deposita o bem em escrow para se liberar de sua obrigação. Dificilmente um Depositante concordaria em prestar novamente aquilo já depositou junto ao agente escrow. Como o processamento do pagamento por meio do agente escrow é escolhido por ambas as partes principais como mecanismo de garantia,[685] não há por que onerar apenas o Depositante com o risco de violação contratual pelo agente escrow.

II.6.3.2. Brasil

A maneira pela qual se produz o efeito de adimplemento por meio do contrato escrow também se baseia, no Brasil, na decisão fundamental das partes principais sobre se esse efeito é provocado pela aquisição da pretensão à entrega contra o agente escrow ou pela entrega efetiva do bem. Com isso, a distinção entre "escrow-substituição" e "escrow-alternativa" também é relevante no Brasil.

Ao contrário da Alemanha, onde o efeito de adimplemento em uma situação comparável à do escrow (o depósito notarial) já foi discutido em profundidade, essa questão ainda não foi objeto de análises mais aprofundadas no Brasil. Para adentrar esse tópico, o efeito de adimplemento do contrato escrow deve primeiro ser diferenciado de figuras semelhantes. Em seguida, será defendida a tese de que o objeto da prestação difere a depender de se o efeito de adimplemento ocorre já com a aquisição da pretensão à entrega ou somente com a efetiva entrega. Consequentemente, o escrow-substituição configuraria uma obrigação com *facultas* alternativa, enquanto o escrow-alternativa seria uma dação *pro solvendo*. Por fim, será abordada a alocação

[685] Esse também é o caso de um contrato escrow bilateral, pois o Beneficiário pode recusar o direito de exigir a prestação do promitente, de acordo com o § 333 BGB.

de riscos.

II.6.3.2.1. Distinção de figuras afins

A conclusão de um contrato escrow, por si só, não tem o efeito de extinguir a dívida principal. A dívida principal continua existindo e tendo o mesmo bem como objeto da prestação até a entrega efetiva, como no caso de um escrow-alternativa; ou continua existindo tendo por objeto da prestação a pretensão à entrega contra o agente escrow, a qual pode ser substituída pela entrega direta ao Beneficiário, como em um escrow-substituição. Na teoria geral das obrigações se tem de buscar o instituto que melhor explica como duas pretensões podem coexistir de tal forma que apenas uma precise ser cumprida para satisfazer o interesse do credor.

A obrigação alternativa não explica o efeito de cumprimento do contrato escrow, porque as prestações alternativas precisam ser de igual hierarquia, sem subordinação entre si.[686] Na obrigação alternativa, há uma indeterminação provisória da prestação, a qual usualmente se concentra com o exercício do direito de escolha, nos termos do art. 252 CC e seguintes.[687] Até o momento da concentração, não se sabe qual das prestações alternativas é devida. Esse não é o caso do contrato escrow, pois apenas uma prestação é devida desde o início e a prestação alternativa é sempre subordinada. Em um escrow-substituição, a prestação primária é causar a aquisição pelo Beneficiário da pretensão à entrega do bem contra o agente escrow; a entrega direta do bem é uma alternativa para o Depositante. Já no escrow-alternativa, a dívida principal continua sendo a única prestação devida, e a entrega do bem pelo agente escrow é apenas um mecanismo adicional de satisfação que o Beneficiário deve perseguir em caráter prioritário. Em nenhuma situação de escrow há incerteza sobre a prestação devida, nem mesmo provisoriamente.

A novação também não fornece explicação para o efeito de cumprimento do contrato escrow, pois a dívida preexistente se extingue imediatamente com a conclusão do negócio com efeitos novativos.[688] Pelo negócio jurídico que produz a novação, com a extinção da dívida

---

[686] Cf. DA CRUZ, Gisela Sampaio. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

[687] Cf. DA CRUZ, Gisela Sampaio. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 149 seq.

[688] De fato, a novação não é negócio jurídico, mas efeito de negócio jurídico. Entende-se por novação a extinção simultânea da obrigação preexistente e a criação de uma nova obrigação, e não o negócio jurídico que desencadeia esse efeito. Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 132 seq.

preexistente cria-se uma nova dívida. Isso exige, em regra, (1) a vontade concorde das partes, (2) uma dívida preexistente, (3) o *animus novandi* e (4) a criação de uma nova dívida (*aliquid novi*).[689] Ao contrato escrow faltam o *aliquid novi* e o animus *novandi*.

Na novação, a nova dívida pode dizer respeito ao objeto ou à natureza da obrigação (novação objetiva) ou à pessoa do credor ou do devedor (novação subjetiva). A novação por substituição do devedor pode ser estipulada apenas entre o credor e o novo devedor (novação por expromissão); de acordo com o art. 362 CC, não é necessária a anuência do devedor nesse caso, pois a novação só lhe concede vantagens.[690] Também é possível a chamada delegação, em que as três partes chegam a um acordo sobre a novação.[691] O escrow-substituição poderia, sob certo ponto de vista, assemelhar-se à novação por substituição do devedor, uma vez que a aquisição pelo Beneficiário da pretensão à entrega provoca a liberação do Depositante de sua obrigação no negócio principal. No entanto, o contrato escrow não cria uma nova dívida para o Depositante, diferente da dívida principal. A execução da prestação por meio do agente escrow é o método original de pagamento da dívida em um escrow-substituição. Desde o início, apenas a obtenção de uma pretensão à entrega para o Beneficiário é devida. A classificação como novação não logra sucesso. O escrow-alternativa assemelha-se ainda menos à substituição de uma dívida preexistente,[692] pois a dívida principal continua sendo a única dívida existente do Depositante até a entrega efetiva, ou seja, até que a dívida seja realmente paga.

O *animus novandi* também falta por completo no contrato escrow. Age com *animus*

---

[689] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 563, 566 seq.; NEVARES, Ana Luiza Maia. Extinção das obrigações sem pagamento: novação, compensação, confusão e remissão (arts. 360 a 388). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 430.

[690] Cf. CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. **A novação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 50; MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 600 seq. Contra: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 666 (deve ser examinado no caso concreto, se o devedor tem um interesse legítimo na continuidade da dívida).

[691] Cf. CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. **A novação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 51; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XIII. 10ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977, p. 183 seq.

[692] A afirmação no corpo do texto de que nenhuma "dívida preexistente" é substituída pelo contrato escrow não contradiz a descrição do contrato escrow no cap. II.1.3, onde se afirmou que o contrato escrow é voltado à garantia e adimplemento de uma "dívida preexistente" do devedor. É que nesse capítulo se enfatiza o momento cronológico (não o lógico) em que surge o direito. Na descrição típica do contrato escrow, foi enfatizada a separação frente ao negócio de base.

novandi quem pretende extinguir uma dívida preexistente criando uma nova.[693] A primeira relação obrigacional é extinta e uma nova obrigação entra em seu lugar. A nova dívida criada pela novação deve ser uma dívida completamente nova e não uma simples modificação da dívida original. As diferenças devem afetar a essência da dívida.[694] Em um contrato escrow, no entanto, a dívida principal nunca é extinta. A conclusão do contrato escrow apenas oferece uma possibilidade adicional de satisfação do credor – se essa possibilidade adicional constitui o objeto primário da prestação ou apenas uma possibilidade prioritária de satisfação sem substituir o objeto da prestação, é uma questão do caso individual e, em última análise, resulta na classificação como escrow-substituição ou escrow-alternativa. Em qualquer caso, tanto a dívida principal quanto a pretensão à entrega coexistem ou se confundem inicialmente lado a lado e o Depositante continua podendo cumprir a dívida original após a conclusão do contrato escrow e até mesmo após o depósito do bem em escrow.

Também não há confundir-se o contrato escrow com a dação em pagamento, pois, para tanto, a entrega da prestação substitutiva e o adimplemento da obrigação preexistente precisariam coincidir. Apesar de debates doutrinários sobre a natureza jurídica da dação em pagamento, há certo consenso de que ela não extingue a obrigação, mas provoca apenas uma modificação no objeto da prestação, mantendo-se inalteradas as outras características da relação obrigacional.[695] A alteração do objeto da prestação e a entrega do novo objeto ocorrem simultaneamente. Nesse aspecto, a dação em pagamento difere das obrigações alternativas e das com *facultas* alternativa, porque nelas a possibilidade de adimplir com a oferta de uma prestação diversa é acordada antes da oferta da prestação.[696] A distinção para o contrato escrow fica evidente: a possibilidade de uma prestação alternativa em um escrow-substituição ou a obrigação

---

[693] Cf. SOUZA NETO, José Soriano de. **Da novação**. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1937, p. 126; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 133.

[694] Cf. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 166.

[695] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 58, 64; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 146; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 231; SOARES, Alice dos Santos. Pagamento indireto ou especial (arts. 334 a 359). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 425.

[696] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 549; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 145; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 231 seq.; SOARES, Alice dos Santos. Pagamento indireto ou especial (arts. 334 a 359). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 424; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 656 seq.

do credor em um escrow-alternativa de buscar sua satisfação prioritariamente com a pretensão à entrega é acordada já no ato de estipulação da dívida principal e não quando da aquisição da pretensão à entrega ou quando da entrega do bem.

Por fim, também não se passa nenhuma assunção de dívida liberatória no contrato escrow, porque ela não explica a existência de duas alternativas para produzir o efeito de pagamento. A assunção de dívida desencadeia uma mudança na posição debitória sem alterar o conteúdo da relação obrigacional. O devedor anterior é liberado de sua obrigação e um novo devedor entra na relação com o credor.[697] O consentimento do credor é necessário, de acordo com o art. 299, *caput*, CC, pois ele pode ser prejudicado em decorrência da substituição do devedor.[698] Conforme demonstrado acima, há inicialmente duas opções de prestação no contrato escrow, enquanto na assunção de dívida há apenas uma que é transferida do devedor original para o seguinte. Além disso, a obrigação do agente escrow não é a mesma que a do Depositante no negócio principal. Apesar da identidade entre o bem objeto do escrow e o objeto da prestação no negócio principal, e apesar da satisfação da dívida principal com a entrega ou com a aquisição da pretensão à entrega, o agente escrow não entra na relação obrigacional original. Sua obrigação se baseia exclusivamente no contrato escrow, o qual existe de forma quase completamente separada do negócio principal. Se o agente escrow tivesse de responder pela mesma dívida do negócio principal, então ele teria interesse legítimo em contestar as pretensões do Legitimado oriundas do negócio principal (no escrow de M&A, por exemplo, ele deveria poder contestar notificações do comprador da participação). Entretanto, ele não possui de modo algum tal permissão, devido à sua independência e imparcialidade. Ele não assume, assim, a dívida do Depositante.

Uma resposta coerente com o efeito de adimplemento deve levar em conta como a dívida principal pode ser cumprida de duas maneiras, ou seja, pela entrega do agente escrow ou pelo pagamento direto do Depositante, e como esses dois caminhos se relacionam entre si.

II.6.3.2.2. Satisfação do credor por meio do contrato escrow

A resposta à questão da satisfação do credor por meio do contrato escrow deve ter como

---

[697] Cf. FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. **Da assunção de dívida e sua estrutura negocial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, § 138, 140; MIRANDA, Beatriz Conde. Assunção de dívida (arts. 299 a 303). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.): **A parte geral do código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 253, 256.

[698] Cf. WALD, Arnoldo. Considerações sobre a assunção de dívida. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, volume 59, 1985, p. 5-12, p. 5, 7; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 375.

ponto de partida a posição independente e imparcial do agente escrow. O agente escrow não pode atuar como um autorizado a cobrar ou autorizado a receber[699] ou como um auxiliar do Beneficiário, a fim de evitar favorecer os interesses de uma das partes principais. Se fosse esse o caso, o recebimento do bem em depósito pelo agente escrow já teria o efeito de pagamento da dívida[700] e o Beneficiário poderia dele dispor a partir do depósito. Da mesma forma, o agente escrow não pode atuar como auxiliar do Depositante na tarefa de adimplir. Para fins de clareza: as partes podem concordar que o efeito de cumprimento ocorra já no depósito do bem, mas essa situação não constituiria um contrato escrow devido à falta de um dever de perseguir interesses conflitantes e à falta de independência e imparcialidade do agente escrow.

O agente escrow não atua nem na esfera do Depositante nem na do Beneficiário. Ele está localizado em um plano intermédio. O efeito de cumprimento não se produz porque a prestação é entregue ao agente escrow, mas porque este efetua a entrega ao Legitimado ou porque a entrega pode ser exigida do agente escrow. O Beneficiário não pode exigir o depósito a si mesmo, mas apenas para o agente escrow. O depósito em si não tem efeito de cumprimento, mas é uma medida preparatória do adimplemento.

O Depositante, por outro lado, continua podendo prestar diretamente ao Beneficiário, caso em que o efeito de adimplemento é imediato. A identidade entre o bem objeto do escrow e o objeto da dívida principal obriga a essa conclusão. Afinal de contas, é difícil imaginar por que o Beneficiário poderia se recusar a receber o objeto da prestação diretamente, já que o seu interesse na prestação é igualmente satisfeito pelo pagamento direto. Se ele se recusar, incorre em mora do credor (art. 394 CC). No caso de pagamento direto, o agente escrow é obrigado a devolver o bem objeto do escrow ao Depositante, podendo ser inferido da coligação contratual que o pagamento direto constitui um caso especial que dá direito ao Depositante de reaver o bem.

Se o bem é depositado perante o agente escrow, surge a questão do momento de produção do efeito de adimplemento. Ele pode ocorrer tanto no momento da entrega ou no momento

---

[699] O autorizado a receber é a pessoa que, sem ter poder de representação, é nomeada pelo credor para receber a prestação (cf. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 102).

[700] Se entendermos a amortização (*adimplemento*) como a satisfação do interesse do credor na prestação (v. *Teixeira/Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, vol. V, t. I, p. 121 e ss.), fica claro que a oferta da prestação a uma pessoa nomeada pelo credor, que age exclusivamente no interesse do credor, tem efeito de cumprimento em razão da posição especial do credor. I, p. 121 e segs.), fica claro que a oferta da prestação a uma pessoa nomeada pelo credor, que age exclusivamente no interesse do credor, tem o efeito de cumprimento devido à posição especial do credor como destinatário da prestação.

do preenchimento (ou falha) da condição do escrow, sendo de se remeter à vontade das partes para apurar esse momento. A distinção entre escrow-substituição e escrow-alternativa é aqui proposta também para o Brasil. Se o efeito de cumprimento ocorrer quando da ocorrência ou falha da condição, trata-se de um escrow-substituição, pois a pretensão à entrega contra o agente escrow passa a ser o próprio objeto da prestação no negócio principal e este pode ser substituído pelo pagamento direto. Em um escrow-alternativa, a dívida principal continua inalterada e a entrega efetiva pelo agente escrow é apenas um meio adicional de satisfação para o credor, o qual deve ser perseguido em caráter prioritário.

Se nenhuma norma explícita puder ser extraída da interpretação do contrato com relação ao momento de produção do efeito de adimplemento, deve-se presumir, em caso de dúvida, que ele ocorre quando da implementação ou falha da condição do escrow. Essa regra genérica pode ser obtida a partir de uma interpretação contratual conforme os usos do tráfico, especialmente em contratos escrow trilaterais. Vale dizer, o acordo das partes deve ser interpretado no sentido que normalmente lhe é atribuído no tráfico negocial. As partes principais nomeiam o agente escrow conjuntamente, sendo difícil imaginar por que apenas o Depositante deveria arcar com o risco de perturbações na execução do contrato escrow, em virtude de fatos oriundos da esfera do agente escrow. Mesmo em um contrato escrow bilateral a situação não é diferente, visto que o Beneficiário pode objetar à nomeação do agente escrow efetuada pelo Depositante. Qualquer Depositante razoável, ao depositar o bem em escrow, almeja exonerar-se da sua obrigação do negócio principal. Em caso de dúvida, não parece justificável exigir que o Depositante cumpra novamente o que já depositou, apenas porque o agente escrow consensualmente escolhido violou seus deveres. Como regra, as partes celebram, portanto, um escrow-substituição: após a ocorrência ou falha da condição, o Depositante já não corre mais nenhum risco, sua obrigação foi cumprida e quaisquer perturbações na relação de escrow devem ser resolvidas exclusivamente entre o agente escrow e o Beneficiário.

II.6.3.2.2.1. Escrow-substituição

Se for acordado que a aquisição da pretensão à entrega do bem já libera o Depositante, então a própria pretensão à entrega será o objeto da prestação no negócio principal. O interesse do credor é satisfeito com a aquisição da pretensão à entrega. Se, por exemplo, for devido preço de compra no negócio principal, as partes principais concordam que o preço deve ser quitado com a pretensão à entrega contra o agente escrow. O Beneficiário não pode exigir nenhuma outra prestação e está limitado a exigir a entrega nos termos do contrato escrow.

A prestação devida é, assim, a obtenção de uma pretensão à entrega contra o agente escrow, mas o Depositante pode substitui-la pelo pagamento direto. Essa situação, na qual o credor só pode exigir uma prestação, enquanto o devedor só é obrigado a executar uma prestação, mas pode substitui-la por outra, é conhecida como obrigação com *facultas* alternativa.[701] Ela não está regulada no Código Civil e apresenta certas semelhanças com a obrigação alternativa. Porém dela difere, porque a prestação devida na obrigação alternativa não é determinada *ab initio* e se torna uma obrigação "simples" quando o direito de opção é exercido (ou quando se implementa o evento que determina a prestação). Na obrigação com *facultas* alternativa, a prestação devida é definida desde o início.[702] Outra diferença é que as prestações em alternativa na obrigação alternativa são de igual hierarquia; na obrigação com *facultas* alternativa, ao contrário, há uma prestação primária e uma possibilidade subsidiária de substituição.[703]

A obrigação com *facultas* alternativa não se identifica com a dação em pagamento. Na obrigação com *facultas* alternativa, o devedor tem apenas o direito de entregar outra prestação com efeito liberatório. Ele pode exercer esse direito ou não e, nesse último caso, não ocorre substituição da prestação original. Já a dação em pagamento substitui de plano o objeto da prestação. Além disso, na obrigação com *facultas* alternativa, a possibilidade de ofertar uma outra prestação é acordada antecipadamente, enquanto, no caso de uma dação em pagamento, essa possibilidade é concedida ao mesmo tempo em que a prestação é oferecida.[704]

Duas são as principais consequências jurídicas da qualificação como obrigação com *facultas* alternativa. Em primeiro lugar, se a prestação devida for impossível, então todo o contrato será nulo, em se tratando de impossibilidade originária.[705] Em segundo lugar, a

---

[701] Cf. DA CRUZ, Gisela Sampaio. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 167; LIRA, Ricardo Pereira. **A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa**. Rio de Janeiro: (sem editora), 1970, § 50.

[702] Cf. LIRA, Ricardo Pereira. **A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa**. Rio de Janeiro: (sem editora), 1970, § 53.

[703] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 222.

[704] Cf. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 145; MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 549; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 232; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 656.

[705] Cf. DA CRUZ, Gisela Sampaio. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 168; LIRA, Ricardo Pereira. **A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa**. Rio de Janeiro: (sem editora), 1970, § 53.D; PONTES DE MIRANDA,

impossibilidade superveniente da prestação extingue a obrigação do devedor,[706] mas ele pode ser responsabilizado se tiver causado a impossibilidade culposamente (art. 234 CC e seguintes). Pouco importa se a prestação alternativa ainda é possível, pois o devedor nunca esteve obrigado a prestá-la. O devedor pode, mesmo assim, fornecer a prestação alternativa se assim o quiser.[707]

A categorização do escrow-substituição como obrigação com *facultas* alternativa fornece uma explicação adequada para a produção do efeito de adimplemento no momento de realização ou falha da condição do escrow e igualmente esclarece que o credor esteja limitado a exigir a prestação exclusivamente do agente escrow. As perturbações do cumprimento colocam uma questão peculiar no contrato escrow, pois precisam levar em conta a insólita distribuição de riscos e os efeitos da atividade do agente escrow sobre a relação obrigacional subjacente. Diante disso, ela será analisada em capítulo próprio mais adiante.

II.6.3.2.2.2 Escrow-alternativa

No escrow-alternativa, a pretensão à entrega do bem não passa a objeto da prestação do negócio principal. A pretensão à entrega é apenas uma opção adicional de satisfação do credor, a qual deve ser perseguida de forma prioritária. A dívida principal e o objeto da sua prestação não sofrem alterações. O Depositante não se desobriga com a obtenção de uma pretensão contra o agente escrow à entrega do bem, mas apenas com a transferência efetiva da titularidade (ou posse) do bem para o Beneficiário. A pretensão contra o agente escrow por si só não tem o condão de satisfazer o interesse do credor, mas sim o cumprimento dessa pretensão.

O Beneficiário possui duas pretensões quando a condição se implementa: uma contra o agente escrow e outra contra o Depositante. Ele pode exercer ambas as pretensões, mas é obrigado a buscar satisfação primeiro a partir da pretensão contra o agente escrow. Somente se essa tentativa falhar, é que ele pode proceder contra o Depositante. A pretensão à entrega é, assim, a forma de satisfação primária, mas não exclusiva.

Essa configuração deve ser classificada como dação *pro solvendo*. Esta última se define pela transferência de um bem (coisas, créditos, títulos de crédito *etc*.) ao credor com o objetivo de que ele satisfaça seu crédito com esse bem (geralmente efetuando sua alienação). A dação

---

Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 222.

[706] Cf. LIRA, Ricardo Pereira. **A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa**. Rio de Janeiro: (sem editora), 1970, § 53.C.

[707] Cf. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 233.

pro solvendo não extingue a dívida, mas apenas facilita seu pagamento.[708] O meio primário de satisfação do credor é o bem cedido, ficando a exigibilidade do crédito subjacente suspensivamente condicionada pela alienação do bem entregue *pro solvendo*.[709]

A datio pro solvendo deve se estremar da dação em pagamento, porque a primeira tem efeito imediato de quitar a dívida, enquanto a transferência do bem *pro solvendo* não tem esse efeito.[710] E da cessão fiduciária de crédito em garantia ou alienação fiduciária em garantia se diferencia a dação *pro solvendo*, pois o meio primário de satisfação do credor nas duas primeiras situações é a execução da prestação pelo devedor, a excussão da garantia sendo apenas secundária.

A principal consequência da qualificação do escrow-alternativa como dação pro *solvendo* é a necessidade de o Beneficiário ser diligente ao fazer valer seu pretensão à entrega contra o agente escrow.[711] Do Beneficiário é esperado que tome as devidas medidas, como o exercício da pretensão a tempo oportuno, a aceitação ou retirada do bem de acordo com os termos do contrato e o fornecimento de todas as informações necessárias para a entrega regular do bem (por exemplo, comunicar os dados de sua conta bancária). Se a pretensão à entrega prescrever devido a atrasos por parte do Beneficiário, pode haver violação do seu dever de agir diligentemente. Se o agente escrow deixa de entregar, é de se indagar se o Beneficiário deve acionar o agente escrow judicialmente antes de exigir o crédito contra o Depositante. É uma questão do caso individual se tais medidas são necessárias, mas uma tal exigência parece contradizer o fim de garantia do escrow. Se a cobrança contra o agente escrow se mostrar tão difícil a ponto de ser necessária uma ação judicial contra ele, então o Beneficiário deve poder cobrar diretamente do Depositante. De qualquer forma, essa questão pode ser facilmente contornada

---

[708] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 547 seq.; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 146 seq.; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 395 seq. (aponta corretamente que a dação *pro solvendo* pode assumir a forma de um negócio fiduciário (p. 405)).

[709] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 75. Similar: GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 147 (o crédito cedido *pro solvendo* funciona como uma exceção dilatória do crédito original).

[710] Cf. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 403.

[711] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 76 seq.

com a inclusão de um pedido subsidiário contra o Depositante na eventual ação judicial.

II.6.3.2.2.3. Distribuição de riscos

A distribuição de riscos em um contrato escrow é peculiar. Acima de tudo, é preciso responder à pergunta de quem assume o risco de perturbações na relação de escrow e de quais direitos a parte principal prejudicada pode fazer valer em tal caso.

O momento e os requisitos para a passagem dos riscos são, em essência, uma questão das partes.[712] Deve-se extrair da interpretação contratual se a passagem está alocada no momento do adimplemento ou em outro momento. No entanto, estipulações sobre o momento da passagem dos riscos raramente são feitas de forma explícita.

A regra geral relativa à distribuição de riscos no direito brasileiro decorre sobretudo dos arts. 234 e seguintes, 492 CC. Apesar de exceções na lei, a regra *res perit domino* é extraída desses dispositivos, vale dizer, o proprietário corre os riscos até a tradição, após o que os riscos da coisa passam ao adquirente.[713] Uma discussão das teorias em torno da passagem dos riscos não é, porém, tema deste trabalho e tampouco necessária para o tratamento da questão que ora se investiga, bastando a exposição desse princípio geral.

Em um escrow-alternativa, o Depositante permanece plenamente responsável pelo cumprimento da dívida principal, se o Beneficiário não conseguir satisfazer seu crédito com a pretensão à entrega dirigida contra o agente escrow. O risco, portanto, permanece com o Depositante até que a entrega do bem seja concluída. Se o agente escrow não entregar, o Depositante deve pagar diretamente ao Beneficiário, a despeito de já ter entregue um objeto idêntico ao agente escrow. Após o pagamento direto, o Depositante adquire a pretensão à entrega contra o agente escrow e pode exigir a devolução do bem. Pretensões indenizatórias se resolvem entre Depositante e agente escrow.

A situação é bastante diferente em um escrow-substituição. Como aqui a aquisição da pretensão à entrega contra o agente escrow tem efeito de adimplemento, a não entrega é um risco da parte que adquire a pretensão à entrega. Desde que uma pretensão à entrega seja

---

[712] Cf. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 229.

[713] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 90; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXXIX. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 356; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 501 seq.; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 635; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008, p. 228 seq. (para contratos bilaterais).

adquirida eficazmente, o inadimplemento pelo agente escrow não afeta a produção do efeito de adimplemento e, por conseguinte, a passagem dos riscos. Ou seja, com a passagem do objeto da prestação ao Beneficiário (isto é, com a aquisição pelo Beneficiário da pretensão à entrega contra o agente escrow), passam a ele também os riscos (lógica do art. 492 CC).

No direito brasileiro, deve-se dar atenção especial à perda do bem objeto do escrow. Esse risco é suportado pelo Depositante até a ocorrência da condição do escrow, após o que ele passa para o Beneficiário. A ocorrência ou falha da condição, portanto, determina não apenas quem assume o risco, mas também o momento da passagem do risco. As partes principais assumem o risco em iguais proporções de que o agente escrow não cumpra suas obrigações, mas não no sentido de um risco proporcional (*pro rata*), e sim no sentido de que ambas podem adquirir legitimação à entrega. Isso é justo, pois a pretensão à entrega forma o objeto da prestação do negócio principal (aqui se trata do escrow-substituição) e o Legitimado não tem nenhum direito contra a outra parte do contrato após a implementação (ou falha) da condição.

O art. 234 CC afirma que a perda da coisa antes da tradição ou antes do implemento da condição suspensiva em uma obrigação de dar coisa certa resolve a obrigação; se a perda da coisa ocorrer por culpa do devedor, então ele responde pelo equivalente mais perdas e danos. Se o devedor já tiver recebido a contraprestação, ele não precisa cumprir sua própria prestação devido à perda da coisa, mas fica responsável por restituir a contraprestação. Caso contrário, ele se enriqueceria sem causa.[714] Isso cria uma situação peculiar no âmbito de um contrato escrow, pois o agente escrow não precisa oferecer nenhuma contraprestação pela posse ou propriedade sobre o bem. Em regra, ele recebe apenas uma taxa em troca dos serviços de administração dos interesses das partes principais. Nada obstante, ele é obrigado a entregar a posse ou a propriedade do bem, tendo em vista que a recebe previamente do Depositante. Uma certa reciprocidade entre o recebimento do bem e o seu repasse ou devolução é inegável, ou seja, o recebimento do bem equivale a receber uma contraprestação para os fins do art. 234 CC.

Com base nessas considerações, deve-se fazer uma distinção entre quatro subcasos no escrow-substituição envolvendo uma obrigação de dar coisa certa. Se (1) se a condição não se implementar e o bem objeto do escrow se perder antes da falha da condição, o agente escrow só precisa restituir ao Depositante o equivalente eventualmente acrescido de perdas e danos, pois não existirá mais a obrigação de restituir o exato bem (perda do bem no período

[714] Cf. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XI. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979, p. 35; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 160.

interimístico). Se (2) a perda do bem ocorrer após a falha da condição, a situação deverá ser resolvida da mesma forma que (1) acima. Se (3) a condição se cumprir após a perda do bem, então o efeito de cumprimento não se irradiará, já que o Beneficiário não pode ser forçado a aceitar uma prestação diversa da que lhe é devida (art. 313 CC). Nesse caso, o Beneficiário ainda poderia adquirir uma pretensão contra o agente escrow, contudo de conteúdo diverso, pois o agente escrow só estaria obrigado a fornecer o equivalente e não um bem idêntico ao da dívida principal. Como se trata aqui de uma obrigação com *facultas* alternativa, a obrigação deveria ser extinta se a execução da prestação se tornar supervenientemente impossível[715] – o devedor tem o poder de substituir a prestação, mas não é obrigado a fazê-lo, e o credor não pode exigir a outra prestação. O Beneficiário pode, consequentemente, resolver o negócio principal por inadimplemento, admitindo-se que os demais requisitos sejam atendidos, mas não pode forçar o Depositante ao pagamento da dívida principal: a perda do bem também extingue a dívida primária do Depositante no negócio principal, nos termos do art. 234 CC. Finalmente, na situação (4), o bem objeto do escrow se perde depois da implementação da condição. Aqui, o efeito de cumprimento se irradia, porque o Beneficiário adquire uma pretensão eficaz a exigir a entrega do agente escrow tendo igual conteúdo à dívida principal, mas ele só pode exigir do agente escrow o equivalente e eventuais perdas e danos.

A situação mais propensa a gerar disputas é a número (3) acima e pode ser ilustrada com um exemplo. Em uma compra de imóvel, acordam as partes que as chaves serão depositadas junto a um agente escrow e encaminhadas ao comprador contra o pagamento do preço. A única condição para a entrega é o pagamento do preço, sendo que o comprador deve fazer a transferência bancária e apresentar o recibo correspondente ao agente escrow para poder retirar as chaves. O vendedor entrega as chaves ao agente escrow no mesmo dia de conclusão do contrato, mas elas se perdem no dia seguinte devido a um incêndio no escritório do agente escrow, do qual as partes principais não tomam conhecimento. Seguindo o contrato, o comprador efetua a transferência bancária uma semana depois, apresenta o recibo ao agente escrow e só então fica sabendo da destruição das chaves. Se as chaves puderem ser substituídas por outras de mesmo tipo, então o efeito de adimplemento se produz, o comprador só pode exigir novas chaves do agente escrow e o vendedor fica liberado de sua obrigação. No entanto, se as chaves forem tão únicas que não possam ser substituídas, devendo ser trocadas as portas por completo, então o efeito de adimplemento não se produz e o comprador poderá eventualmente resolver o contrato de compra e venda, se preenchidos os requisitos. O vendedor mantém a pretensão a receber o

[715] Vide *supra* cap. II.6.3.2.2.1.

equivalente do agente escrow.

Se a obrigação for de dar coisa incerta, nos termos do art. 243 CC, o depósito perante o agente escrow funciona como concentração do objeto da prestação e a entrega se rege pelos termos da obrigação de dar coisa certa (art. 245 CC). Como geralmente se trata de bens fungíveis (exemplo: dinheiro), a perda do bem depositado em escrow implica a prestação do equivalente, que pode ser até mesmo *in natura*, mais eventuais perdas e danos. Ao fim e ao cabo, o agente escrow continua podendo entregar bens de mesmo gênero, qualidade e quantidade ao Legitimado, de modo que não se aplica ao caso o art. 313 CC – afinal, a obrigação de entrega do agente escrow teria por objeto uma prestação de mesmo conteúdo. Logo, com a realização da condição, o Beneficiário adquire pretensão a uma prestação de entrega apta a satisfazer seu interesse e o efeito de adimplemento se produz. Apenas se não for possível, por alguma razão, exigir a indenização *in natura*, não se poderá considerar que o Beneficiário adquire pretensão a uma prestação de igual conteúdo. Neste último caso, o efeito de adimplemento não se produz e a situação se regula como nos itens (3) e (4) acima, ou (1) e (2) caso falhe a condição.

II.6.3.3. Conclusão

Tanto na Alemanha quanto no Brasil, o efeito de adimplemento depende da formatação do contrato escrow como um escrow-substituição ou escrow-alternativa. O escrow-substituição representa na Alemanha uma autorização para substituição (*Ersetzungsbefugnis*) e uma obrigação com *facultas* alternativa no Brasil, porque a própria pretensão à entrega forma o objeto da prestação do negócio principal, cuja aquisição satisfaz o interesse do credor à prestação. O Depositante pode substituir essa prestação pelo pagamento direto ao Beneficiário. O escrow-alternativa, por outro lado, deve ser qualificado como uma dação *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber*) na Alemanha e no Brasil. Aqui, a pretensão à entrega é apenas uma possibilidade adicional de satisfação para o Beneficiário, a qual deve ser buscada em caráter prioritário frente à dívida principal, mas a dívida principal continua sendo a única prestação devida. Nos contratos escrow-substituição, o efeito de cumprimento se produz junto com a ocorrência (ou falha) da condição; nos contrato escrow-alternativa, somente a entrega efetiva do bem possui efeito de cumprimento da dívida principal.

A distribuição dos riscos em contratos escrow brasileiros, sobretudo o risco de inadimplemento pelo agente escrow, depende do momento em que se produz o efeito de cumprimento. Em escrows-alternativa, esse risco fica sempre com o Depositante, porque o Beneficiário pode tomar medidas contra o Depositante em caso de não entrega. O motivo da não entrega é

irrelevante. Diferentemente ocorre com os escrows-substituição. Em princípio, quem adquire a pretensão à entrega assume o risco de o agente escrow não entregar adequadamente o bem. O Depositante, porém, só se desobriga, se a pretensão à entrega englobar prestação de conteúdo igual ao da dívida principal (art. 313 CC), razão pela qual a perda do bem antes da ocorrência da condição pode obstar o efeito de adimplemento, se o equivalente a ser prestado (art. 234 CC) pelo agente escrow nessa situação não tiver a mesma identidade que o objeto da prestação.

II.7. Relações internas do contrato escrow

A literatura divide normalmente o desenrolar da relação de escrow em três fases. Com pequenas variações, se distingue entre uma fase de depósito, uma fase de custódia e uma fase de entrega.[716] Essa divisão é didática e enfatiza a ordem cronológica das obrigações das partes durante o desenrolar da relação contratual. Entretanto, ela não enfatiza a principal característica da segunda fase, qual seja, a de que a situação jurídica das partes principais está em uma fase de suspensão entre o depósito e a entrega. A custódia ou armazenamento do bem objeto do escrow não é o mais importante durante o período de pendência. Este trabalho também adota a divisão em três fases, que serão explicadas em detalhes adiante: fase de depósito, fase de pendência e fase de entrega. Antes disso, será abordado como o contrato escrow chega à existência e quais obrigações e direitos se estendem a toda a relação.

II.7.1. Formação do contrato

II.7.1.1. Obrigação de celebrar o contrato escrow

As obrigações de concluir um contrato escrow e de depositar o bem junto ao agente escrow normalmente estão contidas na chamada "cláusula escrow" do negócio principal.[717] Embora a cláusula escrow não estabeleça necessariamente os pontos essenciais do contrato escrow, tais pontos são usualmente nela definidos. Eventualmente se inclui uma minuta do contrato escrow entre os anexos do negócio principal. Desvios do contrato escrow em relação à

[716] Assim na Suíça: EISENHUT, Stefan. **Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte**. Basiléia: Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 173 seq. De forma similar: AUER-REINSDORFF, Astrid; KAST, Christian R.; DRESSLER, Maximilian. § 38 IT in der Insolvenz, Escrow. *in*: AUER-REINSDORFF, Astrid; CONRAD, Isabell (coords.). **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, § 38, n. 61 seq. (conclusão do contrato, verificação/armazenamento e entrega); SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, cap. 5.L, n. 80 seq. (transferência física, armazenamento e entrega).

[717] Assim, por exemplo, na Suíça: EISENHUT, Stefan. **Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte**. Basiléia: Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 110; GERSTER, Stefan. **Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag**. Zurique: Schulthess, 1991, p. 32.

cláusula escrow podem ser interpretados como uma modificação da cláusula escrow e, em qualquer caso, teria de ser baseada na vontade concorde das partes principais.[718]

II.7.1.1.1. Alemanha

A cláusula escrow é essencialmente comparável ao acordo de custódia do depósito notarial,[719] o qual obriga as partes do negócio de base a apresentar as declarações necessárias para o procedimento junto ao notário.[720] O efeito essencial da cláusula escrow, como em um acordo de custódia do depósito notarial, é a modificação da pretensão ao cumprimento. Uma vez pactuada, o depositante não deve mais a entrega direta do bem ao credor no negócio de base, mas apenas ao notário.[721] O credor só pode exigir então a entrega ao notário e não mais o cumprimento direto a si mesmo.[722] Parece-nos oportuno notar que a cláusula escrow somente altera o objeto da prestação em um escrow-substituição, mas não no escrow-alternativa, pois neste último o objeto da prestação não se altera. A não conclusão do contrato escrow pode configurar violação ao dever estatuído na cláusula escrow.

II.7.1.1.2. Brasil

O conteúdo da cláusula escrow no Brasil também consiste primeiramente na conversão da obrigação do devedor no negócio principal em uma obrigação de depósito perante o agente escrow. Em um escrow-substituição, a cláusula escrow altera o objeto da prestação no negócio principal, conforme já explicado. Para isso é preciso que o contrato escrow efetivamente seja celebrado. No escrow-alternativa, ela obriga apenas a constituir a garantia, mas deixa intocada a dívida principal. Com a pactuação de uma cláusula escrow, o Depositante não precisa (embora ainda mantenha essa possibilidade consigo) pagar diretamente ao Beneficiário, mas apenas efetuar o depósito junto ao agente escrow.

A cláusula escrow não se qualifica como contrato preliminar nos termos do art. 462 CC. O contrato preliminar deve conter todas as características essenciais do contrato definitivo, com

---

[718] Na Suíça, vide EISENHUT, Stefan. **Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte**. Basiléia: Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 110.
[719] Sobre o acordo de custódia do depósito notarial, vide cap. II.4.1.2.2 acima.
[720] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BnotO, n. 26 seq.
[721] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, Vorb. § 57 BeurkG, n. 7.
[722] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 32.

exceção da forma.[723] A qualificação como contrato preliminar falha, porque o agente escrow não é parte da cláusula escrow, mas a participação de todas as partes do contrato definitivo é uma característica essencial do contrato preliminar.[724] A cláusula escrow é um negócio obrigacional que obriga as partes principais a negociar e concluir um contrato escrow com o agente escrow. Se o contrato escrow final se desviar das disposições da cláusula escrow, pode haver uma modificação da cláusula escrow ou uma violação a essa obrigação.

II.7.1.2. Forma e necessidade de depósito do bem

Conforme explanado acima, na Alemanha, os requisitos formais de um contrato coligado podem afetar toda a relação jurídica. No Brasil, a doutrina tende a ver essa possibilidade com reservas. Na sequência serão examinadas as condições sob as quais requisitos de forma podem ser afirmados para o contrato escrow. No Brasil, em particular, onde a doutrina dos contratos reais ainda é relevante para alguns contratos legalmente típicos, deve-se adentrar a questão de saber se o depósito do bem é um elemento necessário para o surgimento do contrato escrow.

II.7.1.2.1. Alemanha

Na Alemanha, vige o princípio da liberdade de forma.[725] Quando há exigência de forma, ela é, em regra, cogente[726] caso contrário, os objetivos da exigência de forma não seriam protegidos. Nada obstante, não há nenhum requisito de forma para o mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*) na Alemanha. O contrato se concluído com o simples consenso entre as partes,[727] de modo que, em princípio, não é necessário observar nenhuma forma especial para a conclusão de um contrato escrow. Excepcionalmente, características especiais do negócio principal subjacente podem exigir forma especial, por exemplo, quando for necessária a forma pública ao contrato de compra e venda de participação em uma sociedade de responsabilidade

[723] Cf. WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. Volume 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296 seq.
[724] Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 95.
[725] Cf. HERTEL, Christian. §§ 125-129 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023, § 125 BGB, n. 3; EINSELE, Dorothee. §§ 125-132 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 125 BGB, n. 1.
[726] Consulte *Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, § 44, marginal nº 3.
[727] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A27.

limitada (*GmbH*), de acordo com o § 15(4) GmbHG, e o contrato escrow puder ser interpretado como uma alteração ao contrato de compra e venda.[728]

A lei prescreve a forma escrita para o depósito notarial (§ 57(4) BeurkG), mas a aplicação por analogia das normas do depósito notarial não se justifica aqui. A forma escrita do depósito notarial se deve à natureza procedimental do depósito notarial e serve principalmente para documentar os (rigorosos) requisitos respeitantes ao conteúdo da atividade de custódia do notário. A isso se somam a facilitação da supervisão do serviço e o alto grau de certeza e clareza necessárias ao trabalho do notário.[729] O requisito de forma está intimamente ligado à função pública do notário e não pode, consequentemente, ser estendido de forma genérica aos contratos escrow.

Questão em tudo diversa é se o contrato escrow somente chega à existência depois que o agente escrow recebe o bem em depósito (doutrina dos contratos reais). Nos contratos reais, o consenso entre as partes não seria suficiente para a formação do contrato, sendo necessário também um elemento real, geralmente a entrega da coisa.[730] Essa doutrina se encontra atualmente superada, porque, devido à liberdade contratual (§ 311(1) BGB), a intenção de se vincular juridicamente já deve ser vinculante, independentemente de um elemento "real".[731] O contrato escrow é, portanto, um contrato consensual.

II.7.1.2.2. Brasil

A liberdade de forma também se aplica ao direito contratual no Brasil.[732] Somente onde a lei expressamente o exige é que uma determinada forma pode ser exigida (art. 107 CC). Requisitos de forma são sempre inafastáveis,[733] pois se as partes pudessem deles dispor, os

---

[728] Cf. TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 167.

[729] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 90 seq.

[730] Cf. HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 311 BGB, n. 36.

[731] Cf. HENSSLER, Martin. §§ 688-704 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 688 BGB, n. 4; HAASE, Richard. Ist das Darlehen ein Realvertrag? **Juristische Rundschau**, Berlim, 1975, p. 317-319, p. 318.

[732] Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 189 seq.

[733] Cf. BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 100.

objetivos buscados com a prescrição da forma não seriam atingidos. Em vista de sua natureza atípica, o contrato escrow não está vinculado a nenhuma forma, pois a lei obviamente não contém requisito especial de forma para um contrato atípico. Os contratos atípicos podem estar eventualmente englobados nos requisitos formais de categorias mais amplas. Por exemplo, a forma pública é exigida para contratos que versem sobre a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre bens imóveis de valor superior a trinta vezes o salário-mínimo (art. 108 CC). Se o objeto de um escrow-direito for um imóvel, esse requisito de forma deverá, portanto, ser observado. A Lei 8.935/94 não estipula requisito de forma para a conta escrow notarial.

Uma aplicação por analogia dos requisitos de forma ao contrato escrow deve ser rejeitada, tendo em vista o status especial de tais requisitos,[734] além de que, em vista da dicção do art. 107 CC ("senão quando a lei expressamente a exigir"), tal seria dificilmente concebível. Uma atração da forma necessária para o negócio principal ao contrato escrow com base nas normas do mandato (art. 657 CC) também seria impensável, pois ela se dirige apenas à procuração.[735] A esse respeito, a escolha da palavra mandato no art. 657 CC é enganosa, pois o legislador presumiu que o mandato e o poder de representação andariam sempre juntos. Tanto menos poderia a obrigação subordinada de custodiar uma coisa móvel em um escrow-posse atrair a forma escrita exigida para a comprovação do depósito voluntário, nos termos do art. 646 CC. Em que pese a aplicação por analogia das disposições do contrato de depósito ao contrato escrow não esteja completamente descartada, no que diz respeito à forma escrita a situação de interesses não é comparável, pois os interesses das partes principais estão no mesmo plano na relação de escrow, enquanto a exigência de forma no contrato de depósito voluntário protege principalmente o interesse do depositante. A doutrina dominante vê na forma escrita do art. 646 CC apenas um requisito *ad probationem*.[736] A lei não diz que o contrato deve ser celebrado por escrito, mas apenas que a prova dele deve ser feita por escrito. A lei, portanto, não visa a

[734] Cf. BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 100 seq.
[735] Cf. TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 63.
[736] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 473; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Depósito de ouro e pedras preciosas feito em 1878. Forma e prova do contrato de depósito. Depósito mercantil e depósito bancário. Mora do credor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 788, 2001, p. 125-134, cap. 3; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 416, 438. Alguns doutrinadores negam a existência da dicotomia *ad solemnitatem* / *ad probationem* no direito brasileiro e enxergam no art. 646 CC apenas a necessidade de o início da prova ser por escrito, mas a prova propriamente dita poderia ser feita por qualquer forma (cf. com maiores referências, LOPEZ, Teresa Ancona. Arts. 565 a 652. *in*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao código civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 412 seq.).

proteger as partes de assumirem os riscos associados ao depósito por meio da forma, já que o negócio também é eficaz sem a forma escrita. A lei impõe um certo período de reflexão antes da conclusão do contrato de depósito por meio da exigência de entrega da coisa para a formação do contrato, já que o depósito voluntário geralmente é um contrato real (ao menos quando o contrato é a título gratuito). A prova escrita pesa sobretudo para o depositário, porque ele só pode invocar o padrão de diligência mais brando do art. 629 CC, se puder provar a existência de um contrato de depósito. A exigência de prova por escrito também visa mais à proteção do depositante, porque o depositário tem de provar o contrato por escrito para poder exercer o direito de retenção dos arts. 633, 644 CC. Se o depositário não tiver sucesso na comprovação por escrito, o depositante poderia, teoricamente, até mesmo entrar com ação possessória contra o depositante. A disposição de interesses no contrato escrow é completamente diferente.

Outra questão é a exigência de entrega da coisa para a formação do contrato escrow.[737] Em contraste com a Alemanha, a categoria dos contratos reais ainda subsiste no Brasil. Nos contratos reais, a entrega da coisa que constitui objeto do contrato é requisito de existência do contrato, além do acordo de vontades.[738] Embora possam ser feitas críticas à doutrina dos contratos reais, o legislador do Código Civil tomou uma decisão consciente por estruturar alguns negócios obrigacionais típicos como contratos reais.[739] A entrega da coisa está expressamente prevista no comodato (art. 579 CC)[740] como elemento constitutivo de formação do contrato.[741]

---

[737] Afirmando essa exigência em contas escrow: KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019, p. 68.

[738] Cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35 seq.; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 90 seq.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume III. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 68 seq. Contra: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36, nota de rodapé n. 54 (a entrega da coisa é causa de nulidade).

[739] O desejo de formatar o comodato, o mútuo e o depósito como contratos reais foi expressamente mencionado pelo coordenador do Livro I (Direito das Obrigações) da Parte Especial do Código Civil nas conferências feitas na Câmara dos Deputados durante o processo legislativo (vide MASCARENHAS MENCK, José Theodoro (org.). **Código civil brasileiro no debate parlamentar – elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002**. Tomo II. p. 994, 995).

[740] Cf. com maiores referências, SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos nominados II. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 276 seq.

[741] É controverso se a doação de bens móveis de baixo valor também configura contrato real. O projeto de lei original previa expressamente que a doação apenas obriga o doador a transferir a propriedade gratuitamente ("se obriga a transferir do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra"). No entanto, essa disposição foi alterada na Câmara dos Deputados graças às emendas n. 414, 415 e 416 para a redação atual, segundo a qual a doação transfere diretamente os bens ou benefícios. A doutrina provavelmente majoritária continua a entender a doação como um contrato consensual (cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos nominados II. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em**

Também no mútuo (art. 586 CC)[742] e no depósito (art. 627 CC)[743] se sói reconhecer a natureza real do contrato. A entrega da coisa não é prevista com todas as letras no texto da lei quanto aos dois últimos tipos de contrato, mas é por ela pressuposta. Isso se explica pela redação da lei: o Código Civil conceitua a maioria dos tipos de contrato citando as principais obrigações das partes, mas isso não acontece no comodato, no mútuo e no depósito.

Como os contratos reais são regulados no direito brasileiro de forma esparsa, é necessário analisar, em primeiro lugar, qual é a finalidade perseguida com o requisito de entrega da coisa e, em segundo lugar, se essa lógica pode ser estendida a outros tipos de contratos, mormente o contrato escrow.

A mesma lógica que milita contra a extensão dos requisitos de forma a outros tipos de contrato pode ser usada também para justificar a não-extensão do requisito de entrega da coisa a outros contratos. Regras que restringem a liberdade contratual são uma exceção e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Onde a lei não prescreve a entrega da coisa, não há contrato real. No caso de contratos atípicos, como o escrow, o caráter real é de ser excluído já por esse motivo.

Não bastasse isso, a disposição de interesses no contrato escrow também é incompatível

---

homenagem ao professor Miguel Reale. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77 seq; ALVIM, Agostinho. **Da doação**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, § 21 seq.; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 255). Alguns autores enxergam uma exceção na doação de bens móveis de pequeno valor prevista no art. 541, parágrafo único, CC, pois, de acordo com a redação da lei, a doação deve ser feita por escrito (art. 541, *caput*, CC), mas a doação de bens móveis de pequeno valor não está sujeita à forma escrita e, portanto, também pode ser feita verbalmente, desde que a entrega da coisa ocorra de imediato ("se lhe seguir *in continenti* a tradição"). Para essa teoria, esse tipo de doação deve ser qualificado como contrato real (cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos nominados II. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 79 seq.; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 723). Parece-nos mais correto dizer que não há aí um requisito de entrega da coisa para que o contrato chegue à existência, mas sim uma facilitação do requisito de forma escrita se o adimplemento do contrato de doação, ou seja, a transferência de propriedade, ocorrer imediatamente (cf. ALVIM, Agostinho. **Da doação**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, § 38). A doação é, portanto, sempre um contrato consensual.

[742] Cf. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 391; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 240 seq.; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos nominados II. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 320 seq.; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 73 seq. (um mútuo puramente consensual seria excepcionalmente possível).

[743] Cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Arts. 565 a 652. *in*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao código civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 347; ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 465.

com o objetivo perseguido pelo requisito de realidade dos contratos reais. O objetivo do requisito de entrega da coisa é pouco estudada na doutrina brasileira, embora as críticas à teoria dos contratos reais se multipliquem facilmente. Em geral, a manutenção dessa categoria no direito brasileiro poderia ser justificada pela natureza dos contratos reais como contratos de restituição, para os quais a transferência da coisa seria primeiramente necessária.[744] No caso do mútuo, o objetivo do requisito de realidade consistiria, teoricamente, em que a entrega da coisa permitiria ao mutuante ponderar a desvantagem econômica por ele sofrida. Além disso, repugnaria à consciência social e jurídica sujeitar os bens do mutuante à execução forçada, se ele não cumprir voluntariamente o contrato.[745] Essas considerações sobre o mútuo poderiam servir como justificativa para a categoria mais ampla dos contratos reais.[746] Finalmente, de acordo com outra corrente doutrinária, a realidade de tais contratos não seria parte do suporte fático de surgimento do contrato, mas uma característica do tipo, a qual influencia apenas a sua qualificação.[747]

Essas justificativas não nos parecem ser as mais convincentes. Por um lado, o recebedor da coisa também é obrigado a restituir a coisa em outros tipos de contrato, como na locação, sem que o contrato tenha de ser real apenas por esse motivo.[748] Por outro lado, a quem entrega a coisa pode ser dado tempo de reflexão suficiente por outros meios que não intervenham tão profundamente na liberdade contratual. Requisitos de forma, por exemplo, também asseguram um certo período de reflexão sem privar as partes da possibilidade de assumir uma obrigação eficazmente por simples consenso. Por fim, a teoria de que a realidade só seria importante para a qualificação do contrato não tem base na lei, pois a própria existência do contrato é abarcada na lei.

Em vista da liberdade contratual que atualmente prevalece como regra, a doutrina

---

[744] Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 91; MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61, p. 52.

[745] Vide com ulteriores referências, MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61, p. 51. *Moraes* trata apenas da natureza real do contrato de mútuo, mas a mesma lógica pode ser estendida a todos os contratos reais.

[746] Não, porém, outras justificativas baseadas na concessão de crédito empregues por *Maria Celina Bodin de Moraes* (vide MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61, p. 52 seq.).

[747] Vide com ulteriores referências, MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61, p. 53.

[748] Essa crítica também é compartilhada por *Gomes* (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 91) e *Moraes* (MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61, p. 52).

positivada dos contratos reais, herdada do direito romano, precisa ser reinterpretada de maneira lógica. Os três contratos reais típicos são muito diferentes do ponto de vista de sua estrutura. O comodato estabelece apenas uma transferência temporária do uso, é executado predominantemente no interesse do comodatário e é sempre gratuito (art. 579 CC). No mútuo, o interesse do mutuário não necessariamente predomina, pois ele também pode ser a título oneroso, se atender aos interesses econômicos do mutuante (art. 591 CC). Em qualquer caso, o mútuo gera um acréscimo patrimonial apenas temporário para o mutuário, já que ele adquire a propriedade do bem, mas deve restituir bens do mesmo gênero, qualidade e quantidade (arts. 586, 587 CC). O único contrato real, em que os interesses de quem entrega a coisa preponderam, e não os do recebedor, é o contrato de depósito. O depósito é temporário e tem por objeto apenas a transferência da posse ao depositário.[749] A gratuidade não é característica necessária sua (art. 628 CC).

Três características fundamentais dos contratos reais podem ser derivadas desse apanhado. Em primeiro lugar, eles sempre têm uma coisa como objeto. Em segundo lugar, todos os contratos reais são gratuitos ou, pelo menos, podem ser gratuitos. Em terceiro lugar, a entrega da coisa não protege os interesses da parte que realiza tal entrega, mas da parte que oferece a sua prestação a título gratuito. Caso contrário, não haveria razão para estruturar o contrato de depósito como contrato real, já que faria pouco sentido proteger o depositante contra a satisfação de seus próprios interesses. Por outro lado, o depositário deve ser protegido de assumir uma obrigação a título gratuito com potencial de acarretar grande responsabilidade para si, por exemplo, se a coisa perecer ou se deteriorar sob sua custódia. O fato de, no comodato e no mútuo gratuito, a pessoa que entrega a coisa ser também a pessoa que presta gratuitamente confirma a regra. A decisão do legislador por manter os contratos reais no direito brasileiro provavelmente se baseia na ideia fundamental de que a pessoa que presta gratuitamente seria prejudicada, se tivesse de dar a coisa contra sua vontade em um comodato ou em um mútuo, ou receber a coisa em um contrato de depósito sem receber nada em troca.[750] Isso significa que a entrega da coisa

[749] Parte da literatura vê incorretamente o depositário como detentor (vide CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 45). Na verdade, ele é possuidor direto (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 404, 424; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 390, 402; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 881 seq.), porque ele não possui a coisa em dependência do depositante, nos termos do art. 1.198 CC. Ele possui a coisa em virtude de uma relação obrigacional que concede ao depositante o direito à restituição da coisa, como em qualquer relação de posse cindida (posse direta e indireta).

[750] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61, p. 51 seq.

em um comodato ou um mútuo deve ser voluntária; o contrato não pode ser celebrado por puro consenso, pois ele poderia criar um ônus desproporcional para a pessoa que presta gratuitamente. Ao entregar a coisa, o comodante e o mutuante já se exoneram da obrigação (e, por conseguinte de responsabilidade) no próprio ato de formação do contrato, ficando, assim protegidos. No contrato de depósito, a pessoa que presta gratuitamente tem o dever de custodiar a coisa após recebê-la, mas não é obrigada a fazê-lo até o momento da recepção. Ou seja, quando o contrato se forma, ele já estará liberado de ao menos uma de suas principais obrigações. Para além disso, a lei atribui um grau menor de vinculatividade a esses atos altruístas – o chamado "pensamento de reciprocidade" (*Consideration-Gedanke*).[751] Aquele que presta de forma gratuita está sujeito a uma responsabilidade menos rigorosa, porque sua prestação não é compensada por nenhuma contraprestação. Esse pensamento está notavelmente incorporado no direito brasileiro: o Código Civil prevê uma atenuação genérica de responsabilidade para quem presta gratuitamente em seu art. 392, segundo o qual ele só responde por dolo. O objetivo da categoria dos contratos reais parece, portanto, repousar na proteção de quem presta a título gratuito.

Poder-se-ia argumentar que o mutuante pode receber juros (art. 591 CC) e o depositário pode receber uma remuneração (art. 628 CC). Essa objeção se esvai se se distingue, dentro do tipo contratual previsto em lei, entre contratos onerosos e gratuitos. Com *Maria Celina Bodin de Moraes*, pode-se argumentar que o mútuo oneroso pode se formar por puro consenso, pois os juros contrabalanceiam a intervenção no patrimônio do mutuante.[752] Esse princípio pode ser aplicado também ao contrato de depósito. Se a atividade de custódia for compensada na outra ponta por uma remuneração, o depositário pode ser obrigado a receber a coisa. O depósito oneroso pode, portanto, ser concluído por puro consenso. Como resultado, a entrega da coisa só é necessária para a formação de contratos gratuitos, que sejam definidos como reais na lei.

A última peça do quebra-cabeça é o mandato gratuito. Para que o princípio descrito acima seja verdadeiro, é necessário explicar como o mandato gratuito que tenha por objeto a administração de uma coisa não configura contrato real. Em diversos momentos, o Código Civil é remete à possível referência do mandato a uma coisa, como nos arts. 664, 670, 671 e 681, mas não se pode inferir da redação da lei que a entrega da coisa seja um pré-requisito para que o mandato gratuito chegue à existência em tais situações. Sistematicamente isso faz sentido, dado que o mandato nem sempre apresenta vínculo com uma coisa e o mandatário tem a opção de

[751] Na Alemanha, vide GRIGOLEIT, Hans-Christoph. Unentgeltliche Verträge und Gefälligkeitsverhältnisse – die Perspektive des Haftungsrechts. **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2018, p. 769-789, p. 770.
[752] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61, p. 51 seq.

renunciar ao mandato a qualquer tempo sem justa causa, art. 682, inc. I, CC. Mesmo antes de receber a coisa pode ele renunciar, livrando-se, assim, dos riscos de manuseio da coisa de terceiro. Mesmo quando a renúncia ocorre em momento inoportuno, ela não é ineficaz, mas apenas torna o mandatário responsável por perdas e danos.[753] Assim, o mandatário não precisa ser protegido pela exigência de entrega da coisa em um mandato gratuito. Essa mesma possibilidade de renúncia a qualquer tempo não existe nos três tipos básicos de contratos reais: no depósito sem prazo, o depositário só pode devolver a coisa com "motivo plausível" (art. 635 CC), não havendo na lei a previsão de restituição a qualquer tempo pelo depositário;[754] o comodato pressupõe sempre um prazo para uso da coisa pelo comodatário, e durante esse prazo o comodante também não pode exigir a restituição da coisa sem motivo, mas deve provar uma necessidade imprevista e urgente (art. 581 CC); o mútuo também está sujeito a prazo e a lei não prevê motivo para resilição antecipada, provavelmente devido à inevitável transferência de propriedade e à fungibilidade da coisa objeto do mútuo.

A teoria dos contratos reais deve, portanto, ser limitada aos tipos de contratos para os quais a lei exige a entrega da coisa e somente se o contrato for a título gratuito. Esse não é o caso dos contratos escrow, uma vez que (1) a exigência de entrega da coisa não pode ser estendida por analogia a contratos atípicos, como o escrow, e (2) o agente escrow geralmente recebe remuneração.

II.7.1.2.3. Conclusão

O contrato escrow não está sujeito a nenhum requisito de forma na Alemanha ou no Brasil. Na Alemanha, isso se deve à liberdade de forma do contrato de mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*). No Brasil, ao contrário, isso se deve à natureza atípica do contrato escrow e à impossibilidade de aplicação por analogia dos requisitos de forma do mandato e do contrato de depósito.

A entrega da coisa também não é pré-requisito para que o contrato escrow chegue ao plano da existência. Na Alemanha, o mandato oneroso é um contrato consensual. No Brasil,

---

[753] Cf. TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 159; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 163; DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volume II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, § 527.

[754] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 421, 497; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 28.

onde a categoria dos contratos reais ainda sobrevive, tal requisito não pode ser estendido ao contrato escrow, visto que é fundamentalmente impraticável estender tal requisito a contratos atípicos. Nem mesmo por analogia isso seria possível, uma vez que a disposição de interesses no contrato escrow e nos contratos reais são essencialmente diferentes.

II.7.2. Direitos e obrigações que se estendem a toda relação

II.7.2.1. Persecução de interesses

O principal dever do agente escrow é perseguir os interesses das partes principais. Ele não é um mero custodiante do bem, mas usa sua posição jurídica ou seu poder fático sobre o bem para equilibrar os interesses conflitantes das partes principais. Em vista da estrita vinculação do agente escrow às instruções das partes principais, poder-se-ia perguntar em que medida há espaço para um dever de perseguir interesses que já não esteja coberto pelas instruções. A seguir será analisado como o conceito abstrato de persecução de interesses se concretiza no escrow e como obrigações podem surgir fora das instruções.

II.7.2.1.1. Alemanha

A persecução de interesses é o principal dever do agente escrow como mandatário oneroso[755] e, em particular, como fiduciário duplo. Ela expressa a confiança pessoal no fiduciário e não uma simples concretização da boa-fé, nos termos do § 241(2) BGB.[756]

Na *Treuhand* em geral, o dever de perseguir os interesses do mandante via de regra não é definido desde o início de forma clara. As ações exatas esperadas do fiduciário devem ser precisadas no curso da relação de *Treuhand*. Essa persecução de interesses adaptada à situação concreta caracteriza um dever-moldura genérico, dentro de cujos limites surgem deveres concretos.[757] Esses podem, por um lado, ser determinados de forma independente pelo fiduciário,

---

[755] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 675 BGB, n. A24. De forma similar: SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 662 BGB, n. 63 (persecução de interesses como "mero" dever secundário do mandatário, mas particularmente intenso no caso de uma *Treuhand*).

[756] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 662 BGB, n. 63.

[757] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 196.

mas, por outro lado, ao fiduciante sempre se resguarda o direito de emitir instruções de acordo com o § 675(1) BGB c/c § 665 BGB, porque ele deve ter fundamentalmente a opção de fazer valer seus próprios interesses.[758]

Normalmente, o fiduciante define os objetivos da persecução de interesses no próprio contrato ou em instruções gerais-abstratas. Na determinação dos deveres específicos pelo próprio fiduciário, ele deve se ater aos objetivos contidos nas instruções gerais-abstratas ou extrair tais objetivos a partir da interpretação do contrato. Nesse passo, ele possui certo grau de discricionariedade, mas deve sempre se guiar pelos objetivos e interesses do fiduciante.[759] Entretanto, as instruções específicas do fiduciante têm precedência, pois por elas se estabelecem diretamente deveres específicos para o fiduciário. Por esse motivo, dentro de certas circunstâncias o fiduciário precisa buscar obter instruções do fiduciante antes de proceder à determinação independente de seus deveres concretos.[760] O direito de emitir instruções naturalmente tem seus limites onde a instrução altera o dever-moldura do fiduciário ou quando não é de se exigir o cumprimento da instrução do fiduciário. Embora o fiduciante, como titular original do interesse, possa alterar os objetivos da persecução de interesses, ele não pode esvaziar a posição jurídica do fiduciante emitindo novas instruções, por exemplo, se as novas exigências dificultarem desproporcionalmente a obtenção da remuneração pelo fiduciário – especialmente se a *Treuhand* tiver características de empreitada, pois nesse caso o fiduciário assume o risco do não cumprimento.[761]

Em um contrato escrow, as instruções das partes principais são tipicamente bastante concretas e precisas. Como consequência, há pouca necessidade de o agente escrow concretizar o dever-moldura de perseguir interesses alheios. De fato, o cumprimento estrito das instruções concretas é a maneira por excelência de conciliar interesses conflitantes. Como os interesses das partes principais em relação ao bem objeto do escrow conflitam, pode acontecer na prática de um dever apurado pelo agente escrow ser contestado. Portanto, é aconselhável que o agente escrow busque instruções específicas e uníssonas junto às partes principais, na medida do possível. Isso não exclui por completo o caráter de moldura da persecução de interesses. Se, por

[758] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 196.
[759] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 198 seq.
[760] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 206.
[761] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 207 seq.

exemplo, o bem objeto do escrow estiver sob risco de ser danificado e as partes principais não conseguirem chegar a uma instrução em comum acordo a esse respeito, o agente escrow poderá tomar providências urgentes para preservar o bem.

Instruções conjuntas das partes principais contêm a ideia das próprias partes principais sobre como o equilíbrio de interesses pode ser melhor produzido, a qual é mais difícil de ser concebida por terceiros. Desvios em relação às instruções são, portanto, altamente indesejadas pelas partes de um contrato escrow e, nesse sentido, é difícil imaginar casos do § 665 BGB em um contrato escrow. Em outras relações de *Treuhand*, o § 665 BGB permite que o mandatário se desvie das instruções do mandante sem o seu consentimento, se isso corresponder ao que presumivelmente seria aprovado pelo mandante e se houver perigo na demora (frase 1 do § 665 BGB). Caso contrário, o mandatário deve notificar o mandante e aguardar sua decisão (frase 2 do § 665 BGB). A decisão concreta do mandate a esse respeito tem, portanto, precedência.[762] Essa norma é, em princípio, aplicável a relações de *Treuhand*, mas não parece ser apropriada ao contrato escrow. O agente escrow deve seguir as instruções estritamente e – de acordo com a jurisprudência – "de forma rigorosamente meticulosa" ("*peinlich genau*"). Um paralelo com o depósito notarial, que, nesse aspecto, apresenta disposição de interesses comparável ao contrato escrow, ajuda a justificar o princípio da inadmissibilidade de se desviar das instruções. O notário deve observar estritamente as instruções do seu incumbente. O consentimento presumido do incumbente, como no § 665 BGB, em regra não justifica desvios.[763] O BGH justificou essa abordagem em decisão amplamente reconhecida:

> A confiança no notário depende especialmente de ele lidar com as somas de dinheiro e bens de valor a ele confiados com escrupulosa correção e observar estritamente as normas de serviço a esse respeito [...] Negócios de *Treuhand* são para ambos um instrumento indispensável para execução de contratos. Rigorosa meticulosidade na *Treuhand* é, portanto, um dever fundamental do notário[764] (tradução livre).

---

[762] Cf. RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 665 BGB, n. 39.

[763] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 20, § 60 BeurkG, n. 1; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, § 27 DONot, n. 18; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 58 BeurkG, n. 25 (sem menção ao direito de desviar das instruções); WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 187; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 133.

[764] ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença NotSt (Brfg) 2/86, de 13 de outubro de 1986. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1987, p. 556 (p. 557) (no original: "*Das Vertrauen zum Notar ist in besonderem Maße davon*

De acordo com essa jurisprudência, a "rigorosa meticulosidade" está ligada à confiança depositada no notário. Essa regra se aplica tanto às instruções unilaterais quanto às multilaterais, sendo que estas últimas também representam uma manifestação especial da imparcialidade do notário.[765] Ele não tem margem de discricionariedade na execução da ordem de custódia (*Verwahrungsanweisung*).[766] Para que o notário possa seguir essa regra ao processar o depósito notarial, uma formulação clara das instruções é, por óbvio, indispensável.[767] A esse respeito, um desvio por parte do notário em relação às instruções poderia configurar violação grave de seus deveres oficiais.[768] Por isso, o notário deve esclarecer a situação com o fiduciante quando

abhängig, dass er die ihm anver-trauten Geldbeträge und Wertsachen mit peinlicher Korrektheit behandelt und die hierüber erlassenen Dienstvorschriften genau befolgt […] Für beide sind Treuhandgeschäfte ein unentbehrliches Instrument der Vertragsabwicklung. Peinliche Genauigkeit bei Treuhandgeschäften ist für den Notar daher eine grundlegende Pflicht"). O princípio do cumprimento "rigorosamente meticuloso" das instruções foi repetido várias vezes na jurisprudência. Veja-se, por exemplo, HERTEL, Christian. Grundsätzlich wörtliche Befolgung der Verwahrungsanweisung: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2000 – IX ZR 41/99. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 2001, p. 856-862, p. 857; KEMP, Peter. Notarrecht – „Sicherstellung" als Treuhandauflage: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.05.2003 – III ZR 294/02 **Rheinische Notar-Zeitschrift**, Munique, 2003, p. 402-406. Essa afirmativa também recebeu boa acolhida na doutrina, veja-se, por exemplo, BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 634; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, § 27 DONot, n. 18. Mesmo antes dessa conhecida decisão, o BGH já havia imposto ao notário o cumprimento estrito das instruções, cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 176/76 do VI Senado Civil, de 22 de novembro de 1977. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1978, p. 373 (p. 374).

[765] Cf. REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 227.

[766] Cf. BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 634; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, § 27 DONot, n. 18; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 41.

[767] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 40 seq. ("As instruções devem ser formuladas de forma tão clara que nem sequer surjam questões de interpretação").

[768] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 187; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 20.

o conteúdo de uma instrução não estiver claro.[769_770]

No contrato escrow, é preciso tomar por base a independência do agente escrow e a maneira peculiar pela qual o equilíbrio de interesses é produzido. As instruções fornecem ao agente escrow a maneira exata de alcançar esse equilíbrio. Se ele delas se desviar, o equilíbrio não estará mais garantido. Embora o agente escrow não esteja sujeito aos mesmos deveres oficiais estritos de um notário, o princípio da observância "rigorosamente meticulosa" das instruções pode ser aplicado integralmente ao contrato escrow.

II.7.2.1.2. Brasil

No que diz respeito ao dever de perseguir os interesses das partes principais, o contrato escrow, como negócio fiduciário duplo, não difere essencialmente do contrato de mandato. Os princípios jurídicos desenvolvidos no contexto do mandato também podem ser aplicados de forma correspondente no contexto do contrato escrow. A peculiaridade mais relevante do contrato escrow nesse aspecto é o equilíbrio de interesses por meio do cumprimento estrito das instruções.

É geralmente aceito que a prática de atos e a administração de interesses em um mandato, conforme art. 653 CC, incluem tanto a conclusão de negócios jurídicos quanto a prática de atos materiais.[771_772] Os poderes do mandatário abrangem todos os atos necessárias para

---

[769] Vide ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença NotSt(Brfg) 2/14, de 16 de março de 2015. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2015, p. 545 (p. 547); HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 58 BeurkG, n. 25a seq.; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 219/10 do V Senado Civil, de 20 de janeiro de 2011. **Rheinische Notar-Zeitschrift**, 2011, p. 326. De forma similar: MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 42.

[770] Com apoio em *Hertel*, no entanto, quatro grupos de casos podem ser diferenciados, nos quais o notário poderia se desviar do significado literal das instruções, a saber: no caso de *falsa demonstratio*, na hipótese de instruções ambíguas ou incompletas, quando haja mudança subsequente nos requisitos legais ou factuais (por exemplo, extinção da necessidade de uma permissão de terceiros) e no caso de envolvimento em transações com fins ilícitos ou desleais, de acordo com o atual § 61 BeurkG (HERTEL, Christian. Grundsätzlich wörtliche Befolgung der Verwahrungsanweisung: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2000 – IX ZR 41/99. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 2001, p. 856-862, p. 860 seq.).

[771] Cf. GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 426; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 134. De forma similar: MARMITT, Arnaldo. **Mandato**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 179.

[772] A possibilidade de o mandatário também realizar atos meramente materiais mostra como foi infeliz a decisão do legislador de atrelar a administração de interesses ao poder de representação. Por que precisaria o mandatário

atingir o fim almejado.[773] O mandatário não está totalmente livre para decidir a melhor forma de executar os atos ou administrar os interesses que são objeto do mandato. Nesse passo, ele deve seguir as instruções do mandante. As instruções são obrigatórias no plano interno, embora não restrinjam os poderes do mandatário no plano externo.[774] O não cumprimento das instruções do mandante geralmente constitui violação do contrato.[775] Se as instruções não forem claras, o mandatário tem de esclarecer os fatos com o mandante, pois a vontade do mandante tem precedência sobre a concepção do mandatário quanto à melhor maneira de executar sua incumbência.[776]

Esses princípios do mandato não se baseiam em nenhuma disposição específica da lei, mas na estrutura geral de contratos tendo por objeto a administração de interesses de terceiros. Nenhuma analogia direta com as disposições do mandato é necessária; essas considerações são aplicáveis ao contrato escrow sem maiores dificuldades.

As partes principais emitem instruções para o agente escrow, nas quais não apenas os objetivos da administração de interesses, mas também e sobretudo as providências específicas a serem tomadas são estipuladas de forma bastante concreta e precisa. O agente escrow é obrigado a seguir estritamente essas instruções e não pode se desviar delas. O cumprimento estrito

---

ter poder de representação para realizar atos materiais? Se o contrato abranger apenas atos materiais, o contrato é atípico e as disposições sobre mandato podem ser aplicadas por analogia, conforme explicado acima. Quando, porém, o contrato de mandato incluir atos materiais e medidas que exijam poder de representação, os últimos teriam de ser enquadrados no contrato de mandato, enquanto os primeiros só poderiam ser regulados pelas disposições do mandato por analogia.

[773] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 512. Ligeiramente diferente: DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volume I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, § 224 (os poderes do mandatário determinam o fim do mandato).

[774] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 288, 292; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 112 seq.

[775] Cf. MARMITT, Arnaldo. **Mandato**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 209; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 431. Se o descumprimento das instruções gerar vantagens para o mandante, não há descumprimento contratual (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 228 seq.; ASSIS, Araken de. Contratos nominados. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 84). O STJ confundiu equivocadamente a violação de um dever com a execução negligente de um dever pelo mandatário, nos termos do art. 667 CC (vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.013/RJ da 4ª Turma, Min. Rel. Athos Gusmão Carneiro, Brasília/DF, 30 de outubro de 1989). A violação a dever do mandatário também pode ocorrer sem negligência. A diferença em termos de consequências jurídicas reside no fato de que o mandatário não responde pelos danos resultantes da violação a seus deveres, nos termos do art. 392 CC, se tiver agido com diligência. A violação a dever existe independentemente de o padrão de diligência previsto no art. 667 CC ter sido observado.

[776] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 112.

das instruções é o meio por excelência de equilibrar os interesses das partes principais. Portanto, ele não pode se desviar das instruções.

Admite-se no mandato que o mandatário possa se desviar das instruções, se elas forem prejudiciais ao adequado cumprimento do mandato.[777] Por exemplo, o mandatário pode ir contra as instruções do mandante, se, em virtude de mudanças nas circunstâncias, for possível presumir que o mandante alteraria as instruções.[778] Essa regra não se adapta ao contrato escrow. O equilíbrio de interesses é alcançado em um contrato escrow porque as partes principais sempre possuem controle completo da administração de seus interesses. O controle sobre o manuseio do bem permanece com as partes principais, o agente escrow é apenas o executor neutro das instruções correspondentes. Se as instruções não forem claras ou não cobrirem uma determinada área, o agente escrow deverá obter novas instruções das partes principais. Somente em casos residuais (por exemplo, se as partes principais não conseguirem chegar a um acordo sobre uma questão urgente), é que o agente escrow poderá proceder de acordo com sua concepção do que seria veiculado em uma instrução unânime das partes principais.

II.7.2.1.3. Conclusão

A persecução de interesses pelo agente escrow se dá principalmente pelo cumprimento estrito das instruções dadas pelas partes principais. Tanto na Alemanha quanto no Brasil, as instruções das partes principais têm precedência sobre o poder genérico do agente escrow de tomar todas as medidas necessárias para atingir os objetivos do contrato escrow. Isso não altera em nada o dever principal do agente escrow de perseguir os interesses conflitantes das partes principais e equilibrá-los. Por um lado, o cumprimento estrito das instruções é uma forma específica de buscar interesses de terceiros. Por outro lado, ao agente escrow sempre resta uma certa margem de manobra para decidir por conta própria a melhor maneira de equilibrar os interesses das partes principais para fora do que está definido nas instruções. Sempre que possível, o agente escrow deve buscar uma instrução conjunta antes de proceder de acordo com suas próprias concepções sobre a melhor maneira de alcançar o equilíbrio de interesses.

---

[777] Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 512.

[778] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 113; MARMITT, Arnaldo. **Mandato**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 210 (o autor também menciona os casos em que o mandatário excede seus poderes para praticar atos conexos aos poderes outorgados no mandato ou que sejam costumeiros de acordo com os usos do tráfico ou que tenham sido tacitamente aprovados pelo mandante. Essas situações parecem representar, na realidade, uma extensão dos poderes do mandante por meio de interpretação contratual ou uma mudança das instruções ou dos poderes).

II.7.2.2. Revogação de instruções

Em um contrato escrow, as obrigações específicas do agente escrow são estabelecidas por instruções das partes principais, as quais normalmente são definidas no momento em que o contrato é concluído. Elas preenchem o espaço de determinação de como promover a busca de interesses e minimizam a discricionariedade do fiduciário a esse respeito.[779] A outorga de instruções é comum em contratos de mandato, mas o direito a emitir instruções deve ser adaptado às peculiaridades do contrato escrow. Em especial, é preciso apurar quem pode emitir instruções e quando, bem como quando essas instruções podem ser revogadas.

II.7.2.2.1. Alemanha

A base legal para o direito de emitir instruções é o § 675 Parágrafo 1 i. V. m. § 665 BGB. Essa norma faz parte do direito contratual geral e intervém em relações fiduciárias, a menos que haja uma regra especial.[780] As instruções são comandos obrigatórios que determinam a maneira pela qual uma incumbência deve ser executada.[781] Em havendo vários mandantes de igual hierarquia (como no caso do contrato escrow), as instruções só podem ser emitidas por todos conjuntamente.[782] Se apenas os interesses do mandante estiverem envolvidos, as instruções são, em regra, livremente revogáveis; entretanto, se interesses de terceiros ou do próprio mandatário também estiverem envolvidos, as instruções são em princípio irrevogáveis.[783]

Os limites do direito a emitir instruções no âmbito de uma relação de *Treuhand* resultam naturalmente da persecução de interesses;[784] não fosse assim, o fiduciário poderia praticamente forçar unilateralmente o fiduciário a praticar atos aos quais não havia se comprometido. Um

---

[779] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 206.
[780] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 206 seq.
[781] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 665 BGB, n. 6a.
[782] Cf. RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 665 BGB, n. 15.
[783] Cf. RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 665 BGB, n. 20 seq.
[784] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 207; MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 665 BGB, n. 1 (a obrigação de seguir instruções decorre diretamente da persecução de interesses).

bom indício no contexto de um contrato escrow é a remuneração do agente escrow. Ela é acordado, no mais das vezes, com base no número e na complexidade das tarefas do agente escrow. Se a instrução alterar o conteúdo das tarefas de tal forma que o agente escrow só as aceitaria em troca de uma remuneração maior, se estará diante de uma ordem que extrapola o poder de emitir instruções.

A revogação é uma nova instrução que contradiz a anterior e, nesse sentido, constitui uma "contra-instrução".[785] A peculiar disposição de interesses em um contrato escrow exigem o desenvolvimento de regras especiais para a revogação de instruções. A solução pode ser novamente apurada voltando-se o olhar para o depósito notarial. Sob o termo "revogação" a BeurkG abrange não apenas revogações propriamente ditas, mas também qualquer alteração das incumbências atribuídas ao notário.[786] O § 60(1), (2) da BeurkG estabelece que revogações podem ser feitas unilateralmente,[787] a menos que a instrução tenha sido emitida por mais de uma parte, caso em que a revogação deve ser emitida também por todas tais partes. O critério de diferenciação é o interesse à garantia.

Se os interesses de apenas uma parte forem afetados, a instrução (e, consequentemente, também a revogação) é unilateral. Se interesses de ambas as partes forem afetados, ela será multilateral.[788] Instruções unilaterais também podem ocorrer no contexto de relações de *Treuhand* multilaterais, se a posição jurídica da outra parte não for afetada.[789] Seguindo-se essa

---

[785] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 665 BGB, n. 15.

[786] Cf. DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 9; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BnotO, n. 137; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 2; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 5 (alterações e complementações estão englobadas no § 60 BeurkG).

[787] Se, porém, a revogação afetar os interesses de terceiros para com os quais o notário tem deveres oficiais, o notário não deve respeitar a revogação (cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 60 BeurkG, n. 6; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 14; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 189).

[788] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 7; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 10, 18.

[789] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd.

teoria presumivelmente dominante, a regra de experiência poderia ser a de que o comprador pode emitir instruções unilaterais até o termo para depósito junto ao notário e o vendedor a partir da data em que os pressupostos para entrega pelo notário estão preenchidos.[790] Instruções emitidas no período entre o depósito e a prontidão para entrega são geralmente multilaterais.[791] Como resultado, a restrição a revogações unilaterais de ordens de custódia multilaterais tem como objetivo evitar que o fim de garantia seja esvaziado.[792] A fim de contornar questões de interpretação sobre os interesses afetados ou a serem protegidos, é aconselhável estipular no contrato quais instruções podem ser emitidas unilateralmente e quais multilateralmente.[793]

Uma exceção a essa regra pode ser encontrada no § 60(3), frase 1, BeurkG, o qual prevê que uma parte pode revogar sozinha uma instrução multilateral, quando a relação jurídica a ser processada por meio do depósito notarial for distratada (*aufgehoben*), ineficaz (*unwirksam*) ou tiver de ser retornada ao *statu quo ante* (*rückabwickeln*). O distrato pressupõe um contrato entre as partes do negócio de base[794] e, no mais das vezes, pode ser facilmente comprovado. Causas

---

Bundesnotarordnung Kommentar. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BnotO, n. 145; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 192; PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 180; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 10 (depende de quem é garantido pelo poder de disposição transferido ao notário).

[790] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 11, 22; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 60 BeurkG, n. 17; DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 9; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 71 seq.; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, n. 194 seq.; ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474, p. 458. Duvidando de tal regra de experiência: GRZIWOTZ, Herbert; HEINEMANN, Jörn. **Beurkundungsgesetz**. 3ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2018, § 60 BeurkG, n. 11 ("muito generalizante").

[791] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 9; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 27 seq.

[792] Cf. REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 228; PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 179 (revogação unilateral pode afetar os interesses da outra parte); KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 67, 97 (irrelevância da revogação depende da finalidade de segurança pretendida); BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 625.

[793] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 43.

[794] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 29; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit**

de ineficácia são, por exemplo, a falta de capacidade de uma das partes, impossibilidade objetiva originária e a não implementação de uma condição suspensiva.[795] O contrato deve ser retornado ao estado anterior quando há, por exemplo, um direito a resolver o contrato em razão de inadimplemento contratual e a parte titular de tal direito o exerce. A mera possibilidade de resolver não é suficiente; é preciso o exercício efetivo desse direito para os fins do § 60(3) BeurkG.[796]

Havendo causa para a revogação, o notário deve abster-se de quaisquer disposições sobre o bem custodiado de acordo com o § 60(3), frases 1, 2 BeurkG e informar as partes envolvidas. Se as partes chegam a um acordo sobre a continuidade do depósito notarial, a revogação não precisa mais ser observada e o notário deve dar sequência ao processamento do depósito notarial de acordo com a nova instrução (§ 60(3), frase 3, n. 1 BeurkG).[797] Se isso não for possível e a parte revogadora não puder provar, dentro de um prazo razoável estabelecido pelo notário, que iniciou um processo judicial para obter uma instrução unânime, então a revogação não precisa mais ser observada (§ 60(3), frase 3, n. 2 BeurkG). Se o processo judicial for iniciado dentro do prazo e o litígio chegar ao fim posteriormente, por exemplo, em razão da prolação de decisão final e vinculante, então a revogação também não precisa mais ser observada pelo notário (§ 60(3), frase 3, n. 3 BeurkG). Em nenhuma circunstância o notário pode ele mesmo provocar a prolação de uma decisão judicial – a parte revogadora já é forçada a tanto por meio da assinação de prazo pelo notário.[798] O objetivo do procedimento previsto no § 60(3) BeurkG

NotAktVV und DONot - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 30.

[795] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 31; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 30.

[796] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BnotO, n. 153; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 32; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 25, 30.

[797] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 42.

[798] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 37.

é assegurar que o depósito notarial não seja obstaculizado de forma permanente.[799] O notário deve manter o bem sob sua custódia nesse meio tempo. O § 60(4) BeurkG permite que essa norma seja complementada ou afastada pela vontade das partes.[800] A pactuação de um direito de resolução (*Rücktrittsrecht*) e a exclusão do direito de revogar instruções é, assim, possível.[801]

Dificuldades surgem para o notário durante a verificação quanto a se há uma das causas de revogação. Em princípio, o notário não precisa conduzir uma análise exauriente da causa. Comumente fala-se de uma análise de plausibilidade: basta que a revogação pareça possível na exposição da causa feita pela parte revogadora. Em outras palavras, é suficiente que os fatos expostos – supondo-se que sejam verdadeiros – conduzam a uma revogação que o notário tenha de observar.[802] Se da própria exposição da parte revogadora transparecer que não há causa para revogação (por exemplo, se invocar exceções que não afetem a validade do negócio subjacente, como vícios de objeto e do direito (*Gewährleistungsrechte*), exceção de contrato não cumprido (*Zurückbehaltungsrecht*), compensação *etc*.), o notário não precisa observar a revogação da instrução.[803] Em casos de dúvida, o notário deve suspender a entrega do bem.[804]

---

[799] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 203; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 43; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 35.

[800] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 60 BeurkG, n. 28; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 208.

[801] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 47.

[802] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 26 seq.; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 27. De acordo com uma opinião similar, a parte revogadora teria de elencar os fatos que, deixassem ao menos transparecer a possibilidade de revogação: HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 60 BeurkG, n. 21; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BnotO, n. 155.

[803] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 60 BeurkG, n. 21; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 201.

[804] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag,

As normas sobre a revogação de instruções no depósito notarial refletem o equilíbrio de interesses das partes de forma bastante ponderada em vista do fim de garantia.[805] Embora deveres oficiais do notário estejam envolvidos na regra do § 60 BeurkG, as mesmas conclusões podem ser derivadas do fim de garantia do contrato escrow. Esse regramento é uma emanação da posição do notário como fiduciário independente que equilibra interesses conflitantes.[806] Consequentemente, o contrato escrow é regido pelo princípio de que as instruções – em analogia com o depósito notarial – só podem ser alteradas ou revogadas por todas as partes principais em conjunto, a menos que o interesse da outra parte na garantia não seja afetado. Em caso de distrato, ineficácia ou desfazimento do negócio de base, a instrução pode ser revogada unilateralmente, com as consequências do § 60(3) BeurkG. Se as partes principais não estiverem de acordo quanto a uma instrução, o agente escrow deverá custodiar o bem de forma segura e independente até que a disputa se resolva. Para distinguir a mera possibilidade de revogar da intenção séria de revogar, assim como para criar clareza, o agente escrow pode definir um prazo adequado para propositura de medidas judiciais.

Recomenda-se que as partes principais regulem no contrato escrow os casos em que o agente escrow deve observar revogações unilaterais ou alterações de instruções. O distrato, a ineficácia e o retorno do negócio de base ao estado anterior do § 60(3) BeurkG não levam em consideração todas as formatações fáticas possíveis. Em escrows multidirecionais, por exemplo, o mesmo bem serve para garantir diferentes créditos e as partes principais usam o contrato escrow tipicamente para consumar reduções de preço, compensações *etc*. Nos casos em que o contrato não contém regra correspondente, pode-se recorrer ao § 60(3) BeurkG.

Uma outra questão é a partir de que momento a instrução em um contrato escrow pode

---

2004, § 201 (em havendo "a mais leve dúvida"); ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 35 (também no caso da "mais leve dúvida"); WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 37 (apenas quando a causa da revogação claramente não estiver presente pode o notário proceder à entrega); MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 27, 29.

[805] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 177 seq. (as regras da BeurkG – na época ainda projeto de lei – levam em conta o fim (de garantia) do depósito notarial).

[806] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 37 (o procedimento do § 60(3) BeurkG permite que o notário cumpra seu dever de neutralidade).

ser revogada unilateralmente. Embora a regra de experiência mencionada acima explique o poder de revogar, ela não leva em conta suficientemente a natureza do efeito de adimplemento em contratos escrow.[807] Na verdade, em escrows-alternativa, nos quais o Depositante assume o risco de perturbações no cumprimento do contrato até o momento da entrega, somente revogações multilaterais devem ser aceitas entre o termo para depósito junto ao agente escrow e a completa consumação da entrega do bem, admitindo-se que a condição do escrow se implemente. Caso contrário, o Depositante poderia ser afetado por revogações unilaterais do Beneficiário antes de se liberar do risco de perturbações no contrato escrow.[808] Isso se ilustra com o exemplo a seguir: após a implementação da condição, o Beneficiário instrui o agente escrow a não transferir o valor depositado em escrow imediatamente, mas a alocá-lo em um fundo de ações de alto risco até que uma sociedade-filha sua em fase de constituição seja registrada no registro do comércio (*Handelsregister*), após o que a transferência deve ser feita diretamente à sociedade-filha. Se o fundo de ações sofrer perdas nesse meio tempo, o valor restante poderá não cobrir totalmente o preço de compra. Isso ocorreria em prejuízo do Depositante, já que ele assume os riscos até o momento da entrega. Para evitar tais situações, o Beneficiário não deve poder postergar a data da entrega ou alterar o tipo de investimento sem o consentimento do Depositante. A situação é inversa no caso de escrows-substituição, pois, aqui, no momento da prontidão para a entrega já se produz o efeito de adimplemento da obrigação do Depositante e, logo, ocorre a passagem dos riscos, se a condição se implementar. Aqui as revogações unilaterais devem ser aceitas a partir do momento da prontidão para a entrega, pois a posição legal do Depositante não pode mais ser prejudicada. Em caso de falha da condição, o Beneficiário não terá mais interesse no bem objeto do escrow e o Depositante poderá revogar unilateralmente as instruções.

II.7.2.2.2. Brasil

No contrato de mandato, as instruções são comandos do mandante que especificam o modo de execução da sua incumbência. As instruções afetam apenas o plano interno da relação

[807] Para esse tópico, veja-se acima cap. II.6.3.1.

[808] Com razão GRZIWOTZ, Herbert; HEINEMANN, Jörn. **Beurkundungsgesetz**. 3ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2018, § 60 BeurkG, n. 11 (relativamente ao depósito notarial): "Se a entrega produz o efeito de adimplemento, o vendedor não pode e não tem direito a mudar qualquer coisa por meio de instrução unilateral; a esse respeito, existirá ainda uma instrução multilateral que só pode ser revogada em conjunto" (tradução livre) (no original: "*Geht es bei der Auszahlung um die Erfüllungswirkung, so kann und darf der Verkäufer nicht durch eine einseitige Anweisung hieran etwas ändern; insoweit liegt weiterhin eine mehrseitige Anweisung vor, die nur einheitlich widerrufen werden kann*").

entre o mandatário e o mandante.[809] Como regra, a inobservância de uma instrução não tem impacto sobre a relação do mandante com o terceiro afetado pelas ações do mandatário. Os poderes do mandatário diferem das instruções, pois dizem respeito apenas à extensão em que o mandatário pode praticar ações com efeito vinculante para a esfera jurídica do mandante.[810]

A revogação de instruções[811] é pouco pesquisada na doutrina brasileira. Entretanto, o correto tratamento dessa questão é de crucial importância nas situações em que há vários mandantes e não há consenso entre eles sobre a revogação de uma instrução. A questão ganha ainda mais relevância quando os mandantes têm interesses conflitantes, como no caso de um contrato escrow. A lógica impõe que uma parte não possa revogar unilateralmente instruções que afetem os interesses da outra parte. Os interesses do mandatário também devem ser levados em consideração. Não é de se exigir que ele siga todas as revogações de instruções, pois isso poderia dificultar o desempenho de suas atividades. Revogações unilaterais são, assim, permitidas apenas quando nem os interesses da outra parte nem os do mandatário forem afetados.

A possibilidade, em princípio, de se revogar uma instrução pode ser reconduzida à subordinação dos interesses do mandatário aos interesses do mandante, sendo que a genérica impossibilidade de revogar uma instrução que prejudique os interesses da outra parte do contrato emerge da peculiar conformação de interesses nas situações em que existem vários mandantes. Essa norma geral aplicável ao mandato pode ser estendida ao contrato escrow.

Em regra, as instruções podem ser revogadas unilateralmente pelo Depositante até o termo da obrigação de depositar o bem junto ao agente escrow, uma vez que os interesses da outra parte principal não são afetados. Se, por exemplo, o preço de compra for depositado antes do vencimento, o Depositante poderá instruir a realização de investimentos diferentes daqueles acordados no contrato escrow até a data originalmente acordada para efetivação do depósito. Todos os rendimentos obtidos até esse momento pertencem ao Depositante. Se o investimento resultar em perdas e o valor depositado não bastar para cobrir o preço de compra, o Depositante deverá depositar a diferença. A partir do termo para o depósito, o agente escrow deve seguir as instruções acordadas em conjunto.

Após a irradiação do efeito de adimplemento (conforme se trate de um escrow-substituição ou escrow-alternativa, ele se irradia quando da aquisição da pretensão à entrega ou da

[809] Cf. TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85.
[810] Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volume I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, § 133.
[811] Doravante, o vocábulo "revogação" incluirá também alterações das instruções.

entrega efetiva) ou, ao menos, após a passagem dos riscos para o Beneficiário (se, por convenção das partes, a passagem não coincidir com o efeito de cumprimento), o Beneficiário pode revogar as instruções unilateralmente, na generalidade dos casos, porque apenas o interesse do próprio Beneficiário estaria envolvido. Se a condição não se implementar, o Depositante pode revogar unilateralmente as instruções, pois o Beneficiário não terá mais interesse no bem.

No período entre o vencimento da obrigação de depositar e a irradiação do efeito de adimplemento, qualquer revogação de instruções tem impacto direto sobre os interesses de ambas as partes principais. Dessa forma, apenas instruções ou revogações conjuntas são admissíveis. Ao contrário do direito alemão, no qual a revogação unilateral de instruções é possível nos casos especificados no § 60(3) BeurkG, essa opção não existe no direito brasileiro.

Deve-se enfatizar que, se o negócio principal for ineficaz ou for extinto, o bem objeto do escrow deverá ser restituído, conforme explicado acima (cap. II.6.1.2). Isso não deve ser confundido com a revogação de instruções. As instruções podem dizer respeito a qualquer medida a ser tomada pelo agente escrow, como investimentos a serem realizados com o bem durante a fase de pendência ou medidas de segurança necessárias para custódia do bem objeto do escrow. Várias instruções soem ser emitidas em uma relação de escrow. A condição do escrow é apenas a condição para eficácia de uma instrução específica, qual seja, a instrução para repasse ou devolução do bem. O fato de a coligação contratual influenciar a instrução relativa ao repasse ou devolução do bem não implica uma autorização mais ampla do Depositante para revogar todas as instruções, se o negócio principal se tornar ineficaz ou for extinto. O Depositante só poderia afirmar indiretamente que, nesse caso, ele passa a ser a única parte interessada no manuseio do bem devido à perda da necessidade de garantir o negócio principal (mas não devido ao efeito de adimplemento) e que, portanto, poderia revogar as instruções. Contrariamente ao direito alemão, no qual o direito de revogar instruções é uma consequência direta do distrato, ineficácia ou retorno do negócio principal ao estado anterior, no Brasil ele deve ser construído como uma consequência jurídica da pretensão do Depositante ao bem em virtude de ineficácia ou extinção do negócio principal. Somente o Depositante pode, nesse caso, revogar a instrução no Brasil, ao passo que o círculo de partes autorizadas a tanto na Alemanha pode ser mais amplo.

II.7.2.2.3. Conclusão

A possibilidade de revogação unilateral das instruções é uma questão essencial do contrato escrow. O sistema jurídico alemão fornece uma base adequada para analogia com o

depósito notarial, enquanto no direito brasileiro é preciso recorrer aos princípios jurídicos gerais decorrentes da administração de interesses alheios. Os resultados são parcialmente semelhantes, a despeito disso. Somente quando os interesses das outras partes contratantes não são afetados, pode-se revogar instruções unilateralmente. O Depositante pode revogar instruções unilateralmente antes do termo para depósito junto ao agente escrow, enquanto o Beneficiário pode revogar instruções unilateralmente após a irradiação do efeito de adimplemento. Na fase de pendência, a revogação precisa ser multilateral, com a exceção de que, no direito alemão, ela também pode ser emitida unilateralmente em caso de distrato, ineficácia ou retorno do negócio principal ao estado anterior, § 60(3) BeurkG por analogia. Essa exceção não existe no Brasil, mas um resultado semelhante pode ser alcançado indiretamente nos casos de ineficácia ou extinção do negócio principal, já que o Depositante se torna o Legitimado e, portanto, seria o único com interesse no bem objeto do escrow.

II.7.2.3. Remuneração do agente escrow

É de se esperar que o agente escrow seja remunerado pelo desempenho de suas atividades. O montante e o vencimento da sua remuneração geralmente são expressamente estipulados no contrato.[812] Quem responde pelo pagamento da remuneração e se a pretensão à entrega pode ser compensada com a remuneração do agente escrow, são questões controversas. Uma responsabilidade solidária das partes principais pela remuneração e a possibilidade de compensá-la seria mais favorável para o agente escrow. Em contrapartida, as partes principais tipicamente querem responder apenas proporcionalmente pela remuneração.

Nesse capítulo será analisado, em primeiro lugar, quem deve pagar a remuneração do agente escrow quando o contrato não contiver nenhuma disposição sobre esse aspecto e, em segundo lugar, se o agente escrow pode compensar sua remuneração com a pretensão à entrega do bem.

II.7.2.3.1. Alemanha

Tendo em vista a natureza do escrow como *Treuhand* com características de empreitada, a pretensão à remuneração pode ser derivada do § 632(1) BGB se, em vista das circunstâncias,

[812] Veja-se, por exemplo, os modelos de contrato em HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische ebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, p. 315; TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 170 seq.

a assunção da posição de fiduciário só puder ser esperada em troca de uma remuneração.

II.7.2.3.1.1. Responsabilidade solidária

Se o contrato escrow não contiver nenhuma disposição relativa ao pagamento da remuneração, então a remuneração deve ser tomada em um contrato escrow trilateral, nos termos do § 427 BGB, como uma obrigação solidária (*Gesamtschuld*), segundo a definição desta última contida no § 421 BGB e seguintes. Em uma obrigação solidária, o credor pode exigir o pagamento de qualquer dentre vários devedores, porém uma única vez (§ 421 BGB). O cumprimento por um dos devedores libera os outros devedores solidários (§ 422(1) BGB).[813] A obrigação solidária difere da obrigação divisível (*Teilschuld*), porque os devedores nesta última têm dívidas independentes, de modo que cada um é obrigado a cumprir apenas a parte que lhe cabe da dívida (§ 420 BGB). As obrigações divisíveis se baseiam, nada obstante, em uma única relação obrigacional. A obrigação divisível pressupõe, outrossim, uma prestação divisível.[814] A obrigação solidária se distingue ainda da obrigação em mão comum (*Schuldnergemeinschaft*), porque nessa hipótese da pluralidade de devedores nenhum devedor sozinho consegue oferecer a prestação por inteiro, devendo essa ser oferecida por todos conjuntamente.[815]

O § 427 BGB contém uma regra de interpretação,[816] segundo a qual, caso mais de um devedor se obrigue a uma prestação divisível, então em caso de dúvida todos respondem solidariamente, desde que a obrigação seja assumida conjuntamente por contrato. A declaração negocial dos devedores deve formar subjetivamente uma unidade, ou seja, os devedores devem estar cientes da obrigação dos demais de satisfazer o mesmo interesse do credor ou, pelo menos, devem contar com isso.[817] Todas essas condições estão presentes no contrato escrow cuja remuneração seja paga em dinheiro. A prestação em dinheiro claramente representa uma prestação divisível e é estipulada em contrato. As declarações das partes principais formam uma unidade subjetiva, visto que o contrato escrow é celebrado no interesse de ambas as partes

[813] Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 48ª ed. Munique: C. H. Beck, 2024, p. 506.
[814] Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 48ª ed. Munique: C. H. Beck, 2024, p. 504.
[815] Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 48ª ed. Munique: C. H. Beck, 2024, p. 524.
[816] Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 420-432 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 427 BGB, n. 3.
[817] Cf. com maiores referências, LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 420-432 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 427 BGB, n. 9.

principais. Além disso, a remuneração satisfaz um único interesse do mesmo credor, o qual é evidentemente sabido por ambas as partes principais. Como resultado, as partes principais são solidariamente responsáveis pela remuneração do agente escrow, salvo disposição em contrário. De acordo com a o § 426(1), frase 1, BGB, as partes principais ficam obrigadas ao regresso em partes iguais entre si.

Em relações de *Treuhand* com caráter de empreitada vale, em geral, a regra de que a remuneração é devida quando da entrega da obra,[818] conforme § 641(1) BGB. Essa disposição se baseia na ideia de que o risco da remuneração é mais bem enfrentado por meio de uma obrigação com prestações simultâneas.[819] Contudo, o § 641 BGB não é cogente,[820] de modo que a remuneração por períodos de tempo também é possível em contratos escrow.

II.7.2.3.1.2. Compensação

Nas relações de *Treuhand*, em geral, o fiduciário só pode compensar um crédito (*Aktivforderung*) da relação de *Treuhand* contra dívidas suas (*Passivforderung*) que estejam em estreita relação jurídica e econômica com tal crédito, e admitindo-se que a contraparte tenha um interesse apreciável nessa restrição do círculo de créditos compensáveis.[821] A compatibilidade da compensação da remuneração com o fim de garantia pode ser ilustrada com o exemplo do item 12 das condições especiais para contas de custódia de advogados e do item 10 das condições especiais para contas de custódia notariais, nos quais a compensação com créditos do banco é expressamente permitida, desde que se não trate de créditos sem relação com a manutenção da conta de custódia.[822] Se essa lógica vale para a remuneração do banco mantenedor da conta de custódia, então também deve valer para a remuneração do agente escrow.

Os requisitos para a compensação são (1) que os objetos da prestação sejam da mesma espécie, (2) a existência de créditos mútuos entre as partes (ou seja, um crédito de quem

[818] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 259.
[819] Cf. BUSCHE, Jan. §§ 631-650 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 641 BGB, n. 2.
[820] Cf. BUSCHE, Jan. §§ 631-650 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 641 BGB, n. 12.
[821] Cf. SCHLÜTER, Martin. §§ 387-397. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 387 BGB, n. 67 com várias referências da jurisprudência.
[822] Cf. BUNTE, Hermann-Josef; ZAHRTE, Kai. **AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen Kommentar**. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, cap. XI, § 41.

compensa e uma dívida frente à contraparte da compensação,[823] (3) o vencimento e a exigibilidade do crédito da parte que compensa e (4) a efetiva possibilidade para aquele que compensa de pagar sua dívida frente à contraparte. Esses requisitos são analisados em detalhes abaixo.

No que diz respeito ao requisito (1). A compensação do valor da remuneração com uma dívida do agente escrow é, na prática, possível apenas em contratos escrow cujo objeto seja dinheiro, pois a remuneração normalmente também é pactuada também em dinheiro. O tema recorrente sobre se uma quantia em dinheiro pode ser compensada com uma pretensão a entrega de notas ou moedas de dinheiro específicas não entra em questão, pois os contratos escrow no mais das vezes não se referem a determinadas moedas ou notas, mas ao pagamento de uma quantia em dinheiro.[824]

Se o agente escrow opera uma conta escrow, pretensões obrigacionais a quantias em dinheiro existem uma no confronto da outra, e a compensação não será um problema. Se o contrato escrow é formatado de tal maneira que se disponha antecipadamente dos valores em favor do Legitimado sob condição e a remuneração do agente escrow seja devido a cada período de tempo antes mesmo da realização da condição, é questionável se a compensação pode ter lugar. O agente escrow pode ser ainda titular do valor na conta escrow (titular do direito ao saldo credor) no momento da declaração de compensação, pois a disposição só surte efeitos reais quando a condição se implementa. Mas a declaração de compensação do agente escrow poderia ser considerada uma disposição no período interimístico e, portanto, ineficaz de acordo com o § 161(1) BGB.

Quanto ao requisito (2). A existência de créditos e dívidas recíprocas poderia faltar no contrato escrow, quando a remuneração (crédito do agente escrow) não deve ser paga pela parte principal legitimada à entrega do bem (dívida do agente escrow). Esse obstáculo não se põe quando as partes principais forem solidariamente responsáveis pela remuneração, pois o agente escrow pode compensar contra um devedor solidário com efeito para os demais (§ 429(3), frase 1, c/c § 422(1), frase 2, BGB).[825] A situação é diferente se o pagamento da remuneração

---

[823] Excepcionalmente, também é possível compensar com créditos ou contra dívidas de terceiros (vide SKAMEL, Frank. §§ 387-397 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 387 BGB, n. 40 seq., 51 seq.).

[824] Cf. BIEDER, Marcus; GURSKY, Karl-Heinz. §§ 387-396 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 387 BGB, n. 115 (mais detalhadamente sobre esse tópico: loc. cit. n. 88 seq.).

[825] Cf. SCHLÜTER, Martin. §§ 387-397. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 389 BGB, n. 3.

configurar obrigação divisível das partes principais. Pode ser que apenas uma das partes principais tenha pretensão à entrega, mas a remuneração seja devida parcialmente pela outra parte principal, contra a qual não há nenhuma dívida compensável. Nesse caso, o devedor de obrigação divisível só pode compensar na medida da sua dívida,[826] ou seja, o agente escrow só pode compensar proporcionalmente contra o Legitimado. Se a remuneração (como obrigação divisível) for devida em períodos de tempo e vencer antes da data em que se determina quem é o Legitimado (ou seja, antes da prontidão para a entrega), ela poderá ser compensada a cada vencimento – limitada, porém, à quantia devida pela parte principal que tiver a menor parcela de responsabilidade pela remuneração.[827]

Quanto ao requisito (3). O vencimento e a exigibilidade do crédito de quem compensa, ou seja, da pretensão à remuneração, não apresenta grandes problemas em contratos escrow. Para atender a esse requisito, o crédito precisa nascer eficazmente e estar livre de exceções, assim como a parte que compensa deve estar em condições de exigir a prestação. Se, por exemplo, o crédito estiver prescrito, tiver sido postergado ou estiver sujeita a condição suspensiva, a compensação não poderá ser declarada, porque o devedor não estará ainda obrigado a cumpri-la.[828] Obviamente, isso depende do momento da declaração de compensação: se a remuneração for devida somente na entrega, o agente escrow precisa esperar até lá para poder compensar; se for devida a cada período de tempo, o agente escrow pode exigi-la a cada vencimento.

No que tange ao requisito (4). A dívida frente à parte contra quem se compensa deve ser "adimplível" (*erfüllbar*) para que possa ser objeto de compensação. Ou seja, ela precisa estar em condições de poder ser adimplida pelo devedor. A "adimplibilidade" da dívida não se confunde com seu vencimento. Ela não precisa ser vencida e exigível. Como regra, a dívida é adimplível assim que nasce eficazmente. Por esse motivo, a compensação com dívidas futuras, suspensivamente condicionadas e sujeitas a termo inicial (*befristet*) é normalmente rejeitada.[829]

---

[826] Cf. BIEDER, Marcus; GURSKY, Karl-Heinz. §§ 387-396 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 387 BGB, n. 22.

[827] Isso pode ser demonstrado com o seguinte exemplo. Se a remuneração for de € 100/ano e o Depositante e o Beneficiário forem responsáveis por 80% e 20%, respectivamente, então o agente escrow só poderá compensar € 20/ano. Se o Depositante adquirir a pretensão à entrega ao final da fase de pendência, o agente escrow já terá deduzido € 20 e poderá deduzir ainda € 60 da conta escrow; os € 20 restantes ele só pode exigir do Beneficiário. No caso contrário, em que o Beneficiário adquire a pretensão à entrega, o agente escrow já terá deduzido os € 20 a serem pagos pelo Beneficiário e o valor restante precisa ser cobrado do Depositante.

[828] Cf. com maiores referências SKAMEL, Frank. §§ 387-397 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 387 BGB, n. 115 seq., 119, 121 seq.

[829] Cf. maiores referências BIEDER, Marcus; GURSKY, Karl-Heinz. §§ 387-396 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred

Justamente o requisito de adimplibilidade é que falta nos contratos escrow. A dívida a ser compensada é, na verdade, a entrega do bem, a qual está sujeita a uma condição suspensiva. Em que pese a condição do contrato escrow seja estruturada de tal forma que não existam dúvidas de que a pretensão à entrega surgirá, existindo incerteza apenas com relação à pessoa que adquirirá tal pretensão, de modo que o risco de compensar contra uma dívida que pode não vir a existir não se faz presente no contrato escrow, isso não é suficiente, pois mesmo no caso de um termo inicial, o surgimento do direito em momento futuro é certo, mas o direito não nasce antes da chegada do termo, de acordo com o § 163 BGB.[830] O agente escrow não pode adimplir a obrigação de entrega antes do momento previsto para tanto, também porque esse prazo não é estabelecido em seu interesse, mas no das partes principais – um certo período de tempo precisa existir entre o depósito do bem junto ao agente escrow e a entrega ao Legitimado para permitir a ocorrência dos eventos que determinam a legitimação ao bem objeto do escrow. Se a relação de escrow for tal que o direito à remuneração só surja no momento da entrega, então a compensação pode ocorrer, pois o crédito surge juntamente com a adimplibilidade da dívida.

Em conclusão, o agente escrow só pode compensar sua remuneração com a dívida de entregar os valores sob sua custódia após ou no momento da entrega. Antes disso, ele só pode compensar se celebrar um contrato de compensação, já que a exigência de adimplibilidade da dívida pode ser negocialmente afastada.[831] A compensação ocorre, então, por meio da retenção do valor correspondente da conta escrow no momento do desembolso, o que, na vida prática equivale a pagar a si mesmo a remuneração a partir conta escrow no momento da compensação (*vom Konto entrichten*).

II.7.2.3.2. Brasil

No Brasil, presume-se o contrato de mandato gratuito se as partes não tiverem acordado uma remuneração, a menos que o mandatário execute o objeto do mandato por ofício ou profissão lucrativa, nos termos do art. 658, *caput*, CC. Essa gratuidade "natural", mas não

(red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 387 BGB, n. 168 (dívida não seria presente); com outras referências, SKAMEL, Frank. §§ 387-397 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 387 BGB, n. 129 seq. (falta de adimplibilidade).

[830] Cf. WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 163 BGB, n. 4.

[831] Cf. com maiores referências BIEDER, Marcus; GURSKY, Karl-Heinz. §§ 387-396 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, Vorb. § 387 BGB, n. 100.

"essencial", do mandato[832] parece ter suas raízes mais na gratuidade do *mandatum* romano[833] do que em uma prática negocial contemporânea[834]. A aplicabilidade do art. 658 CC a casos que envolvam a persecução de interesses sem configurar o contrato de mandato típico é dúbia e, mesmo que o art. 658 CC fosse aplicável ao contrato escrow, a gratuidade não poderia ser presumida. Os usos do tráfico não permitem tal presunção em contratos escrow. Ao contrário, a prática negocial aponta na direção oposta, uma vez que os agentes escrow no Brasil costumam exercer a atividade de persecução de interesses por ofício e são remunerados para tanto.

A remuneração do agente escrow se baseia em primeira linha pelo acordo das partes, cuja interpretação é marcada pelos usos do setor de mercado respectivo.[835] Se nenhuma norma puder ser derivada da interpretação do contrato, a questão terá de ser decidida pelos métodos reconhecidos de integração contratual, como o direito costumeiro e a boa-fé. Portanto, se ao agente escrow for devida remuneração, mas isso não estiver estipulado no contrato, não há necessidade de se recorrer ao parágrafo único do art. 658 CC por analogia.

II.7.2.3.2.1. Responsabilidade solidária

De acordo com o art. 265 CC, as obrigações solidárias não podem ser presumidas no direito brasileiro. Elas devem resultar da lei ou da vontade das partes. Em vista dessa concepção um tanto restritiva da lei, entende-se que os casos legais de obrigação solidária não podem ser estendidos por analogia.[836] A analogia com o art. 680 CC, portanto, segundo o qual em havendo pluralidade de mandantes eles são solidariamente responsáveis perante o mandatário em um mandato outorgado para negócio comum, não colhe êxito. As partes principais em um contrato

---

[832] O caráter gratuito do mandato é explicado nesses termos pela doutrina. Vide: CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 142; GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009, p. 426 seq.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 283.

[833] Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 528. Para uma visão histórica do mandato desde a época romana até sua tipificação no direito brasileiro, vide LO RÉ POUSADA, Estevan. **Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro**. 2010. Tese (doutorado em direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, *passim*.

[834] Cf. ASSIS, Araken de. Contratos nominados. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 53 (atividades altruístas tendem a ser a exceção nos dias de hoje).

[835] Cf. NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 533 (os contratos socialmente típicos são complementados pelo direito costumeiro). Algumas páginas antes, o autor afirma com razão que os usos do tráfico desempenham papel importante na interpretação do acordo das partes, mesmo quando se alcem ao plano do direito costumeiro (p. 501).

[836] Cf. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XI. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979, p. 184.

escrow somente serão solidariamente responsáveis pela remuneração do agente escrow se isso for acordado em contrato. Não sendo esse o caso, o pagamento da remuneração configura obrigação divisível (art. 257 CC).

II.7.2.3.2.2 Compensação

O agente escrow pode compensar sua remuneração com uma dívida, se ambas tiverem a mesma natureza. Esse é normalmente o caso quando o bem objeto do escrow é dinheiro. De acordo com os arts. 368 e 369 CC, dívidas compensáveis devem ser (1) líquidas, (2) de coisas fungíveis, (3) vencidas e (4) entre devedores e credores recíprocos. Supondo que se trate de dívidas de dinheiro entre o agente escrow e as partes principais, os requisitos (1) e (2) acima não apresentam qualquer dificuldade.

No que diz respeito ao vencimento (requisito 3 acima), a redação da lei precisa ser interpretada adequadamente. O objetivo da norma não reside na restrição à possibilidade de compensar, mas sim na simplificação da mecânica de adimplemento.[837] Se fosse necessário o vencimento tanto do crédito quanto da dívida de quem compensa, haveria uma incongruência no sistema. Como regra, o devedor pode cumprir a obrigação antes do vencimento, pois os prazos contratuais se presumem em favor do devedor (art. 133 CC). Apenas o credor não pode exigir o cumprimento antes do vencimento.[838] O vencimento,[839] portanto, é um requisito aplicável apenas ao crédito da parte que compensa como credor, mas não à dívida por ele devida. Para esta última, basta a "adimplibilidade".

O agente escrow deve, portanto, aguardar o vencimento da sua remuneração (crédito compensável) para poder exercer a compensação. Com relação à entrega da quantia em dinheiro

---

[837] Cf. ASSIS, Araken de. Contratos nominados. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 478 seq.

[838] Cf. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. in: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 480.

[839] É mais correto falar não sobre o vencimento, mas sobre a exigibilidade do crédito, dado que o vencimento nada mais é que um obstáculo à exigibilidade do crédito em perspectiva temporal, mas outros obstáculos podem impedir a exigibilidade, como a prescrição e a exceção de contrato não cumprido. Faz pouco sentido poder compensar um crédito vencido, mas que não pode ser exigido por outros motivos (vide MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 646 seq.; NEVARES, Ana Luiza Maia. Extinção das obrigações sem pagamento: novação, compensação, confusão e remissão (arts. 360 a 388). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 439; RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 2. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, § 125).

ao Legitimado (dívida compensável), poder-se-ia argumentar que ela não constitui dívida compensável, porque está sujeita a condição suspensiva e, portanto, não seria adimplível.[840] Se tal objeção fosse verdadeira, o obstáculo só seria removido quando da realização ou falha da condição ou, no mais tardar, quando do vencimento da obrigação de entrega do bem. Isso poderia representar um ônus desproporcional para o agente escrow quando a remuneração for paga em parcelas, ou seja, antes da entrega. Essa objeção não merece acolhida. Ela ignora que a condição do escrow afeta apenas a incerteza sobre a identidade do Legitimado, mas não a obrigação de entrega do agente escrow em si. Não há incerteza de que a entrega será devida em momento futuro. A regra do art. 131 c/c art. 133 CC fornece a resposta: o termo inicial não suspende a aquisição do direito, mas somente o seu exercício. Com *Pontes de Miranda* pode-se dizer que o art. 131 CC, apesar da redação legal imprecisa, diz respeito apenas ao nascimento de pretensões e ações, mas o direito já existe antes do termo inicial.[841] Em outras palavras, apenas o credor não pode exigir a prestação antes do termo inicial, mas isso nada diz sobre a capacidade em princípio do devedor de adimplir antes do termo inicial. Isso também está em conformidade com o art. 133 CC, segundo o qual o prazo se presume em favor do devedor. Em um contrato escrow, o prazo para a entrega não é em favor do agente escrow, mas em favor das partes principais, porque os eventos que legitimam a parte ao bem exigem um certo período de tempo para ocorrer ou deixar de ocorrer. No entanto, isso não faz diferença em um contrato escrow, pois no momento da entrega o Legitimado só receberia o valor que lhe é devido menos o que for compensado, de qualquer forma. Além disso, o Legitimado não sofreria nenhuma desvantagem por se tratar de dinheiro – ele não precisa, por exemplo, abrir espaço para receber o bem antecipadamente. Como resultado, não há nenhum obstáculo para a realização do pagamento do ponto de vista temporal. O agente escrow não pode pagar imediatamente apenas porque a pessoa do credor é indeterminada inicialmente. No entanto, isso não impede a compensação, pois ela pode ainda assim ocorrer na medida em que a incerteza sobre a pessoa do credor não é prejudicial, como será agora explicado com relação ao requisito (4) acima.

Com relação ao requisito (4), uma possível falta de reciprocidade entre crédito e dívida poderia constituir um óbice à compensação. Se, por exemplo, o Depositante for o único responsável pelo pagamento da remuneração e a condição do escrow se implementar, de modo que o

[840] Sobre a incompensabilidade de dívidas condicionais, vide MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 648; LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Volumes 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 377.

[841] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume V. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 245 seq.

Beneficiário se torne legitimado ao valor total depositado em escrow, a compensação não poderá, de fato, ocorrer.

Se as partes principais forem solidariamente responsáveis pela remuneração do agente escrow, ele sempre poderá compensar, independentemente de qual parte principal adquira legitimação à entrega. Em contraste com o BGB, o Código Civil não contém nenhuma regra sobre a possibilidade de compensação por um devedor solidário. O CC1916 (art. 1.020) afirmava essa possibilidade: um devedor solidário podia compensar contra uma dívida do credor perante outro devedor solidário até o valor de tal dívida. A lógica por trás disso é que a compensação de uma dívida de um devedor solidário tem efeito sobre todos os devedores solidários. O atual Código Civil não manteve essa regra, mas essa possibilidade de compensação permanece sob a égide do novo código.[842] Tanto o credor quanto o devedor podem ter motivos contra e a favor da compensação; o devedor, porém, não deve ser privado de nenhum meio à sua disposição para pagar a dívida. Além disso, a lógica de simplificar o processamento do adimplemento tem precedência. À guisa de conclusão, o agente escrow sempre pode compensar o valor total de sua remuneração com a dívida de entrega do bem objeto do escrow no caso de responsabilidade solidária.

Em sendo a obrigação divisível e a remuneração devida em períodos de tempo antes da ocorrência ou falha da condição, poderá ocorrer compensação, mas somente até o limite da obrigação daquele que responde pela remuneração em menor porção. Caso contrário, a parte principal responsável pela menor porção correria o risco de ser deduzida do eventual valor a ele devido uma parcela maior do que a cabível.[843] Entretanto, se a remuneração for devida somente após a determinação de quem tem pretensão ao valor em escrow (ou seja, após a realização ou falha da condição), a parcela total devida pelo Legitimado pode ser compensada.

II.7.2.3.2.3. Excurso: direito de retenção do agente escrow

O agente escrow pode exigir reembolso das despesas associadas à incumbência que lhe é atribuída. O art. 676 CC pode ser aplicado por analogia, porque essa regra não diz respeito ao poder de representação, mas apenas à administração de interesses. O reembolso das despesas apenas garante que o mandatário não seja colocado em uma posição melhor ou pior por causa

[842] Cf. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. in: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 474; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 256.
[843] Veja o exemplo na nota de rodapé 827 acima.

do mandato. Com as devidas adaptações podem também os arts. 664 e 681 CC ser aplicados por analogia.

O art. 664 CC prevê um direito geral do mandatário de reter do objeto da operação que lhe é cometida o quanto baste para pagamento do que lhe é devido em consequência do mandato, um direito de retenção, portanto. O art. 681 CC, por sua vez, confere um direito de retenção apenas em relação à coisa em posse do mandatário para reembolso das despesas por ele incorridas. Esses dispositivos são um desmembramento do art. 1.315 CC1916. A doutrina, após a entrada em vigor do atual Código Civil considera, por vezes, o art. 681 CC como mera repetição do mais abrangente art. 664 CC, ou seja, o direito de retenção sobre a coisa em posse do mandatário também poderia se basear no art. 664 CC.[844] Essa opinião não nos parece inteiramente correta. Não há disposições supérfluas na lei. Ao contrário, da sistemática da lei decorre que o âmbito de aplicação do art. 664 CC deve ser reduzido pelos casos do art. 681 CC. Esse último dispositivo pressupõe que o mandatário tenha apenas a posse, mas não a propriedade da coisa. A limitação do direito de retenção no art. 681 CC às despesas a serem reembolsadas se justifica, porque a propriedade do mandante merece maior proteção. Em todos os outros casos em que a propriedade da coisa é transferida ao mandatário aplica-se o art. 664 CC. Se, por exemplo, o preço de compra for depositado na conta do mandatário, ele poderá deduzir do preço todos os valores que lhe são devidos, tais como remuneração e reembolso de despesas. Diferentemente na hipótese em que o mandante entrega ao mandatário documentos necessários para a execução do mandato sem transferir a propriedade, caso em que o mandatário só poderá reter os documentos até o reembolso de suas despesas, mas não até o pagamento da remuneração acordada.

Em um escrow-posse, o agente escrow só pode fazer valer o direito de retenção do art. 681 CC até o limite da responsabilidade do Legitimado pelo reembolso das despesas. Caso contrário, a retenção do bem em escrow acabaria prejudicando o direito do proprietário à livre disposição do bem devido a uma dívida de terceiros. No direito brasileiro, o direito de retenção é uma exceção dilatória que, com a ameaça de privação da posse, força o devedor a pagar a dívida subjacente o mais rápido possível e, assim, configura modalidade especial de garantia

[844] Cf. ASSIS, Araken de. Contratos nominados. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116; TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 93 seq., 151.

de crédito.[845] Para cumprir essa finalidade, o crédito garantido pelo direito de retenção deve ser dirigido contra o Legitimado. Se, por exemplo, o Beneficiário for responsável por 20% de todas as despesas e a condição se implementar, o agente escrow só poderá reter o bem até se reembolsar de 20% das despesas.

No escrow-direito, o agente escrow dispõe do direito de retenção mais amplo do art. 664 CC, mas, igualmente, apenas na medida da responsabilidade do Legitimado pelos créditos cobertos pelo direito de retenção.

II.7.2.3.3 Conclusão

A Alemanha e o Brasil possuem regramentos muito diferentes no que tange à remuneração do agente escrow. Essas diferenças se refletem nas consequências jurídicas. Em ambos os países, a pactuação da remuneração pode ser derivada das circunstâncias em que o contrato é celebrado, quando não seja expressamente acordada, ou seja, quando for de se esperar tal pactuação em vista de elementos como profissão, ofício *etc*. No entanto, a responsabilidade solidária pode ser presumida na Alemanha, ao passo que, no Brasil, a responsabilidade solidária só entra em cena se inequivocamente acordada.

Na Alemanha, o agente escrow só pode compensar sua remuneração com a entrega do bem objeto do escrow se for celebrado um contrato de compensação, porque sua dívida não pode ser satisfeita antes do vencimento da entrega. Sem um contrato de compensação, ele pode compensar, no mais tardar, no momento da entrega. No Brasil, contrariamente, ele pode compensar antes da entrega, porque a incerteza sobre a pessoa do Legitimado não prejudica a possibilidade de adimplir a dívida. Por fim, o agente escrow no Brasil pode exercer o direito de retenção nos termos do art. 681 CC em um escrow-posse para reembolso de despesas, enquanto em um escrow-direito ele também pode exercer o direito de retenção do art. 664 CC em relação à sua remuneração.

II.7.3. Fase de depósito

Na fase de depósito, o Depositante deve principalmente entregar o bem ao agente escrow. Em determinados casos, essa obrigação é complementada pela inspeção do bem.

[845] Cf. SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. **O direito de retenção nas relações contratuais**. 2024. Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024, p. 195, 200, 207 seq.

II.7.3.1. Deveres de depositar e receber o bem objeto do escrow

Na fase de depósito, o Depositante efetua o depósito do bem devido no negócio principal junto ao agente do escrow no termo acordado. Medidas concretas para a realização do depósito e do recebimento do bem pelo agente escrow podem ser derivadas da natureza do bem, tarefa na qual os padrões para concretização do dever de perseguir os interesses das partes principais são de grande utilidade.

Dúvidas surgem se o Depositante não efetuar o depósito no prazo. Não seria apropriado impor uma obrigação ao agente escrow de exercer a pretensão ao depósito contra o Depositante, pois ele também busca os interesses do Depositante, em sua capacidade de fiduciário. Nada obstante, o agente escrow estará geralmente em uma posição melhor para fazê-lo, pois o depósito do bem só pode ser solicitado a ele (não ao Beneficiário).

O Depositante pode ter exceções contra o Beneficiário, tais como exceção de contrato não cumprido e compensação, as quais ele pode querer fazer valer já no momento do depósito. Isso pode se tornar problemático se essas exceções não tiverem sido replicadas no contrato escrow. O sistema de exceções deve, portanto, ser adaptado ao fim de garantia do contrato escrow. Essas questões são o assunto deste capítulo.

II.7.3.1.1. Alemanha

II.7.3.1.1.1. Pretensão ao depósito

Relativamente à obrigação de depositar, a cláusula escrow é semelhante ao acordo de custódia em um depósito notarial. Com a conclusão da cláusula escrow, o Depositante é liberado da obrigação de pagar diretamente ao Beneficiário como obrigação primária e só é obrigado ao depósito perante o agente escrow,[846] sendo que a possibilidade de uma oferta voluntária da prestação ao Beneficiário não fica excluída.[847] O Beneficiário só pode exigir o depósito junto ao agente escrow e não mais a si mesmo. Dúvidas surgem quanto a se o agente escrow também pode exigir o depósito.

Por um lado, pode-se argumentar que, como terceiro neutro, ele não deve impulsionar o

[846] No depósito notarial, veja-se SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 32; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 26.
[847] Vide cap. II.6.3.1.3.

processo que culmina no depósito do bem em escrow, se isso não estiver estipulado no contrato, dado que ele não tem interesse próprio no depósito e a exigência do depósito pelo agente escrow não resultaria em equilíbrio de interesses se nem o próprio Beneficiário o exige. Por outro lado, pode-se objetar que o depósito é parte indispensável da persecução de interesses. O mais correto, parece-nos, é o agente escrow não poder exigir o depósito, a menos que estipulado no contrato escrow. O dever de salvaguardar os interesses das partes principais em um contrato escrow é limitado pela obrigação de seguir estritamente as instruções. As partes principais não estipulam uma obrigação de contornos fluídos de perseguir interesses, mas definem de modo bastante preciso no contrato escrow como esse equilíbrio de interesses deve ser alcançado. Derivar do dever geral de perseguir interesses alheios uma autorização para exigir diretamente junto ao Depositante o depósito da coisa seria ir longe demais. Nesse sentido, o Beneficiário e o agente escrow não são credores solidários da obrigação de depósito, no sentido do § 428 BGB, porque não estão ambos autorizados a exigir a prestação.[848] A entrega do bem também produz efeitos diferentes, conforme seja feita ao agente escrow ou ao Beneficiário, o que também impede a qualificação como solidariedade entre credores:[849] se o bem é depositado junto ao agente escrow, a dívida principal não se extingue imediatamente; no entanto, ela se extinguirá se o bem for prestado ao Beneficiário diretamente.

II.7.3.1.1.2. Momento do depósito

O momento do depósito é determinado principalmente pela interpretação do contrato escrow. Devido à estrita separação entre o contrato escrow e o negócio principal, o sentido econômico do negócio principal não pode, todavia, ser levado em consideração na tarefa interpretativa. Em últimos casos, o depósito poderia ser exigido imediatamente com base no § 271(1) BGB, se a interpretação do contrato não indicar o momento do depósito. A situação é diferente, se o prazo de entrega for estipulado na cláusula escrow. Nesse caso, obviamente, deve ele ser inferido a partir da interpretação do negócio principal, até porque apenas o Beneficiário pode exigir o depósito.

---

[848] Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 420-432 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 428 BGB, n. 5 (para a solidariedade entre credores "é decisivo que *cada* credor possa exigir toda a prestação").

[849] Cf. LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 420-432 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 428 BGB, n. 6 (na solidariedade entre credores, a execução da prestação conduz à extinção de todos os créditos).

Se a eficácia do negócio principal estiver sujeita condição, o depósito não precisará estar sujeito à mesma condição. Um paralelo com o depósito notarial se oferece aqui. O depósito na conta de custódia notarial pode ser realizado mesmo que o negócio principal dependa da implementação de certos fatores de eficácia.[850] Isso porque, em princípio, o depósito junto ao notário deve ser feito quando o interesse das partes à garantia assim o exigir.[851] Se necessário, uma regra de reembolso deve ser estipulada para o caso de os fatores de eficácia não se implementarem até uma certa data.[852] Essa mesma lógica é plenamente aplicável ao escrow e se baseia no fato de que o contrato escrow é independente do negócio principal. A interpretação do contrato escrow joga luz sobre se as partes principais quiseram constituir uma garantia apenas para o caso de o negócio principal se tornar eficaz ou se trataram a garantia como necessária desde antes desse momento.

II.7.3.1.1.3. Exceções do Depositante

Como regra, o Depositante não pode levantar exceções (*Einreden* e *Einwendungen*),[853] como exceção de contrato não cumprido (*Zurückbehaltungsrecht*), compensação e redução de preço, para postergar, recusar ou alterar o depósito do bem em escrow, enquanto tais exceções não afetarem a eficácia do negócio principal. A justificativa desse princípio encontra novamente no depósito notarial um ponto de apoio. A revogação unilateral de uma instrução de uma ordem

---

[850] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 53; REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 212; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 82 (um negócio ineficaz pode impor certos efeitos às partes, entre eles o depósito na conta de custódia do notário). O depósito em uma conta de custódia do notário é devido mesmo antes da outorga da licença pelas autoridades competentes, erigida como fator de eficácia do contrato de compra e venda de um imóvel: ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 211/77 do V Senado Civil, de 6 de outubro de 1978. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1979, p. 306; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 17/98 do V Senado Civil, de 20 de novembro de 1998. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,** 1999, p. 110.

[851] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 55; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 46.

[852] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 48.

[853] As *Einreden* e *Einwendungen* do direito alemão são meios de defesa contra uma pretensão da contraparte. Enquanto uma *Einrede* não afeta a existência da pretensão, mas apenas inibe ou restringe sua exigibilidade, a *Einwendung* tem o efeito de negar a existência da pretensão, ou seja, ela impede o surgimento ou extingue uma pretensão que já tenha surgido. Vide NEUNER, Jörg. **BGB Allgemeiner Teil**. 12ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 21, n. 11, 12, 20.

de custódia (*Verwahrungsanweisung*) conjunta, conforme § 60(3), frase 1, BeurkG, só é possível nos casos de distrato, ineficácia ou reversão do negócio principal. Exceções de direito das obrigações são irrelevantes, porque não afetam a eficácia do contrato e da instrução de custódia.[854] A oposição de tais exceções poderia atrapalhar a regular execução do contrato.[855] Nesse sentido, o § 60(3), frase 1, BeurkG apenas reflete a exclusão implícita de qualquer influência de tais exceções sobre o depósito notarial; ou, mais precisamente, reflete o princípio de que o depósito notarial não serve como garantia para outras pretensões além daquelas que lograram ser replicadas nas condições do depósito notarial:

> O real motivo da irrelevância das exceções que não afetam a eficácia do contrato de compra e venda, é, portanto, que as condições do depósito são uma expressão da distribuição de riscos acordada entre as partes do contrato. O depósito notarial destina-se apenas a proteger as partes contra os riscos contidos nas condições do depósito. Seria contrário a esse caráter do contrato de depósito notarial o depositante poder posteriormente usar unilateralmente o depósito notarial para garantir riscos que não estavam incluídos nas condições de depósito acordadas.[856]

Especificamente: (1) o fim de garantia proíbe o exercício da exceção de contrato não cumprido (*Zurückbehaltungsrecht*), porque o valor deve ser depositado junto ao notário para garantir a transação;[857] (2) a compensação de um crédito do depositante com o valor a ser depositado, nos termos do § 387 BGB, também não se adequaria ao fim de garantia, porque, com o depósito notarial, as partes escolhem um tipo específico de adimplemento do crédito, que não se deixa conciliar com o adimplemento por meio de sub-rogados.[858] Deve-se dar razão a *Preuß* ao dizer que, na compensação, o credor assume o risco de inexistência da dívida contra a qual se compensa, mas, se as partes usam o depósito notarial como modalidade de garantia, elas reorganizam essa distribuição de riscos;[859] (3) o depósito na conta de custódia do notário

---

[854] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, para. 33; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 25; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 29; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 25, 196.

[855] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 34; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 22. De forma similar: KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 90, 94; ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474, p. 469 seq.

[856] KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 97.

[857] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 157 seq.

[858] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 158.

[859] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 159.

também não pode ser prejudicado pela afirmação de um direito a reduzir o montante da prestação (embasado, por exemplo, no § 437, n. 2, BGB). Pode-se alegar que a redução do montante da prestação já reduz o montante do preço de compra devido,[860] mas esse argumento ignora que a custódia pelo notário pode funcionar como garantia no período até a prolação de uma decisão quanto à justiça da redução da prestação. Se o depósito notarial for escolhido como meio de garantia do crédito, deve ser assegurado ao Beneficiário que pretensões infundadas do Depositante não frustrem o fim de garantia.

Essas considerações se baseiam no fim de segurança do depósito notarial – e não na soberania da atividade notarial – e podem, portanto, ser aplicadas no contrato escrow.

II.7.3.1.1.4. Obrigação do agente escrow de receber o bem

A obrigação do agente escrow de receber o bem é inerente ao contrato escrow. Cria-se segurança para o Beneficiário, na medida em que qualquer possibilidade do Depositante de dispor do bem é removida. Para alcançar esse estado de coisas, o agente escrow precisa se comprometer a receber o bem em escrow usando sua experiência e infraestrutura técnica.

Uma comparação com o depósito notarial pode fornecer pontos de apoio, também aqui, sobre a obrigação de receber dinheiro em custódia. Normalmente, o dinheiro é depositado diretamente na conta de custódia (§ 58(1), frase 1, BeurkG). Se, por acaso, o mandante depositar na conta comercial do notário, este último precisa transferir o valor para a conta de custódia o quanto antes.[861] Se a ordem de custódia não especificar em qual instituição bancária a conta de custódia deve ser aberta, a conta somente poderá ser aberta em instituições na circunscrição do notário ou nas circunscrições contíguas do mesmo tribunal estadual (*Oberlandesgericht*) (§ 58(2), frase1, BeurkG). O notário tem certa liberdade para escolher não a mais barata, mas a instituição bancária de sua confiança.[862] As massas patrimoniais sob sua custódia precisam ser mantidas separadamente. O notário deve criar uma conta de custódia para cada massa; contas de custódia coletivas não são permitidas (§ 58(2), frase 2, BeurkG). A separação dos dinheiros custodiados fiduciariamente frente aos valores pessoais do notário deve ser rigorosamente observada, caso contrário, o fiduciante pode perder a proteção dos valores que lhe cabem na

[860] Cf. PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 160 seq.
[861] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 110.
[862] Cf. SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 97 seq.

insolvência do notário.[863_864]

Esses dispositivos são fortemente marcados pela natureza soberana da atividade notarial e, portanto, não podem ser aplicados ao contrato escrow. No entanto, elas servem como modelo para a concretização do dever de buscar interesses alheios em contratos escrow. Na ausência de uma instrução das partes principais, o agente escrow deve tomar as medidas necessárias para assegurar a obtenção do resultado prometido – ou seja, a entrega bem-sucedida do bem –, tendo em vista a natureza do escrow de *Treuhand* com características de empreitada. Daí podem ser extraídas algumas normas para manuseio de valores em escrow. O dinheiro deve ser recebido e custodiado em uma conta segura, para o que o agente escrow pode escolher uma instituição bancária segura e na qual confie. Se o agente escrow for o próprio banco, entende-se que as partes principais quiseram abrir a conta escrow junto ao próprio agente escrow. A separação dos recursos próprios frente a recursos de terceiros também deve ser vista em contratos escrow como uma manifestação da salvaguarda de interesses alheios para, entre outras finalidades, permitir a proteção das partes principais na insolvência do agente escrow. Se o agente escrow não dispuser da opção de uma conta de custódia (*Anderkonto*), uma conta fiduciária ostensiva (*offenes Treuhandkonto*) pode ser considerada.

II.7.3.1.2. Brasil

II.7.3.1.2.1. Pretensão ao depósito

Também no Brasil a introdução do contrato escrow libera o Depositante da oferta direta da prestação ao Beneficiário como prestação primária; ele só precisa depositar o bem perante o agente escrow. O Beneficiário não pode mais exigir a prestação diretamente, mas apenas que se efetue o depósito junto ao agente escrow. O pagamento direto voluntário ao Beneficiário não resta excluído, mas não pode ser exigido pelo Beneficiário.[865]

O agente escrow não poderá exigir o depósito para si, a menos que essa autorização esteja contida em suas instruções. Como terceiro neutro, ele deve buscar os interesses das partes principais da maneira exata especificada nas suas instruções. A solicitação de depósito por ele não equilibra os interesses contrapostos das partes principais, se as partes principais não o

[863] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 58 BeurkG, n. 9 seq.

[864] Para a proteção dos dinheiros custodiados separadamente em uma *Treuhand* na insolvência, vide cap. II.8.1.1.3.3.

[865] Vide cap. II.6.3.2.

instruem a tanto. Como regra, essa pretensão é concedida apenas ao Beneficiário. Isso significa que o Depositante se compromete a efetuar o depósito apenas perante o Beneficiário, mas não perante o agente escrow.

Isso já exclui a qualificação da relação entre o Beneficiário e o agente escrow como sendo de solidariedade ativa, no que diz respeito à pretensão ao depósito, já que não podem ambos exigir o depósito, art. 267 CC. Além disso, o pagamento direto ao Beneficiário tem efeito de adimplemento, enquanto o depósito junto ao agente escrow não o tem. As prestações ao Beneficiário e ao agente escrow, portanto, não satisfazem o mesmo interesse, como é o caso em uma obrigação marcada por solidariedade ativa.[866]

II.7.3.1.2.2. Momento do depósito

O momento do depósito às vezes é acordado no contrato escrow, mas mais frequentemente na cláusula escrow. No primeiro caso, ele deve ser inferido a partir da interpretação do contrato e, se não houver ali indicação de tempo, o depósito pode ser exigido imediatamente (art. 331 CC). Devido à separação entre o contrato escrow e o negócio principal, o momento do depósito não deve ser apurado com base nas disposições ou no fim do negócio principal. No segundo caso, a interpretação estrita do contrato escrow não afeta a apuração do momento do depósito com base nas disposições do negócio principal, uma vez que a pretensão ao depósito se desenrola exclusivamente entre as partes principais.

A ineficácia provisória do negócio principal não significa que a obrigação de depositar fique adiada para o momento em que o negócio principal se torne eficaz. Na verdade, isso depende do tipo de garantia que as partes principais buscam: se elas quiserem garantir que, na hipótese de o negócio principal se tornar totalmente eficaz, a prestação devida já esteja garantida com o agente escrow, então o bem deve ser depositado em escrow apesar da ineficácia provisória do negócio principal; se o negócio principal se tornar definitivamente ineficaz, o depósito será dispensável. Essa construção é possível devido à peculiar coligação contratual entre o negócio principal e o contrato escrow: a ineficácia do negócio principal afeta apenas a obrigação do Depositante de depositar e do agente escrow de entregar (repassar ou restituir) o bem, mas a eficácia do contrato escrow em si não é afetada.

[866] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 417 (as dívidas solidárias têm em comum a satisfação do mesmo interesse).

II.7.3.1.2.3. Exceções do Depositante

Ao Depositante é geralmente vedado recusar ou adiar o depósito por meio de exceções[867] (como exceção de contrato não cumprido e compensação), a menos que tais exceções venham refletidas nas condições do escrow. As exceções não afetam a eficácia do negócio principal; ao contrário, elas pressupõem sua eficácia.[868] Consequentemente, as exceções do negócio principal não têm efeito sobre o escrow por via da coligação contratual.[869]

A não assunção de tais exceções nas condições do contrato escrow significa que as partes principais se decidiram por um tipo especial de processamento da sua relação obrigacional, na qual o bem objeto do escrow escapa ao alcance de tais exceções. Se o Depositante pudesse opor exceções para postergar, eliminar ou reduzir sua obrigação de realizar o depósito, o fim de garantia do contrato escrow ficaria esvaziado. Ordinariamente, portanto, dos fins de garantia e adimplemento do contrato escrow ressalta a renúncia a exceções que possam prejudicar o depósito do bem. Tais exceções ainda podem ser levantadas em outras relações não ligadas ao contrato escrow. Mas também não há nada que impeça a incorporação dessas exceções nas condições do contrato escrow, o qual pode, assim, funcionar como método de processamento das exceções.

O acima exposto pode ser ilustrado com a *exceptio non adimpleti contractus.* O contrato escrow só se insere no processo de adimplemento como meio adequado de garantia e adimplemento, se a *exceptio for* excluída[870] ou, pelo menos, formatada para ser processada através do agente escrow. Se o depositante pudesse usar a *exceptio* para recusar a entrega, a garantia só seria fornecida depois que a contraprestação já tivesse sido paga. Mas aí o risco de oferecimento antecipado da prestação não mais existiria e o contrato escrow desaguaria no nada. Nada obstante, as partes podem acordar que o agente escrow deva reter a entrega do bem até que a contraprestação seja executada. Dessa forma, as partes principais conseguem alcançar os mesmos

---

[867] No Brasil, as exceções são direitos que se opõem a um direito, uma pretensão ou a uma ação de direito material. As exceções podem ter caráter suspensivo (também chamadas exceções dilatórias) ou extintivo do direito a que se opõem, pretensão ou ação a que se opõem. As exceções dilatórias não fulminam o direito da outra parte, apenas sua exigibilidade é afetada. Por outro lado, as exceções peremptórias extinguem o direito, pretensão ou ação da outra parte. Vide MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia, 1ª parte**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 186.

[868] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume VI. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 62, 66 (as exceções não negam, mas apenas encobrem a eficácia do negócio).

[869] Vide cap. II.6.1.2 acima para os efeitos da coligação contratual.

[870] Sobre a renúncia à *exceptio*, vide AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato (arts. 472 a 480). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 821 seq.

resultados práticos da *exceptio* através do agente escrow.

A compensação fornece outro exemplo da incompatibilidade da oposição de exceções previamente ao depósito. Muitos contratos escrow multidirecionais de dinheiro são projetados para que o agente escrow distribua os valores às partes principais de acordo com o surgimento de pretensões de uma contra a outra no negócio principal. O Depositante paga e recebe seu dinheiro proporcionalmente de volta, o que resulta no mesmo efeito prático como se as pretensões recíprocas do negócio principal se compensassem. Se o Depositante pudesse fazer a compensação antes do depósito, a distribuição de risco entre as partes principais restaria invertida. Como *Preuß*[871] corretamente aponta no depósito notarial alemão, o credor assume o risco da inexistência da dívida contra a qual se compensa, mas na hipótese de que se trata a distribuição dos riscos é alterada. A compensação antes do depósito romperia o estreito vínculo entre a garantia e o crédito garantido. Como resultado, se a compensação não estiver refletida nas condições do escrow, então o acordo das partes deve ser interpretado como se contivesse uma exclusão negocial da compensação do crédito garantido pelo contrato escrow com outros créditos das partes principais, de acordo com o art. 375 CC.

Pretensões a redução de preço, exemplificativamente as resultantes do art. 442 CC, devem ser tratadas de forma semelhante à compensação.[872] O processamento do pagamento do preço de compra por meio do agente escrow não significa, por si só, a exclusão de tais pretensões. O negócio principal pode ser interpretado de tal forma que a pretensão à redução de preço (como norma dispositiva)[873] deva ser cumprida por fora da relação de escrow. Nesse caso, o preço de compra deve ser depositado e, após entrega ao Beneficiário, reembolsado ao Depositante.

Caso significativamente diverso é a determinação com efeito juridicamente vinculante de ineficácia (inclusive por inexistência ou invalidade) ou a extinção do negócio principal antes do depósito. Nesse caso, não há motivo para depositar o bem com o agente escrow. No entanto, se a situação não estiver resolvida de forma definitiva até o momento do depósito, então o bem precisa ser depositado em escrow e permanecer com o agente escrow durante o litígio, a fim de

[871] Vide cap. II.7.3.1.1.3 acima.

[872] Se a redução de preço pelo art. 442 CC pode ser levantada como exceção não é tema deste trabalho. Para fins de clareza, essa possibilidade foi aqui incluída. Despiciendo dizer que a redução de preço precisa ser arguida antes do pagamento. Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXXVIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 421 (o alienante pode reconhecer extrajudicialmente que não pode exigir o preço integral).

[873] Cf. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, vol. 4, p. 468.

salvaguardar o fim do contrato escrow.

II.7.3.1.2.4. Obrigação do agente escrow de receber o bem

O agente escrow também se obriga a receber o bem. O contrato escrow seria inútil como meio de remover a capacidade do Depositante de dispor do bem, se o agente escrow pudesse se recusar a recebê-lo. A obrigação de receber engloba a colocação à disposição da expertise e infraestrutura técnica necessárias.

Os detalhes do recebimento do bem nem sempre estão refletidos nas instruções. Esse é particularmente o caso do escrow de dinheiro. Nessas situações, os detalhes devem ser determinados pelo próprio agente escrow com base no dever de administrar os interesses das partes principais, sendo que a obtenção de instruções específicas tem precedência.[874] Acima de tudo, é preciso garantir que o dinheiro seja depositado em uma conta segura junto a um banco seguro. Se o agente escrow for um banco, presume-se que a conta escrow pode ser aberta no próprio banco. Os recursos próprios do agente escrow devem ser cuidadosamente segregados dos recursos de terceiros das partes principais e de outros clientes, mas isso não significa que uma conta separada deva ser aberta para cada cliente. Desde que os depósitos dos clientes em uma conta coletiva possam ser corretamente alocados na conciliação bancária, o agente escrow não estará violando suas obrigações. Essa separação rigorosa entre recursos próprios e recursos de terceiros é particularmente importante na Alemanha, porque está ligada à proteção do bem objeto da relação fiduciária na insolvência do fiduciário na *Treuhand* de direitos, mas igual princípio não existe no Brasil.

II.7.3.1.3. Conclusão

Poucas diferenças existem entre a Alemanha e o Brasil com relação ao depósito do bem junto ao agente escrow. Isso se deve principalmente ao fato de que ambos os sistemas jurídicos não têm uma norma explícita para as obrigações de depósito e recebimento, e as disposições do depósito notarial alemão para a custódia de dinheiro não podem ser aplicadas por analogia. O caso em tela se rege sobretudo pelo acordo das partes e pelo direito das obrigações em geral.

O agente escrow não pode exigir o depósito do bem, o que já elimina a solidariedade ativa entre o agente escrow e o Beneficiário quanto a poder exigir o depósito. O vencimento da obrigação de depositar baseia-se na regra geral de que a execução da prestação pode ser exigida

[874] Vide cap. II.7.2.1.2 acima.

imediatamente, se nada tiver sido acordado a esse respeito. O depósito não exige a eficácia do negócio principal, desde que ele não seja definitivamente ineficaz. A apresentação de exceções pelo Depositante antes do depósito é mais problemática. A resposta a essa pergunta é fornecida pelos fins de garantia e adimplemento: para fornecer segurança adequada ao processamento da obrigação por meio do agente escrow, o acordo das partes precisa ser interpretado de forma a impedir a apresentação de exceções. Ao receber o bem em escrow, o agente escrow deve determinar as precauções necessárias como parte de seu dever de perseguir interesses alheios, caso tais precauções não estejam incluídas nas suas instruções.

II.7.3.2. Obrigação de inspecionar o bem

A conformidade do bem depositado com as especificações do negócio principal é um ponto de negociação bastante discutido quando o bem objeto do escrow precise atender a especificações altamente técnicas. Na vida prática, um procedimento de inspeção detalhado sói ser previsto no contrato escrow, por vezes incluindo até mesmo um especialista externo para realizar a inspeção e preparar um relatório, caso o agente escrow não tenha a *expertise* necessária. A obrigação de inspecionar é particularmente importante em escrows de software.[875]

A possibilidade de fazer valer pretensões decorrentes de inconformidade com as especificações do bem a partir do depósito seria favorável ao Depositante, pois ele se exoneraria de responsabilidade mais rapidamente. No entanto, o agente escrow é um terceiro independente e imparcial que persegue os interesses de ambas as partes principais e não se enxerga obrigado a fazer uma inspeção no interesse do Beneficiário. Uma inspeção completa só ocorre depois do repasse ao Beneficiário e eventuais prazos para o exercício de direitos decorrentes da inconformidade do bem devem ser contados a partir desse momento.

Não há dúvidas de que a inspeção do bem pode ser ordenada em uma instrução multilateral. Se essa obrigação existe mesmo sem um acordo expresso e como ela deve ser qualificada juridicamente é o que se examinará a seguir.

II.7.3.2.1. Alemanha

Eventual obrigação de inspecionar vícios do bem devem exsurgir do próprio contrato

[875] Cf. HOEREN, Thomas. Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen. **Computer und Recht**, Colônia, 2004, p. 721-724, p. 721; SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, cap. 5L, § 80.

escrow. A esse respeito, o § 377 HGB não pode ser o fundamento jurídico da obrigação do agente escrow de inspecionar (nem mesmo por analogia), pois não se trata de uma compra e venda comercial (*Handelskauf*) nem de contrato semelhante à compra e venda.[876] Além disso, a inspeção das mercadorias entregues de acordo com o § 377 HGB é um ônus (*Obliegenheit*) e não propriamente uma obrigação do comprador em uma compra e venda comercial. O comprador comercial inspeciona as mercadorias muito mais em seu próprio interesse e assume a possibilidade de perda de direitos, se não notificar imediatamente a existência do vício.[877] Em um contrato escrow, porém, eventual dever do agente escrow de inspecionar o bem teria de ocorrer no interesse de ambas as partes principais como expressão do dever de buscar interesses alheios.

Em princípio, o agente escrow só deve ser obrigado a inspecionar o bem se assim for acordado no contrato escrow – vinculação estrita às instruções. Se ele inspecionasse voluntariamente, correria risco de parcialidade. Excepcionalmente, o dever de buscar interesses alheios pode impor uma obrigação de inspecionar, na medida em que couber ao agente escrow providenciar para que a garantia seja constituída adequadamente. Um indício desse dever se vislumbra na *expertise* do agente escrow: ninguém espera que um banco inspecione um código-fonte, mas essa expectativa pode ser reconhecida em relação a uma empresa de software especializada, ao menos quanto a uma inspeção simples e padronizada.

O dever do agente escrow de inspecionar derivado da persecução de interesses não quer dizer uma inspeção profunda, mas simples do bem. Os princípios do depósito notarial de títulos de crédito e objetos de valor fornecem uma base apropriada para determinar a amplitude do dever de inspeção: o agente escrow não deve realizar mais do que uma simples descrição fática da coisa depositada.[878] Justificativa comum para esse proceder é que o notário não deve suscitar a aparência de ter examinado a autenticidade do objeto.[879] Embora essa afirmação possa se

---

[876] Para o âmbito de aplicação do § 377 HGB, vide HOPT, Klaus J. *et al*. **Handelsgesetzbuch** mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht). 43ª ed. Munique: C. H. Beck, 2024, § 377 HGB, n. 2.

[877] Cf. HOPT, Klaus J. *et al*. **Handelsgesetzbuch** mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht). 43ª ed. Munique: C. H. Beck, 2024, § 377 HGB, n. 21.

[878] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 62 BeurkG, n. 7.

[879] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 62 BeurkG, n. 7; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 62 BeurkG, n. 9; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia:

basear na função pública do notário (ele não deve criar a aparência de conhecimento especializado que refoge ao cargo de notário), ela também pode ser extraída do fato de a inspeção ter uma profundidade relativamente baixa. Nesse sentido, também o agente escrow não deve ir além de uma descrição objetivo-descritiva do bem, quando se trata de uma inspeção simples.

Uma inspeção mais profunda parece exceder os limites da persecução de interesses alheios e só pode ser admitida quando houver acordo inequívoco entre as partes, pois cada parte deve, em princípio, cuidar de seus próprios interesses. A inspeção profunda do bem não serve mais ao propósito de constituir a garantia, mas aos interesses unilaterais do Beneficiário. É concebível, contudo, uma obrigação do agente escrow de permitir um exame profundo pelo Beneficiário.

A inspeção simples abrange apenas a completude (inspeção de quantidade) e a correspondência formal (inspeção limitada de qualidade) do bem depositado em relação ao prometido. Ela não inclui a inspeção das qualidades materiais do bem. O exame de qualidade mais abrangente seria conteúdo de uma inspeção profunda. Exemplo: se uma coleção de pinturas for depositada junto ao agente escrow, ele deve verificar se todas as obras listadas foram depositadas sem danos (inspeção simples); mas, na ausência de um acordo expresso, ele não precisa examinar a autenticidade das obras (inspeção profunda). Em um escrow de software, a inspeção simples (verificação padrão) compreende, entre outros, a identificação do material em comparação com o objeto da prestação e sua compilabilidade,[880] enquanto a inspeção profunda (verificação completa) inclui também uma verificação quanto a se um código objeto idêntico pode ser gerado.[881]

Após a conclusão da inspeção, o agente escrow deve reportar os resultados às partes

---

Heymanns Verlag, 2004, § 241; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 62 BeurkG, n. 9; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 46.

[880] Cf. SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, cap. 5L, § 93 (a verificação padrão inclui também a ausência de vírus, legibilidade, ausência de bloqueios, requisitos de chave e datas de validade, a integridade dos dados em comparação com o índice, a descompactabilidade de arquivos compactados e amostras aleatórias para documentação e sua adequação).

[881] Cf. SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014, cap. 5L, § 94 (as seguintes etapas fazem parte da verificação completa: identificação do material; verificação da conformidade formal com o objeto da prestação, em relação ao software e à documentação, incluindo as explicações necessárias para a compilação e seus testes; compilação, possivelmente com a participação de ambas as partes contratantes, documentação dos resultados e seu teste, notificação às partes contratantes e, se bem-sucedida, verificação do software e sua executabilidade; e execução da função do software com relatórios correspondentes).

principais. Ele deve evitar se imiscuir no papel de árbitro e julgar a conformidade do bem com o contrato. O relatório deve ser objetivo-descritivo, a fim de salvaguardar a independência e a imparcialidade do agente escrow. Se o agente escrow for contratado para uma inspeção mais profunda devido à sua *expertise*, pode ser que as partes principais contem também com a sua opinião técnica quanto à conformidade do bem depositado com o prometido em contrato.

II.7.3.2.2. Brasil

Também no Brasil a obrigação do agente escrow de inspecionar eventuais vícios do bem não pode ser derivada da transação principal. Em nenhum lugar a lei brasileira impõe tal obrigação ao comprador. Eventual ônus de inspecionar o bem pode surgir das regras relativas aos vícios redibitórios e à evicção, conforme art. 441 CC e seguintes, mas uma extensão desse ônus ao agente escrow não seria apropriada, porque ele não cuida dos interesses unilaterais do Beneficiário. Para salvaguardar sua independência e imparcialidade, tal obrigação só se pode admitir quando incluída nas instruções.

Uma inspeção simples do bem no momento do depósito está englobado no dever de perseguir interesses alheios, pois o agente escrow deve providenciar para que a garantia seja constituída regularmente. Isso compreende apenas o exame quantitativo do bem (por exemplo, entrega do bem em quantidade inferior à prometida) e um exame da correspondência formal do bem depositado com o bem prometido (por exemplo, *aliud pro alio*). Se essa inspeção simples revelar alguma não conformidade, o agente escrow deverá notificar ou relatar esse fato às partes principais. Uma inspeção aprofundada do bem objeto do escrow, o que incluiria uma inspeção das qualidades materiais do bem, seu valor e sua adequação ao uso pretendido (art. 441 CC por analogia) (exame qualitativo), geralmente não é esperada do agente escrow. Tal inspeção mais aprofundada não seria no interesse de constituição da garantia, mas no interesse unilateral do Beneficiário e, portanto, não pode ser derivada do dever geral de administrar interesses. Tal tipo de inspeção só pode ser afirmado em havendo instruções claras.

A notificação ou o relatório do agente escrow deve ser feito de forma objetivo-descritiva para garantir o igual distanciamento dos interesses unilaterais das partes principais, a menos que seja devida uma análise técnica do agente escrow.

II.7.3.2.3. Conclusão

Na Alemanha e no Brasil, não há uma obrigação genérica do agente escrow de realizar uma inspeção profunda do bem objeto do escrow. Isso resulta da independência e

imparcialidade, bem como do estrito cumprimento das instruções que caracterizam o contrato escrow. No entanto, uma obrigação de conduzir uma inspeção superficial e simples do bem com relação à conformidade contratual quantitativa e à correspondência formal com o bem prometido pode ser derivada da persecução de interesses para garantir a constituição correta da garantia.

II.7.4. Fase de pendência

A fase de pendência se refere à custódia dos bens até que sejam repassados ou restituídos. A fase de pendência é um estágio intermediário necessário de todo contrato escrow, dado que deve haver um certo período de espera entre o depósito e a implementação ou a falha da condição. De particular importância nessa fase são a obrigação de custodiar o bem, a proibição de restituir o bem e a repartição dos frutos gerados na fase de pendência.

II.7.4.1. Obrigação de custódia

As especificidades da obrigação de custódia são geralmente descritas de forma detalhada no contrato escrow. O manuseio do bem pelo agente escrow é, obviamente, determinado pelas instruções e, se não as houver, o agente escrow deve, em linha de princípio, solicitar instruções concretas. Entretanto, a obrigação de custódia pode ser complementada por disposições legais sob determinadas circunstâncias. O modo como as disposições legais se integram às disposições contratuais a esse respeito é diferente na Alemanha e no Brasil.

II.7.4.1.1. Alemanha

Devido à natureza contratual do mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*), a obrigação de custódia no contrato escrow é regida pelos §§ 675, 662, 631 BGB. De acordo com a teoria de absorção, acima explanada, não é necessário recorrer às normas do contrato de depósito na Alemanha. Como regra, o agente escrow não tem discricionariedade para determinar as medidas de custódia aplicáveis, devido à obrigação de seguir estritamente as instruções.[882] Se a instrução não contiver as especificidades da custódia, medidas concretas podem ser derivadas do dever-moldura de perseguir interesses alheios ou do caráter de empreitada do contrato

[882] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 662 BGB, n. 61 (não há margem de discricionariedade em atividades simples e sem independência do mandatário; em atividades independentes e mais complexas, ao mandatário cabe uma maior liberdade).

escrow.[883] Na custódia de uma obra de arte, por exemplo, um nível mínimo de medidas de segurança resulta do próprio propósito da custódia, mas outras medidas precisam fazer parte das instruções.

Embora o bem objeto do escrow seja depositado apenas pelo Depositante, ambas as partes principais são credoras em mão comum da obrigação de custódia, nos termos do § 432(1) BGB. No âmbito do equilíbrio de interesses, o agente escrow custodia o bem para ambas as partes principais, já que o bem pode ser entregue a qualquer das partes principais, conforme a condição se implemente ou não. A custódia é uma prestação indivisível e, pela sua própria natureza, repercute necessariamente em favor de ambas as partes principais, ou seja, a mesma atividade cumpre a obrigação perante ambas as partes principais.[884]

II.7.4.1.2. Brasil

Se as instruções do escrow não abrangerem uma determinada área da atividade de custódia, então medidas concretas precisam ser derivadas do dever geral de perseguir interesses alheios, se necessário por recurso aos usos do tráfico e à boa-fé. No caso de um escrow-posse, o direito dispositivo do contrato de depósito pode entrar em cena como meio de preenchimento dos espaços do contrato não regulados diretamente pela vontade das partes. As normas do contrato de depósito só podem ser aplicadas se os requisitos da analogia forem atendidos. Esses requisitos são a comparabilidade da situação fática e a existência de lacuna na lei.

Nenhuma analogia pode ser extraída dos arts. 628, 629, 633 (até direito de retenção), 635,[885] 638, 640, 641, 643 e 644[886] CC, pois tais artigos regulam temas para os quais a persecução de interesses já oferece resposta. O espaço não preenchido por normas contratuais explícitas, portanto, não deve ser preenchido com as normas do contrato de depósito, mas a partir do fim do contrato escrow ou com as normas do mandato. Especial atenção merece a incompatibilidade dos padrões de diligência dos arts. 629 e 667 CC. A diferença resulta já do *standard*

[883] No contrato de empreitada, o resultado prometido inclui todos os atos necessários para alcançar esse resultado, cf. MERKLE, Barbara. §§ 631-650o. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 631 BGB, n. 436.
[884] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 662 BGB, n. 45 (se o objetivo do mandato oneroso não puder ser alcançado por meio da mesma atividade, trata-se então de mandatos individuais e não de um único mandato com co-mandantes).
[885] Para a questão de mérito dos arts. 635 e 641 CC, ou seja, a devolução antecipada do bem em escrow, vide cap. II.7.4.2.2 abaixo.
[886] Para o direito de retenção no contrato escrow, vide cap. II.7.2.3.2.3 acima.

que o depositário ou mandatário deve implementar:[887] o padrão de diligência do contrato de depósito é o manuseio dos bens que pertencem ao próprio depositário, enquanto no mandato é a diligência habitual do mandatário. O padrão de diligência esperado do agente escrow pelas partes principais resulta, em grande parte, do conteúdo das instruções e dos usos do tráfico; somente se esses dois padrões não fornecerem uma referência concreta, é que se poderá aplicar excepcionalmente o padrão do art. 667, *caput*, CC. O padrão de diligência do art. 629 CC não se aplica nem mesmo ao escrow-posse, pois a diligência exigida na custódia da coisa é absorvida no padrão aplicável à obrigação de buscar interesses alheios.

Também os arts. 639, 647 CC e seguintes não são aplicáveis ao escrow-posse, porque as situações de fato não são comparáveis. Em particular, com relação ao art. 639 CC, o agente escrow não pode devolver o bem em partes apenas porque o bem é divisível. Pode acontecer de cada parte principal ter pretensão a uma parte do bem – o que normalmente se passa, quando o bem consiste em dinheiro. Entretanto, a parcela que cabe a cada parte principal não é determinada desde o início e depende do implemento ou falha da condição. O art. 639 CC apenas afasta uma solidariedade ativa natural no contrato de depósito de coisas divisíveis.[888] O dispositivo pressupõe que todos os depositantes tenham, pelo menos, direito parcial ou até mesmo total ao bem. Não há espaço para tal presunção no contrato escrow.

Os arts. 630, 631, 633 (a partir de embargo judicial), 634, 636, 637 e 642 CC são aplicáveis por analogia ao escrow-posse. Essas disposições referem-se exclusivamente ao manuseio da coisa, de modo que sua aplicação não implica uma extrapolação das normas do contrato de depósito à administração de interesses alheios. Registre-se que a última parte do art. 633 CC (o

---

[887] Essa aparente semelhança decorre da redação do art. 629 CC, segundo a qual o depositário só precisa ter o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence, e do art. 667, *caput*, CC, que menciona a diligência habitual do mandatário. Esse padrão de diligência mais leve parece se basear na gratuidade natural, mas não essencial, de tais tipos contratuais (pensamento de reciprocidade). No mandato, esse padrão não deve ser aplicado se o mandatário desempenhar a incumbência por ofício ou profissão lucrativa (vide de forma similar: TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 102 seq.; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 288. O STJ afirmou um dever de diligência em contratos com advogados que vai além da sua diligência habitual no REsp 1.079.185/MG (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.185/MG da 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, Brasília/DF, 11 de novembro de 2008). As opiniões que veem no art. 667, *caput*, CC um padrão de diligência meramente abstrato (ex.: CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 228; MARMITT, Arnaldo. **Mandato**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 195) não parecem corretas, pois a dicção legal remete expressamente à diligência concreta com os próprios negócios – "sua diligência habitual" (grifo nosso). A doutrina não aborda suficientemente essa questão no contrato de depósito, mas não parece haver razão para que a mesma conclusão não seja aplicável também ao contrato de depósito oneroso.

[888] Cf. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação), p. 39.

depositário pode se recusar a devolver o bem em caso de embargo judicial, execução sobre o bem ou existência de motivo razoável para suspeitar que o bem foi dolosamente obtida) e o art. 634 CC dizem respeito, na verdade, a questões de ordem pública, os quais não estão à disposição da liberdade das partes.

A aplicabilidade dos arts. 632, 645 e 646 CC já foi abordada nos Capítulos II.4.2.1.1, II.3.1 e II.7.1.2.2.

Por último, é preciso reconhecer que as partes principais são credoras em mão comum da obrigação de custódia do bem – mas não da sua entrega (!). Créditos em mão comum são aqueles que o devedor só pode pagar a todos os credores conjuntamente, e cada credor só pode exigir o pagamento a todos conjuntamente.[889] A custódia objeto de um contrato escrow atua diretamente no interesse de ambas as partes principais. Ao prestar a custódia, o agente escrow presta para ambas as partes principais.

II.7.4.1.3. Conclusão

O preenchimento de lacunas contratuais no contrato escrow é diferente na Alemanha e no Brasil, no que diz respeito à obrigação de custódia. No direito alemão, graças à classificação do contrato escrow dentro do contrato de mandato oneroso com características de empreitada, as medidas relacionadas à custódia podem ser tomadas da regulação do mandato oneroso ou do contrato de empreitada. No Brasil, ausente um tipo legal de mandato com caráter de empreitada, deve-se preencher as lacunas por recurso à aplicação por analogia das normas do contrato de depósito. No entanto, a maioria das disposições do Código Civil relativas ao contrato de depósito acaba não se aplicando, porque a questão já está regulamentada em outras disposições relacionadas à persecução de interesses ou no próprio fim do contrato escrow, ou ainda porque o contrato de depósito não oferece situação comparável a justificar uma analogia. De fato, apenas os arts. 630, 631, 633 (a partir de embargo judicial), 634, 636, 637 e 642 CC são aplicáveis por analogia. Os dois sistemas jurídicos têm em comum a posição das partes principais como credoras em mão comum da custódia.

II.7.4.2. Proibição de restituição

O agente escrow somente pode entregar o bem ao Depositante ou ao Beneficiário nos casos previstos no contrato. Essa é uma característica necessária do contrato escrow, pois todo

[889] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 473.

o fim de garantia se perderia, se o bem pudesse ser exigido ou restituído unilateralmente a qualquer tempo. Somente o implemento ou a falha da condição dá pretensão a uma ou a outra parte principal de exigir a entrega do bem. Da natureza do contrato escrow decorre que qualquer disposição legal capaz de fundamentar uma pretensão unilateral a exigir a entrega ou a restituir o bem é afastada ou não é apta à analogia. As partes principais só podem exigir a entrega do bem ou aceitar sua restituição pelo agente escrow conjuntamente antes da implementação ou falha da condição. Da extinção antecipada do contrato tampouco resulta restituição a uma parte principal isoladamente, conforme será explicado mais adiante (cap. II.7.5.2).

II.7.4.2.1. Alemanha

Um paralelo com o depósito notarial se impõe, pois o depósito notarial não ofereceria segurança se o encargo fiduciário do notário pudesse ser revogado a qualquer momento.[890] No direito alemão, é relevante nesse aspecto o § 667 BGB, o qual estabelece que o mandante pode exigir do mandatário a entrega do recebido para e do obtido com a execução do mandato. Em regra, o recebido e o obtido devem ser entregues após a conclusão do mandato, mas a entrega também pode ser devida durante a execução do mandato, se o contrato ou as circunstâncias do caso assim o exigirem.[891] No entanto, se o mandatário tiver interesse próprio na retenção do que foi recebido ou obtido,[892] ou se a relação de mandato for caracterizada por um fim de garantia,[893] o direito de exigir a restituição antes do término do mandato é afastada. Esse princípio é totalmente apropriado ao contrato escrow.

II.7.4.2.2. Brasil

No Brasil, a restituição do bem objeto do escrow antes da materialização ou falha da

[890] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 42; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 11.

[891] Cf. RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 667 BGB, n. 38; MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, § 667 BGB, n. 2 seq. (disponibilidade desse parágrafo permite adaptação às especificidades da execução do mandato).

[892] Cf. RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 667 BGB, n. 40.1 (o interesse próprio do mandatário pode exsurgir de uma atividade para diferentes mandantes).

[893] Cf. GRÜNEBERG, Christian. §§ 662-676c BGB. *in*: GRÜNEBERG, Christian. **Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**. 82ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 667 BGB, n. 7 (o pacto de garantia pode se opor à devolução do direito cedido em garantia ao fiduciário).

condição poderia vir fundamentada no art. 668, última parte, CC. Esse artigo estabelece que o mandatário deve transferir ao mandante as vantagens provenientes do mandato. A lei não prevê um marco temporal específico para que ocorra essa transferência. No entanto, desse artigo de lei não se deve tirar a conclusão de que o Depositante em um contrato escrow pode exigir a restituição do bem a qualquer tempo. Isso seria absolutamente incompatível com a natureza do contrato escrow, porque a restituição antecipada apenas satisfaz o interesse da parte que solicita a restituição, mas não leva a nenhum equilíbrio de interesses. A aplicação por analogia fica, assim, excluída na medida em que se refere a uma restituição antecipada. Pela mesma razão, a analogia com o art. 633, primeira parte, CC do contrato de depósito é excluída no escrow-posse.

II.7.4.2.3. Conclusão

A proibição de restituição não apresenta grandes dificuldades. Como o fim de garantia é marcante no contrato escrow, as disposições que poderiam justificar uma restituição unilateral prematura do bem são consideradas renunciadas ou não passíveis de analogia.

II.7.4.3. Distribuição dos frutos

Nem todos os efeitos do contrato escrow são condicionais.[894] Somente a obrigação de repassar ou restituir o bem está submetida a condição suspensiva. O contrato escrow já irradia determinados efeitos no período de pendência, como a obrigação do agente escrow de realizar determinados investimentos ou usos produtivos com o bem objeto do escrow.

Pode-se presumir que as partes principais desejam utilizar o bem da forma mais eficiente possível durante a fase de pendência. Devido aos fins de garantia e adimplemento, normalmente se buscam investimentos avessos a risco. A forma e o modo de realizar os investimentos não criam muitas dificuldades, pois o agente escrow só realiza os investimentos que lhe são instruídos, dada a estrita vinculação às instruções. Entretanto, a distribuição dos frutos produzidos durante a fase de pendência pode provocar discussões. O Beneficiário poderia reivindicar todos os frutos para si com o argumento de que a materialização da condição define sua titularidade sobre o bem. O Depositante poderia contra-argumentar que ele só estaria preparado para abrir mão dos frutos no momento do cumprimento da obrigação, o que jamais coincide com o momento do depósito em um contrato escrow. A isso se soma o fato de que, em termos jurídicos,

[894] Cf. BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 158 BGB, n. 12 (em havendo vários efeitos, deve-se distinguir entre os que são condicionais e os que não o são).

o titular do bem em um escrow-direito é o agente escrow. A chave para resolver esse problema reside no efeito retroativo da condição.

II.7.4.3.1. Alemanha

Os contratos escrow alemães normalmente estipulam que o dinheiro na conta escrow deve render juros.[895] Outros tipos de investimento – quando possível, seguros e rapidamente liquidáveis[896] – também são concebíveis. Embora a questão do uso produtivo do bem objeto do escrow geralmente se refira a dinheiro, ela diz respeito, na verdade, a qualquer bem durante a fase de pendência. Uma obrigação genérica do agente escrow de usar o bem de forma produtiva é de se rejeitar. O princípio da estrita observância das instruções impõe que um determinado uso só é de se esperar quando assim determinado em uma instrução.[897] O mesmo se aplica ao depósito notarial, que pode aqui ser tomado como modelo adequado. O notário não pode ser obrigado a um tipo específico de investimento se isso não estiver previsto na ordem de custódia ao notário (§ 58(1), frase 2, BeurkG).[898] O notário também não precisa aconselhar sobre as condições bancárias mais favoráveis.[899] Excepcionalmente, o BGH vê um dever de avisar sobre a possibilidade de um depósito remunerado a prazo (*Festgeld*) de que tenha conhecimento, se for esperado um período de custódia mais longo e os depósitos estejam disponíveis a qualquer momento, apesar da forma de depósito a prazo, e isso não trouxer consigo desvantagens para as partes.[900] No entanto, essa decisão do BGH se baseia no dever de aconselhamento

[895] Cf. KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. **Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, p. 97.

[896] Cf. HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische Nebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, IV.5, n. 6.

[897] A regra sobre o uso do bem nem sempre estará contida em uma instrução. Se o próprio banco mantenedor da conta for agente escrow e tiver de pagar juros sobre os depósitos, haverá um empréstimo com o banco em paralelo à relação de escrow.

[898] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 4. Não há obrigação do notário de providenciar a realização de um investimento o mais rentável possível em termos de juros, se não houver instrução correspondente: BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 630 seq.; REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 227.

[899] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 68; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 58 BeurkG, n. 7.

[900] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 150/95 do IX Senado Civil, de 29 de fevereiro de 1996. **Neue juristische Wochenschrift,** 1996, p. 1823; também afirmando um dever do notário de avisar sobre a

(*Belehrungspflicht*) do notário (§ 17(1) BeurkG) e não pode ser aplicada de plano aos contratos escrow. O agente escrow não está sujeito a um dever genérico de aconselhar; ele é nomeado pelas partes principais para cumprir uma incumbência segundo determinadas instruções. Não é tarefa sua questionar a estrutura da transação ou as suas instruções.

Se, em um depósito notarial, a titularidade dos juros gerados no período de pendência não for definida na ordem de custódia, a doutrina majoritária presume que o vendedor tem direito aos juros em qualquer caso a partir do momento em que se der a prontidão para a entrega, se não já a partir da transferência da posse da coisa.[901] Embora essas opiniões na literatura, em sua maioria, remetam apenas a uma distribuição "sensata" ou "razoável" dos juros, essa forma de distribuição parece se basear em parte na ideia de intercâmbio das prestações e em parte no poder de disposição do bem sob custódia. Em qualquer caso, o notário não pode impor sua própria interpretação no tocante à alocação de juros. Ele deve muito mais aguardar uma solução de comum acordo das partes ou uma decisão judicial e abster-se de dispor do saldo em conta nesse meio tempo.[902]

---

possibilidade de um investimento mais favorável, se as circunstâncias o exigirem: WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 127 seq.; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 56.

[901] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 69 (com base na redação antiga do § 452 BGB); MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 49 seq. (os juros logicamente pertencem ao vendedor a partir da transferência da posse e do uso, e sempre ao vendedor após a prontidão para entrega); HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 57; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, § 27 DONot, n. 32 (ademais seria em regra "razoável e no melhor interesse das partes que os juros incidentes fluam para a parte que ofereceu uma prestação antecipada significativa e a quem já cabe, portanto, uma pretensão relevante ao pagamento". No original: "*vernünftig und interessengerecht, wenn die Zinsen demjenigen zufließen, der eine wesentliche Vorleistung erbracht hat und dem daher auch bereits ein weitgehender Zahlungsanspruch zusteht*". No entanto, essa visão não parece adaptada a muitos casos práticos, já que o depósito notarial é usado precisamente para evitar a oferta antecipada da prestação); REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 227 (os juros cabem ao vendedor a partir do momento da transferência do uso); ALEMANHA. Tribunal Federal de Finanças. Sentença IV R 125/83, de 30 de janeiro de 1986, **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen**, 1986, p. 1202 (p. 1203) (depende da extensão em que o vendedor já executou sua prestação. A partir do momento em que os pressupostos para a entrega se reúnem, o vendedor é fiduciante do saldo bancário; até lá, o comprador é o fiduciante).

[902] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 50; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**.

Essa lógica não pode ser simplesmente transferida para o contrato escrow, pois ignora a separação entre o contrato escrow e o negócio principal. Em muitos casos, a prontidão para entrega simula o momento do intercâmbio das prestações no negócio principal e pode refletir "sensatamente" qual seria o momento da mudança na titularidade do bem, incluindo dos frutos produzidos. Entretanto, isso nada diz sobre a obrigação do agente do escrow de entregar o bem, na medida em que essa distribuição "sensata" dos frutos não for carregada para o contrato escrow (mormente na forma de uma condição). Devido à interpretação estrita do contrato escrow, o programa contratual do negócio principal não pode ser simplesmente repetido no contrato escrow. Para a obrigação do agente escrow são muito mais relevantes as regras relativas à retroação de efeitos da condição.

De acordo com o § 159 BGB, a materialização de uma condição não tem, via de regra efeito retroativo real; as partes apenas obrigacionalmente podem concordar em colocar uma à outra na posição em que estariam se a condição tivesse se implementado em momento anterior.[903] Um exemplo do ramo de M&A ilustra que não é o momento da troca das prestações, mas sim o momento até o qual a condição retroage que é decisivo. Costumeiramente, os depósitos na conta escrow são restituídos ao comprador da empresa até o valor de sua pretensão oriunda da violação de garantias autônomas (*Garantieansprüche*) e o restante é repassado ao vendedor.[904] Vista corretamente, a lógica é que o vendedor deveria ter recebido o valor depositado desde o momento da execução do contrato (fechamento)[905] – quando então o preço de compra é depositado junto ao gente escrow – e, por conseguinte, todos os juros gerados pelo preço de compra desde então pertencem ao vendedor. Um contrato mais favorável ao comprador, por outro lado, poderia presumir que um preço mais baixo teria sido oferecido se a pretensão decorrente da violação de garantias autônomas fosse conhecida desde o início, caso em que o comprador deveria ter direito não apenas ao valor necessário para cobrir a pretensão relativa a violação de garantias autônomas, mas também aos juros gerados por esse valor.

14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, § 27 DONot, n. 32; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 73; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 121.

[903] Cf. FLUME, Werner. **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992, § 39, 1.

[904] Cf. VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, I.9, n. 4.

[905] Cf. TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 182 seq.

Portanto, parece mais apropriado determinar, a partir da interpretação do contrato, a data a que a aquisição da pretensão contra o agente escrow retroage. Todos os frutos da parcela do bem depositado a ser entregue à parte em questão devem ser atribuídos à parte com pretensão a tal parcela a partir do momento determinado com base na retroação de efeitos da condição.[906] Isso vale independentemente de ser um escrow-posse ou um escrow-direito, pois as partes concordaram em ser colocadas obrigacionalmente nessa posição, tal como se a titularidade sobre o bem objeto do escrow fora transferida no momento acordado.

Se o momento da retroação de efeitos não puder ser determinado, então é preciso distinguir entre o escrow-posse e o escrow-direito. Em um escrow-posse, o Depositante tem direito aos frutos até que a condição entre ou falhe, visto que ele continua como proprietário durante a fase de pendência,[907] e o agente escrow não possui o bem como possuidor próprio (*Eigenbesitzer*), de modo que o § 955(1) BGB não se aplica. Após a implementação da condição, a propriedade passa ao Beneficiário e ele se torna, a partir desse momento, o único legitimado aos frutos. Em um escrow-direito, o agente escrow é o titular do bem durante a fase de pendência e tem direito aos frutos inicial, mas não definitivamente. Isso porque sua posição de titular é temporária e não é destinada ao enriquecimento próprio. Uma apropriação definitiva dos frutos pelo agente escrow iria contra a regra do § 667, alternativa 2, BGB, segundo a qual o mandatário deve entregar o obtido em função do mandato. A pretensão à entrega do obtido surge, no mais tardar, quando do término da relação de *Treuhand*,[908] ou seja, com a entrega do bem. Todos os frutos devem então ser entregues ao Legitimado. Em todo caso, é aconselhável solicitar uma

---

[906] Outra formatação fática é possível, na qual as partes incluem os frutos no efeito retroativo da condição, juntamente com um acordo de transmissão real antecipado e constituto possessório antecipado (vide FLUME, Werner. **Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992, § 40, 2, a). Concordando com essa concepção: BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 159 BGB, n. 7 f.; WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 159 BGB, n. 3. Criticamente a essa visão: REYMANN, Christoph. §§ 158-163 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 159 BGB, n. 28 seq.). Uma análise dedicada desse tópico não é aqui necessária.

[907] Cf. REYMANN, Christoph. §§ 158-163 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023, § 159 BGB, n. 30 ("sem um acordo respeitante à retroação de efeitos, as obrigações de compensação entre as partes podem surgir, na melhor das hipóteses, relativamente ao momento de implementação da condição". No original: "*ohne Rückbeziehungsvereinbarung können schuldrechtliche Ausgleichspflichten allenfalls bezogen auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts zwischen den Parteien entstehen*").

[908] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 163 seq.

instrução às partes principais para esclarecer a questão.

II.7.4.3.2. Brasil

Não há nenhuma obrigação genérica para o agente escrow de realizar investimentos produtivos com o bem objeto do escrow. Ele só precisa fazer tais investimentos se incluídos nas instruções. O dever de buscar interesses alheios não deve ser interpretado de forma tão ampla a ponto de criar uma obrigação de recomendar um determinado investimento. A utilização mais eficiente possível do bem objeto do escrow não está necessariamente vinculada às finalidades de garantia e adimplemento, de modo que ela, em via de princípio, não faz parte das obrigações do agente escrow.

Ponto de negociação frequentemente discutido é a distribuição dos frutos gerados pelo bem objeto do escrow durante o a fase de pendência. Ela geralmente é regulamentada nas instruções. Na ausência de uma disposição a esse respeito, nenhuma regra deve ser extraída do programa contratual do negócio principal. A separação do contrato escrow do negócio principal e a interpretação estrita do escrow repelem o programa contratual do negócio principal como parâmetro para a distribuição de frutos.

No negócio principal, a distribuição dos frutos se define pela regra geral das obrigações de dar, art. 237, parágrafo único, CC, se não houver acordo em contrário. De acordo com essa regra, os frutos percebidos até o momento da tradição pertencem ao devedor, e os pendentes ao credor. Essa disposição se baseia na lógica de que o devedor continua sendo o proprietário até o momento da tradição.[909] No contrato escrow, no entanto, a regulação do período de pendência da condição tem precedência, porque reflete a vontade das partes. O efeito retroativo da condição, então, é que determina em primeira análise a titularidade sobre os frutos; somente na ausência de tal regra é que a regra residual do parágrafo único do art. 237 CC encontra aplicação em escrows-posse.

Os efeitos da materialização da condição sobre a distribuição dos frutos já foram abordados acima. As partes só podem distribuir os frutos no plano obrigacional, como se a condição tivesse ocorrido em um momento anterior. A norma contratual sobre a distribuição de frutos não tem efeitos reais.[910] Portanto, deve ser examinado, em primeiro lugar, se as instruções

[909] Cf. LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 27; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XI. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979, p. 51.
[910] Vide cap. II.2.1.2.2.2 acima.

contêm disposição relativa ao efeito retroativo da condição; em caso afirmativo, o agente escrow é obrigado a distribuir os frutos de forma que os frutos gerados até tal momento sejam entregues ao Depositante e aqueles gerados após tal momento vão para o Beneficiário. A implementação (ou falha) da condição determina, então, não apenas a pretensão ao bem objeto do escrow, mas também aos frutos. Assim, por exemplo, pode surgir uma obrigação de repassar o bem mais uma parte dos frutos ao Beneficiário, bem como uma obrigação de devolver a parte restante dos frutos ao Depositante. Na maioria dos casos, o efeito retroativo da condição, a implementação (ou falha) da condição e o vencimento da dívida principal coincidem.

Dificuldades surgem nos casos em que não há regulamentação sobre a retroação de efeitos da condição. O escrow-posse e o escrow-direito se submetem a regras diferentes nesse tocante. No escrow-posse, aplica-se a regra do art. 237, parágrafo único, CC, de modo que os frutos percebidos pertencem ao Depositante e os frutos pendentes ao Legitimado até que todos os requisitos para a transferência da propriedade sejam atendidos, ou seja, até a implementação da condição. Com outras palavras, o Depositante adquire, no plano real, a propriedade sobre os frutos da coisa e fica obrigacionalmente vinculado a transferir a propriedade sobre a coisa e os frutos pendentes ao Legitimado, processo esse que fica obviado pela celebração antecipada do acordo de transmissão sob condição (vide supra cap. II.3.1). Como o agente escrow não possui o bem em seu próprio interesse, ele não tem direito aos frutos como possuidor de boa-fé, nos termos do art. 1.214 CC. Em vez disso, entra em cena o art. 668 CC (por analogia): o agente escrow deve repassar todas as vantagens obtidas ao mandante (o Legitimado).

No escrow-direito, o agente escrow é o proprietário durante a fase de pendência. O devedor da obrigação de transferir a titularidade sobre o bem é o agente escrow. Se o art. 237, parágrafo único, CC fosse aplicável a essa situação, os frutos percebidos até a ocorrência da condição deveriam caber ao próprio agente escrow, se não forem pactuados efeitos retroativos, o que seria ilógico. Na realidade, a custódia do bem em escrow não visa a aumentar o patrimônio do agente escrow. Embora os frutos inicialmente entrem no patrimônio do agente escrow no plano real, o art. 668 CC (aplicado por analogia) impõe ao agente escrow a obrigação de entregar todas as vantagens obtidas ao Legitimado (independentemente de quando foram obtidas).

II.7.4.3.3. Conclusão

Os direitos alemão e brasileiro diferem em poucos aspectos com relação à distribuição dos frutos. Devido à separação entre o contrato escrow e o negócio principal, os frutos não se

distribuem de acordo com o programa contratual deste último. O acordo sobre os efeitos retroativos da condição é decisivo. Na ausência de tal acordo, todos os frutos devem ser repassados ao Legitimado em um escrow-direito, porque o contrato escrow não visa a aumentar o patrimônio do agente escrow, apesar de ter a propriedade plena do bem. Embora os frutos inicialmente pertençam a ele no plano real, ele tem, no plano obrigacional, o dever de entregá-los. Em um escrow-posse alemão, os frutos produzidos antes da ocorrência da condição devem ser entregues ao Depositante, enquanto aqueles produzidos após a ocorrência da condição pertencem ao Legitimado. No Brasil, em um escrow-posse, apenas os frutos percebidos até a consumação da transferência de propriedade devem ser entregues ao Depositante e os frutos pendentes cabem ao Legitimado.

II.7.5. Fase de entrega

O contrato escrow termina com a entrega do bem objeto do escrow ao Legitimado. Essa fase trata principalmente do repasse do bem ao Beneficiário (se a condição se materializar) ou de sua devolução ao Depositante (se a condição falhar).

II.7.5.1. Obrigação de entrega

A implementação ou a falha da condição encerra o estado de pendência e determina a quem o bem objeto do escrow deve ser entregue. O Legitimado, que até então tinha apenas um direito expectativo, fortalece sua posição jurídica para uma pretensão contratual à entrega contra o agente escrow[911] – em um escrow-posse, ele inclusive já terá a propriedade da coisa. Se o agente Escrow atua exclusivamente para o Legitimado a partir desse momento (a outra parte principal não teria mais interesse no bem em escrow) depende do momento em que se produz o efeito de adimplemento. Essa "mudança de lado" só se passa no caso de um escrow-substituição; no Escrow-alternativa, o agente escrow deve continuar a buscar os interesses de ambas as partes principais até a entrega efetiva.[912]

Determinar a implementação da condição nem sempre será simples. As partes principais e o agente escrow podem chegar a conclusões diferentes no tocante a esse ponto e então surge

[911] Cf. RÜGER, Schirin. **Die Doppeltreuhand zur Insolvenzsicherung von Arbeitnehmeransprüchen**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2010, p. 193 (relativamente a pretensões de empregados contra o fiduciário duplo).
[912] Contrariamente à opinião aqui defendida, essa "mudança de lado" é reconhecida na Alemanha para o depósito notarial, cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 27. No sentido de que apenas os interesses do legitimado à entrega seriam afetados após a prontidão para entrega, vide *supra* cap. II.7.2.2.1.

a questão de saber se a conclusão de uma parte é superior à da outra. O interesse próprio do agente escrow em tal determinação é inegável, pois sua obrigação de entrega depende disso. A forma como o agente escrow deve se comportar durante a pendência do litígio e como as partes principais podem provocar a prolação de uma decisão judicial vinculante têm bases legais diferentes na Alemanha e no Brasil.

II.7.5.1.1. Alemanha

O repasse ao Beneficiário ou a devolução ao Depositante é uma manifestação da obrigação de entregar o que foi recebido e o que foi obtido no âmbito de um mandato oneroso, de acordo com o § 667 BGB. Isso abrange todos os recursos entregues ao mandatário para o objetivo de executar a incumbência (o recebido), bem como as vantagens que se encontram em relação de causalidade e intrinsecamente ligados à incumbência (o obtido).[913] O agente escrow fica, portanto, obrigado a devolver o bem que está em escrow, juntamente com os frutos e eventuais sub-rogados, ao Legitimado.[914]

Os requisitos para a entrega em um contrato escrow são muito semelhantes em seu escopo aos requisitos para desembolso em um depósito notarial. Conforme já explicado, eles configuram condições para o surgimento da obrigação de repassar ou devolver o bem.[915] Assim como no depósito notarial, para bem atender ao fim do contrato, eles devem ser regulados no escrow como se o preço fosse pago diretamente e sem o envolvimento de um fiduciário.[916] O fiduciário está estritamente vinculado aos requisitos para desembolso e não tem margem de discricionariedade para deles se desviar.[917]

Para evitar questões de interpretação e possível responsabilização, recomenda-se que os

---

[913] Cf. com maiores referências SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 667 BGB, n. 10, 12.

[914] Cf. SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021, § 667 BGB, n. 33.

[915] Vide cap. II.2.1.1.1.

[916] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 49; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 76; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 72.

[917] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 76; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 90.

requisitos para desembolso sejam formuladas de forma clara e inequívoca,[918] e o notário deve estar em condições de constatar sua ocorrência.[919] Formulações dependentes de atividade interpretativa complexa[920] ou constatações de natureza factual que exijam conhecimento especializado [921], como "assegurar" a averbação de uma garantia real sobre o imóvel[922] ou a verificação do progresso de uma obra[923], devem ser evitadas pelo notário. Esse princípio não pode ser

[918] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 78; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 74; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 51.

[919] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 79; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 57 BeurkG, n. 52; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 628; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, § 27 DONot, n. 19; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 86.

[920] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 57 BeurkG, n. 74.

[921] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 86; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 57 BeurkG, n. 79.

[922] O BGH decidiu sobre essa formulação em caso julgado em 1987. O banco financiador da compra havia entregue ao notário um cheque com a instrução: "este cheque só pode ser descontado quando estiver assegurada a averbação de nossa garantia real abstrata [*Grundschuld*] de primeiro grau sobre o imóvel" (tradução livre) (no original: "*hierüber darf nur verfügt werden, wenn sichergestellt ist, dass unsere Grundschuld an erster Rangstelle eingetragen wird*"). O notário utilizou os fundos para quitar garantias reais gravadas sobre o imóvel, mas a data de vencimento do preço ainda pendia de autorizações governamentais e confirmações de não exercício do direito de preferência pelo ente público (*Negativattest*), embora a prenotação (*Auflassungsvormerkung*) de transferência da propriedade em favor do comprador já tivesse sido realizada no livro de imóveis (*Grundbuch*). Com o surgimento de divergências entre as partes do contrato de compra e venda, o acordo de transmissão formal (*Auflassung*) nunca chegou a ser concluído e o banco exigiu o reembolso dos valores. O BGH decidiu que somente o acordo de transmissão formal (*Auflassung*) teria gerado essa asseguração e, por consequência, o notário teria violado deveres ínsitos à sua posição. A decisão afirma que o registro só é assegurado "quando apenas atos do notário réu, conforme seus deveres oficiais, e do ofício de registro de imóveis responsável forem necessários para registro do direito" (tradução livre) (no original: "*wenn zur Eintragung des Rechts nur noch das pflichtgemäße Handeln des beklagten Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten erforderlich war*") (ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 166/86 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1987. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1987, p. 560 (p. 561)).

[923] Em um caso decidido pelo BGH, o notário tinha de fazer pagamentos a uma empresa de construção "assim que a execução dos trabalhos (...) for confirmada" (tradução livre) (no original: "*sobald die Durchführung der Gewerke (...) bestätigt ist*"). O relatório de progresso da obra deveria ser elaborado pelo próprio mestre de obra (*Bauleiter*) da construtora. Após que o mestre de obras confirmar a conclusão das fundações, apesar de existirem defeitos construtivos, o notário desembolsou os valores correspondentes, o que foi contestado pelo autor da ação. O BGH decidiu que o notário havia violado os deveres próprios à sua função, porque ele não deveria aceitar uma ordem de custódia segundo a qual o relatório de progresso da obra seria elaborado por um terceiro possivelmente não neutro (ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 292/07 do III Senado Civil, de 10 de julho de 2008. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2009, p. 45).

transferido para o contrato escrow de plano. Com base no § 17 BeurkG, o notário tem o dever de aconselhamento perante as partes envolvidas, o qual não existe para o agente escrow. E o § 57(3) BeurkG proíbe o notário de aceitar uma ordem de custódia que não contenha todos os elementos necessário ao processamento regular do adimplemento do negócio subjacente, o que em geral também não se aplica ao agente escrow. Assim, se a ordem de custódia contiver um dever do notário de constatar determinados fatos para os quais ele não tenha conhecimento especializado, ou contiver requisitos de desembolso pouco claros que o notário não deva interpretar por conta própria, ele deverá informar as partes envolvidas e ajudar a esclarecer tais aspectos para evitar mal-entendidos. É importante que o texto seja claro e compreensível. Essas peculiaridades do depósito notarial decorrem da natureza pública (*amtliche Natur*) da função notarial e, portanto, não se estendem ao agente escrow. Não há nenhuma exigência de evitar tais formulações ou constatações nas instruções do escrow. Entretanto, no caso de instruções pouco claras ou ambíguas, o agente escrow pode anunciar sua interpretação e solicitar às partes principais que esclareçam o conteúdo das instruções.[924]

Não é incomum que a entrega dependa do consentimento da parte principal contrária, como em uma instrução conjunta. Para não relegar essa condição completamente ao arbítrio de uma parte principal, o negócio principal normalmente fornece a base jurídica para o ajuizamento de uma ação tendo por objeto o consentimento na emissão da instrução. [925] Então, além da pretensão decorrente do negócio principal, há também uma pretensão ao consentimento à entrega.[926]

---

[924] Vide cap. II.6.2.1 acima.

[925] De menor importância prática é o debate sobre se uma pretensão ao consentimento para desembolso de dinheiro é da mesma natureza que um crédito de dinheiro. Esse debate afeta principalmente a compensação de créditos recíprocos (cf. BIEDER, Marcus; GURSKY, Karl-Heinz. §§ 387-396 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 387 BGB, n. 129 seq.). Não se trata aqui de compensar créditos recíprocos das partes principais. Essa discussão tampouco constitui obstáculo à compensação com a remuneração do agente escrow, pois ambas as dívidas de dinheiro são devidas pelas partes; o consentimento para a entrega diz respeito apenas à relação entre as partes principais.

[926] A opinião presumivelmente majoritária na doutrina do depósito notarial afirma que o processo judicial de acordo com o § 60(3), n. 2, 3 BeurkG não é dirigido contra o notário, mas sim ao consentimento da outra parte para o desembolso ou reembolso. Vide SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 163; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 60 BeurkG, n. 48 seq.; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 60 BeurkG, n. 40 seq.; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 649; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**.

Se houver dúvidas sobre quem é a parte com legitimação à entrega, o agente do escrow deve continuar a manter o bem objeto do escrow consigo até que as partes principais cheguem a um consenso quanto a essa questão ou até que uma decisão judicial vinculativa seja proferida. Isso é uma emanação do fim de garantia. O agente escrow não viola seu dever de entregar o bem se proceder dessa forma. Semelhantemente ocorre no depósito notarial,[927] o qual serve como base para a analogia, por se tratar de um efeito do fim da garantia e não de um dever do notário marcado pela sua função pública.

A opinião do agente escrow sobre a implementação da condição não é qualitativamente superior à de uma parte principal. A independência do agente escrow não significa que as partes principais lhe deixem a possibilidade de decidir sobre o implemento da condição. O agente escrow não é árbitro. A BeurkG não aborda essa questão diretamente, mas pode-se vislumbrar no § 60(3) BeurkG a lógica de que a opinião do notário, na realidade, é subalterna à das partes principais. Se estas últimas emitirem uma instrução conjunta, o notário precisa seguir essa instrução; se a revogação de uma instrução for feita unilateralmente, o notário só pode verificar a plausibilidade da causa da revogação, desde que a revogação se baseie no distrato, na ineficácia ou na reversão do negócio principal.[928] Não há razão para que esse princípio da revogação de instruções não se aplique também à determinação do cumprimento das condições em um contrato escrow. Se ambas as partes principais concordarem que a condição se materializou ou falhou, então qualquer opinião contrária do agente escrow deve se curvar ao comando das partes principais. Se uma parte principal contestar unilateralmente a implementação da condição, o agente escrow não poderá impor sua opinião à parte contestadora; de fato, ele precisa aguardar

Munique: C. H. Beck, 1995, § 174 (a "declaração de consentimento" (*Zustimmungserklärung*) seria, no entanto, uma declaração de vontade de natureza procedimental e abstrata perante o notário).

[927] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 180/58 do III Senado Civil, de 21 de dezembro de 1959. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1960, p. 265 (p. 270). A literatura de comentários geralmente aponta que, havendo dúvidas sobre a legitimação para a entrega do dinheiro, ele deve continuar sendo mantido na conta de custódia notarial até que a questão seja decidida amigável ou judicialmente ou ainda de acordo com procedimento do § 15 BNotO. Veja-se WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 24; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 58 BeurkG, n. 30; VOLHARD, Rüdiger. Amtspflichten des Notars bei Eingriffen in den Vertragsvollzug. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1987, p. 523-551, p. 530 seq. (a revogação não precisa contradizer o § 242 BGB); GRZIWOTZ, Herbert; HEINEMANN, Jörn. **Beurkundungsgesetz**. 3ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2018, § 58 BeurkG, n. 21. Enfatizando a necessidade de justificativa para a recusa ao desembolso: WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 158 seq.; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, § 27 DONot, n. 29 seq., ambos com ulteriores referências.

[928] Vide cap. II.7.2.2.1 acima.

um acordo entre as partes principais ou uma decisão vinculante.

Não se pode estender ao contrato escrow, por outro lado, o § 61, n. 2 BeurkG, o qual impõe ao notário que se abstenha de realizar a entrega se reconhecidamente houver risco de causar danos irreparáveis. Essa regra se aplica, por exemplo, quando a situação econômica de uma das partes do contrato piora drasticamente ou quando haja pretensões contrárias da outra parte (como redução de preço ou indenização).[929] A lei parte da ideia básica de que o não desembolso (isto é, a não entrega) provisório causa menos danos do que se os valores forem entregues e não possam mais ser reembolsados posteriormente (por exemplo, devido à insolvência do destinatário).[930] Essa obrigação do notário não se encaixa no contrato escrow. O cumprimento estrito das instruções tem precedência. Um desvio a esse princípio só poderia ser aceito se houvesse uma instrução clara. A atividade de um notário acaba sendo mais prudente nesse tocante do que a do agente Escrow, devido a seu caráter público.

II.7.5.1.2. Brasil

A obrigação de entregar o bem e todas as vantagens provenientes da incumbência decorre naturalmente do contrato escrow. Se necessário, as disposições contratuais podem ser complementadas pela última parte do art. 668 CC, segundo o qual tais vantagens devem ser repassadas, independentemente do fundamento para sua obtenção (*por qualquer título que seja*).[931]

As condições que envolvam constatações de natureza factual que exijam conhecimento especializado devem ser evitadas, pois oferecem margem para opiniões divergentes quanto ao implemento das condições. Também devem ser evitadas redações que necessitem de atividade interpretativa complexa. Idealmente, o agente escrow deve estar em condições de constatar ele mesmo o cumprimento das condições. Em caso de dúvidas, o agente escrow sempre pode expor

---

[929] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 61 BeurkG, n. 12; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 61 BeurkG, n. 9. Pretensões contrárias não seriam suficientes para o § 60(3) BeurkG (revogações de instruções), mas o são para o § 61 n. 2 BeurkG (abstenção de entregar o bem), veja: HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 61 BeurkG, n. 8.

[930] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 217.

[931] Isso não significa que todos os benefícios obtidos ocasionalmente devam ser encaminhados ao mandante. Somente aqueles que estão em relação causal com o mandato são abrangidos pela última parte do art. 668 CC (veja-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 116).

sua opinião para as partes principais e estabelecer um prazo para que as partes se manifestem. Assim ele assegura que agirá com base em entendimento uniforme das partes envolvidas ou que provocará uma disputa da qual surgirá uma decisão final com relação ao manuseio do bem.

A realização da condição dá origem à obrigação de entregar. A opinião do agente escrow sobre a ocorrência da condição não é qualitativamente superior à das partes principais, pois ele não é árbitro. Porém, a opinião uníssona das partes principais é qualitativamente superior à do agente escrow, porque os interesses das partes principais têm precedência sobre os interesses do agente escrow. Se as partes principais podem modificar uma instrução por comum acordo, com maior razão podem também constatar o cumprimento da condição.

Mais complexa é a situação em que as partes principais não estejam de acordo quanto à implementação da condição. Assim que uma parte principal apresenta sua objeção ao agente escrow, deve ele notificar a outra parte principal. Isso é uma consequência do dever de notificar que se aplica a qualquer administração de interesses alheios.[932] Para evitar que o bem permaneça depositado em escrow indefinidamente, o agente escrow pode indicar como pretende proceder e estabelecer um prazo para que as partes principais se manifestem. Se as partes concordarem com a sequência do procedimento, a questão estará resolvida. Caso contrário, o agente escrow deve remeter as partes principais à via judicial e abster-se de realizar qualquer entrega até que a disputa tenha sido decidida. Esse princípio pode ser derivado do fim de garantia, ou seja, do conteúdo implícito do negócio.[933] A forma peculiar do contrato escrow de garantir a transação consiste na substituição do devedor pelo agente escrow, em quem as partes depositam maior confiança, ou na constituição de uma dívida paralela tendo este último por devedor.[934] Se o agente escrow pudesse entregar o bem durante o litígio das partes principais, essa garantia se perderia. A norma frequentemente vista em contratos que autoriza a suspensão da entrega em tais casos ilustra os usos do tráfico estabelecidos em muitas áreas e, assim, confirma a norma obtenível a partir do fim do contrato. Se o contrato escrow for estruturado de tal forma que o agente escrow só possa entregar se houver uma instrução conjunta ou uma decisão judicial, então a questão sequer se coloca.

O fundamento para esse proceder também pode ser obtido a partir do art. 332 CC. De

---

[932] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 111 (o autor se limita a relações de mandato, mas essa lógica pode ser generalizada).

[933] O fim do contrato como meio de interpretação da vontade comum (implícita) das partes: vide NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 449; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

[934] Vide cap. II.2.4 acima.

acordo com esse dispositivo, as obrigações condicionais devem ser cumpridas na data de implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que o devedor tomou ciência do implemento da condição. A doutrina costuma extrair desse artigo, sem aprofundar a questão, a regra de que se trata de uma questão de ônus da prova. O ônus de provar a implementação da condição ficaria, assim, com o credor.[935] Embora essa afirmação esteja correta, o conteúdo normativo do art. 332 CC precisa ser analisado com maior profundidade. De plano, fica claro a partir da sua redação que o credor não precisa necessariamente provar a ocorrência da condição ao devedor, pois o devedor também pode tomar conhecimento dela por conta própria. A última parte do artigo não limita a ciência do devedor à situação em que ele é informado pelo credor; ele também pode obter ciência por outras formas.[936] Segue-se que o ônus da prova mencionado no art. 332 CC não é do credor frente ao devedor, mas frente ao juiz. O devedor não é árbitro da adequação das provas do credor. Isso, por si só, não diz muito, pois o autor em um processo judicial deve, em regra, provar os fatos constitutivos de seu direito em qualquer caso, art. 373, inc. I, CPC. Do art. 332 CC extrai-se muito mais uma regra de imputação de conhecimento: a obrigação condicional já é devida desde a ocorrência da condição, salvo convenção em contrário, mas sua exigibilidade depende da ciência do devedor. Se o credor não puder provar que o devedor estava ciente, a ação deve ser julgada improcedente. A verdadeira questão é, então, qual padrão deve ser aplicado à imputação de conhecimento do art. 332 CC. Seria uma matéria de conhecimento positivo ou de conhecimento exigível?[937] Há melhores razões em favor da segunda concepção. A relação obrigacional é uma relação de cooperação entre devedor e credor com vistas ao adimplemento. Ambas as partes devem se esforçar para atingir o adimplemento

[935] Cf. LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 264; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 91; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 630; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017, p. 198; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 263.

[936] Cf. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 263 (a tomada de ciência pode ocorrer por ato do credor ou de terceiro).

[937] O conhecimento positivo abrange apenas os fatos que a pessoa realmente conheceu. Já o conhecimento exigível também inclui fatos que poderiam ter sido descobertos com certo grau de diligência (vide GREZZANA, Giacomo. O qualificador de conhecimento (*knowledge qualifier*) e suas relações com a cláusula de declarações e garantias em alienações de participação societária. *in*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; SETOGUTI Julio Pereira, Rafael (orgs.). **Fusões e aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 229 seq.).

da melhor forma possível.[938] Um comportamento proativo é esperado do devedor, que deve empregar ordinária diligência para obter conhecimento do implemento da condição. Portanto, o credor não precisa provar ao tribunal que o devedor realmente sabia, mas apenas que ele poderia saber do implemento da condição se tivesse agido com diligência.

O agente escrow deve, portanto, exercer diligência ordinária para tentar descobrir se a condição chegou a se implementar. Isso exclui medidas extraordinárias, como um exame *in loco* ou um re-exame das provas apresentadas pelo Legitimado, a menos que isso seja exigido pelas instruções do escrow ou pelos usos do tráfico. Muitos contratos escrow preveem uma obrigação das partes principais de notificar o agente escrow acerca do implemento da condição, de modo que tal obrigação pode ser vista em determinados ramos de mercado como um uso do tráfico, e o agente escrow pode adotar, assim, uma postura mais passiva. Se as partes principais litigarem sobre o implemento da condição, o agente escrow sempre poderá alegar que não teve conhecimento do implemento da condição, pois ele não é obrigado e nem tem o direito de tomar uma decisão sobre o assunto, como se árbitro fosse. Em caso de desacordo entre as partes principais sobre a ocorrência da condição, o agente escrow pode, portanto, sempre suspender a entrega até que a questão seja esclarecida ou finalmente decidida. Isso dá ao agente escrow conforto em relação a como proceder em situações de litígio. O agente escrow não viola seus deveres se proceder dessa forma – a retenção do bem é, na verdade, uma demanda do fim de garantia. Embora o autor (ou réu) vencedor da ação judicial possa argumentar que a condição ocorreu em momento anterior, ele não pode exigir do agente escrow a entrega do bem (por falta de exigibilidade da entrega pendente decisão final da questão de mérito) ou indenização por inadimplemento do contrato (devido à falta de violação de um dever, ou seja, falta de ato ilícito). Se o agente escrow entregar o bem antes que o litígio seja finalmente resolvido, ele corre o risco de que a sua opinião acerca da ocorrência da condição não seja confirmada no processo judicial.

Em resumo: em caso de litígios entre as partes principais quanto à ocorrência da condição, o direito à entrega será eficaz, mas não exigível devido à falta de conhecimento pelo agente escrow, para os fins do art. 332 CC, quanto à ocorrência da condição, até que se chegue a uma solução consensual entre as partes principais ou seja proferida uma decisão final. Além disso, o agente escrow deve suspender a entrega do bem durante a pendência da lide em vista do fim garantia. Se ele retiver o bem objeto do escrow durante o litígio, não estará violando nenhuma

[938] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29 seq.

obrigação. Se ele realizar a entrega, fá-lo-á por sua conta e risco.

II.7.5.1.3. Conclusão

A situação de direito não é significativamente diferente na Alemanha e no Brasil, no que diz respeito à eficácia da obrigação de entregar o bem. A obrigação de entrega é o núcleo de todo contrato escrow e pode ser complementada pelo § 667 BGB ou pelo art. 668, última parte, CC. Deflui do fim do contrato que o agente escrow pode reter o bem em caso de disputas relativas ao implemento da condição. Nenhuma parte do contrato escrow tem uma interpretação superior à dos demais envolvidos quanto à ocorrência da condição, exceto no caso de uma interpretação unívoca por ambas as partes principais, a qual deve ser observada pelo agente escrow.

II.7.5.2. Entrega devido à extinção antecipada do contrato

No capítulo anterior, foi abordado o surgimento da obrigação de entrega devido ao implemento ou falha da condição. Mas também a extinção antecipada do contrato escrow pode desencadear a obrigação de entrega.

Os requisitos para a extinção antecipada do contrato escrow são diferentes na Alemanha e no Brasil. Na Alemanha, a extinção pode-se basear, por exemplo, nas regras sobre resilição do contrato de empreitada, §§ 648, 648a BGB. No Brasil, sobretudo a norma sobre revogação e renúncia do mandato contida no art. 682 CC, por analogia, pode embasar um pleito de resilição. Não há aqui necessidade de analisar todas a causas de extinção antecipada do contrato escrow (como resolução, resilição motivada *etc*.). É digno de nota, contudo, que a resilição sem justa causa pelos fiduciantes, ou seja, pelas partes principais, exige uma declaração consensual de resilição, porque a persecução de interesses alheios ocorre em benefício de partes com interesses conflitantes. Seria contrário ao fim e à lógica do contrato escrow que uma parte principal pudesse resilir a relação sozinha sem justa causa. Esse tópico não será, assim, objeto de maiores divagações nesta sede. De maior relevância são os efeitos da extinção antecipada sobre a obrigação de entrega do bem.

A partir do momento em que a extinção antecipada se torna eficaz, o agente escrow não pode mais manter o bem consigo em escrow. Surge então a questão quanto a quem o bem deve ser entregue. Em que pese o fim de garantia argumente contra a entrega a uma parte principal isoladamente, a entrega a elas em conjunto (ou seja, a transferência da posse direta para as partes principais como compossuidoras em um escrow-posse ou a transferência da co-

titularidade do direito em um escrow-direito) é normalmente difícil de executar e tampouco representa uma garantia comparável para a transação. Não se pode inferir do fim de garantia que a extinção do contrato tenha o condão de converter a entrega originalmente prevista a uma parte principal em um recebimento conjunto pelas partes principais. Isso seria ir longe demais.

Não há outra solução a não ser devolver o bem à parte principal de quem o agente escrow houve o bem, ou seja, ao Depositante. A garantia da transação é então desfeita e a parte responsável pela extinção do contrato escrow responde pelo desfazimento da garantia. As partes principais podem, no entanto, nomear consensualmente um novo agente escrow,[939] que continuará a perseguir os interesses de ambas em uma nova relação de escrow.

Em um contrato escrow multidirecional não é fácil determinar a quem o bem objeto do escrow deve ser entregue, porque ambas as partes principais atuam como Depositante e Beneficiário. Em um contrato escrow regido pelo direito alemão, o agente escrow pode, então, depositar o bem por incerteza quanto a pessoa do credor, desde que tal incerteza não seja por negligência sua (§ 372, frase 2, alternativa 2, BGB). Em um contrato escrow submetido ao direito brasileiro, ele pode consignar o bem, de acordo com o art. 335, inc. IV, CC, uma vez que há dúvida sobre quem pode legitimamente recebê-lo.

Essa situação pode ser ilustrada com o caso do *Citibank*[940] no Brasil. Durante o prazo do escrow, o Citibank, como agente escrow em um Escrow de M&A, teve de resilir o contrato devido à potencial venda de suas operações no Brasil. Como as partes principais não lograram chegar a um acordo sobre a entrega dos valores depositados em escrow a um novo agente escrow, o Citibank entrou com ação de consignação em pagamento. Em decisão interlocutória, o Citibank foi autorizado a consignar os valores em juízo. Embora a decisão não mencione expressamente, ela poderia ter sido fundamentada no art. 335, inc. IV, CC.

---

[939] Um paralelo com a insolvência do fiduciário duplo do direito alemão pode apoiar essa conclusão. O fiduciário duplo insolvente, assim como o agente escrow, é um terceiro neutro que desempenha uma função de garantia. Se ele tiver de entregar o objeto de garantia prematuramente em virtude do exercício de um direito de separação (*Aussonderungsrecht*) nos termos da InsO, as partes envolvidas podem, segundo a opinião dominante, nomear conjuntamente um novo fiduciário (cf. com maiores referências GANTER, Hans Gerhard. §§ 47-52 InsO. *in*: STÜRNER, Rolf; EIDENMÜLLER, Horst; SCHOPPMEYER, Heinrich (coords.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Munique: C. H. Beck, 2019, § 47 InsO, n. 390; HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 160 seq.).

[940] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação de consignação em pagamento n. 1066520-23.2017.8.26.0100 da 9ª vara cível do foro central cível da comarca de São Paulo. Juiz Valdir da Silva Queiroz Junior, São Paulo/SP, 11 de julho de 2017.

II.7.5.3. Consignação em pagamento pelo agente escrow

Em princípio, o agente escrow não precisa custodiar o bem após o vencimento da obrigação de entrega. Se, por exemplo, for estipulado um prazo para o término da persecução de interesses ou se ele tiver de abrir espaço em suas dependências para receber outros bens em escrow, deve ser-lhe assegurada a possibilidade de se liberar da persecução de interesses. Essa possibilidade se torna mais difícil se o Legitimado não retirar o bem e, assim, incorrer em mora do credor, ou se as partes principais litigarem sobre o implemento da condição. A saída natural para esse impasse seria a consignação (*Hinterlegung*) nos termos do § 372 BGB e seguintes na Alemanha, ou o pagamento em consignação previsto no art. 334 CC e seguintes no Brasil. No entanto, deve ser examinado se a situação peculiar em um contrato escrow impõe alguma especificidade a esse respeito.

II.7.5.3.1. Alemanha

A consignação pelo devedor prevista no § 372 BGB é um sub-rogado do adimplemento (*Erfüllungssurrogat*). O devedor se libera da obrigação ao consignar a coisa nos casos previstos no § 372 BGB, sem que lhe caiba o direito de retirá-la (§§ 376, 378 BGB). De acordo com o § 372 BGB, as causas de consignação são a mora do credor (*Annahmeverzug*), a incerteza sobre a pessoa do credor (desde que não baseada em negligência do devedor) e outras razões assentadas na pessoa do credor, em virtude das quais a obrigação não possa ser cumprida, ou ao menos não possa de forma segura. Isso se justifica, porque o devedor tem interesse em se liberar de sua obrigação, mas obstáculos ao cumprimento podem surgir na esfera de risco do credor.[941] A consignação objetiva, assim, superar um obstáculo ao cumprimento.[942] Se houver uma causa para consignação nos termos do § 372 BGB e o devedor consignar o objeto da prestação, ele inicialmente tem ainda o direito de retirar a coisa exercitável a qualquer tempo (§ 376 BGB).[943] Se a retirada restar excluída, o efeito liberatório se produz imediatamente e a partir do momento em que a relação de consignação se estabelece.[944] O efeito de adimplemento se produz a partir

[941] Cf. FETZER, Rhona. §§ 362-386 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 372 BGB, n. 1.
[942] Cf. GERNHUBER, Joachim. **Die Erfüllung und ihre Surrogate**. 2ª ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, § 15 II, 4.
[943] Cf. ULRICI, Bernhard. §§ 372-387 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2022, § 376 BGB, n. 14, 20.
[944] Cf. KERN, Christoph Alexander. §§ 362-386 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers**

do momento em que o direito de retirada deixa de existir (§ 378 BGB).

A possibilidade de consignar pelo § 372(2) BGB está, em princípio, também à disposição do notário em um depósito notarial. Naturalmente, os requisitos da consignação devem estar presentes.[945] Na fundamentação da possibilidade de consignar é ressaltado que o notário não pode ser forçado a realizar a custódia por prazo imprevisível.[946] Entretanto, o notário não é obrigado a consignar, mesmo que os requisitos para tanto sejam atendidos.[947] A consignação representa um risco para o notário, pois ele não tem como saber antecipadamente se os requisitos da consignação serão posteriormente confirmados pelas cortes; em particular, ele está exposto ao risco de indenização[948] e ao risco de violação de seus deveres oficiais como notário[949], se a consignação for declarada improcedente. Essa é uma simples aplicação dos princípios de direito civil ao depósito notarial e mostra que a consignação sob o § 372 BGB é compatível com os fins de garantia e adimplemento. Logo, o § 372 BGB também poderia representar um

---

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 378 BGB, n. 8; ULRICI, Bernhard. §§ 372-387 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2022, § 378 BGB, n. 41.

[945] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 180/58 do III Senado Civil, de 21 de dezembro de 1959. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1960, p. 265 (p. 270 seq.); WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 26; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 56 (aplicação por analogia do § 372 BGB); MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 32 (com referência ao fato de que a literatura mais antiga não aceitava a consignação pelo notário); em sua conclusão também DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 72. Contra: BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 648 (o notário deve decidir por conta própria se os requisitos do desembolso estão presentes).

[946] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 26a; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 182; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 34.

[947] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 32; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 58.

[948] Cf. WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 160.

[949] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 57.

sub-rogado do adimplemento para a obrigação de entrega do agente escrow. O agente escrow não precisa continuar custodiando o bem indefinidamente, pois o agente escrow é liberado de sua obrigação com a consignação do § 372 BGB.

Para que o agente escrow possa consignar o bem, os requisitos do § 372 BGB devem, obviamente, ser atendidos. Isso inclui o caso em que as partes principais estejam litigando sobre o implemento da condição ou sobre a legitimação ao bem objeto do escrow, pois haverá aí uma incerteza fundada sobre a pessoa do Legitimado. Mesmo que a pessoa do Legitimado esteja já determinada, se ele não retirar o bem junto ao agente escrow haverá um caso de mora do credor que autoriza, assim, a consignar.

II.7.5.3.2. Brasil

O pagamento em consignação, nos termos do art. 334 CC, é uma forma indireta de efetuar o pagamento da dívida e é pensado para os casos em que o credor – voluntariamente ou não – não coopera para o pagamento. Os fundamentos do pagamento em consignação são, portanto, a falta de cooperação do credor e a simplificação do adimplemento de uma dívida.[950] O Código Civil lista onze causas para o pagamento em consignação em seu art. 335. Essas causas, todavia, não são exaustivas.[951]

A consignação ocorre perante o foro competente e requer uma ação judicial. O efeito de pagamento se produz quando o credor aceita a consignação ou quando a ação é declarada procedente, tendo como data-base o momento em que é feita a consignação. A decisão judicial tem natureza declaratória.[952] O consignante pode levantar o objeto consignado até a aceitação ou impugnação do credor (art. 338 CC). A exclusão do direito de levantar o depósito não tem

[950] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 414 seq.

[951] Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 2. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 421 seq.; MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 434; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 287 seq. Contra: SOARES, Alice dos Santos. Pagamento indireto ou especial (arts. 334 a 359). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 405 seq.

[952] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 447 seq. De forma similar: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXIV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 336.

necessariamente o efeito de cumprimento no Brasil, pois a impugnação do credor também leva à exclusão desse direito sem produzir efeito de cumprimento.[953] Dívidas em dinheiro são um caso à parte. O dinheiro pode ser depositado junto a uma instituição bancária e o devedor se libera se o credor não impugnar a consignação dentro de 10 dias (art. 539, § 2°, CPC). Em caso de impugnação, o devedor precisa entrar com ação judicial (art. 539, § 3°, CPC).

Casos de consignação em pagamento tendem a ocorrer em contratos escrow quando o Legitimado é conhecido, mas não recebe o bem, ou quando as partes principais disputam a ocorrência da condição (ou seja, disputam a legitimação ao bem objeto do escrow). Na primeira hipótese, o pagamento em consignação é possível pelo art. 335, incs. I ou II, CC. Se a legitimação ao bem estiver em disputa, então o pagamento em consignação pode ser feito por dúvidas sobre a pessoa que pode legitimamente receber o objeto, de acordo com o art. 335, inc. IV, CC. A dúvida não precisa ser absoluta, no sentido de que a pessoa do credor seja desconhecida. Uma dúvida relativa também é suficiente,[954] como se vários credores desejam excluir uns aos outros do direito ao pagamento,[955] ou se a configuração do título do credor for duvidosa. A dúvida deve ser justificada, ou seja, deve atender ao padrão abstrato da pessoa razoável e às circunstâncias do caso específico.[956] Se as partes principais litigarem sobre o implemento da condição, estar-se-á diante de um caso de indeterminação da pessoa do credor da obrigação de entrega. Como o agente escrow não é árbitro da disputa, pode-se tomar por ponto de partida que haverá dúvida justificada sobre quem tem pretensão à entrega do bem e, portanto, o suporte fático do art. 335, inc. IV, CC, estará preenchido.

Por razões equivocadas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a transferência de valores de uma conta escrow para uma conta judicial no caso *Usiminas.*[957] Não se tratava ali do cumprimento de um dever pré-existente do agente escrow, de forma que o depósito judicial não configurava uma forma indireta de adimplemento. A transferência foi

---

[953] Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Vol. XXIV. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 324.
[954] Cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 444.
[955] Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 2. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 420 seq.
[956] Cf. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 295 seq.
[957] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2222323-25.2016.8.26.000 da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Hamid Bdine, São Paulo/SP, 7 de dezembro de 2016.

determinada em decisão interlocutória apenas para proteger os interesses do autor. Ao assim proceder, o tribunal estadual alterou completamente a garantia da transação, contrariando a vontade das partes, e acabou avocando para o tribunal uma função de garantia que não lhe compete. O caso do *Citibank* mencionado acima (cap. II.7.5.2) faz melhor demonstração de que a função de garantia do contrato escrow é compatível com o depósito em consignação do bem.

II.7.5.3.3. Conclusão

Apesar das diferentes regulamentações relativas à consignação (*Hinterlegung*) na Alemanha e ao pagamento em consignação no Brasil, os resultados alcançados em ambos os países são muito semelhantes. O agente escrow pode consignar o bem que é objeto do escrow, se os requisitos forem atendidos e, assim, se liberar da obrigação de entrega. Isso não conflita com os fins de garantia e adimplemento do contrato escrow.

II.7.5.4. Cessão e penhora da pretensão à entrega

O destino da pretensão à entrega está, de certo modo, ligado ao da dívida principal, pois serve para garanti-la e cumpri-la. Em um escrow-substituição, a cessão e a penhora da pretensão à entrega não são particularmente problemáticas, pois essa pretensão é a única coisa que o Legitimado pode exigir. A cessão e a penhora da pretensão à entrega em um escrow-alternativa apresentam particularidades, pois o Beneficiário ainda pode exigir a dívida principal, após o implemento da condição. Nessa situação, a pretensão à entrega poderia ser cedida ou penhorada separadamente da dívida principal? Esse tópico é discutido na doutrina de direito notarial alemã e pode indicar o caminho para a solução dessa questão no contrato escrow.

II.7.5.4.1. Alemanha

A pretensão ao desembolso contra o notário em um depósito notarial é considerado um direito acessório, nos termos do § 401(1) BGB.[958] Esse parágrafo dispõe que direitos acessórios e auxiliares (*Neben- und Hilfsrechte*) são automaticamente transferidos com a cessão do crédito.

[958] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 41; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 62; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 105; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 242/97 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1998. **Neue juristische Wochenschrift,** 1998, p. 2134 (p. 2135); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 37/15, de 9 de junho de 2016. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2016, p. 957 (p. 959 seq.).

Hipotecas, hipotecas de navios, penhores e direitos decorrentes de uma fiança são expressamente mencionados no § 401 BGB, mas a listagem não é exaustiva. Outros direitos acessórios e auxiliares que servem para realizar e garantir um crédito também são transferidos ao novo credor por efeito da cessão.[959] Apenas os direitos que, em razão de seu conteúdo ou de sua própria existência, sejam dependentes do crédito cedido (direitos acessórios e auxiliares dependentes) estão abrangidos nesta regra. Como sua cessão isolada levaria a uma mudança no seu conteúdo e, assim, à proibição de cessão de acordo com o § 399, alternativa 1, BGB, tais direitos e pretensões só podem ser cedidos juntamente com o crédito.[960] Nesse sentido, a transferência automática é a contrapartida da falta de credibilidade de forma independente.[961]

Fala-se, assim, em "cessão dupla" (*Doppelabtretung*) da pretensão ao desembolso (pretensão à entrega) contra o notário, já que ela não pode ser cedida separada do preço de compra subjacente.[962] Uma cessão isolada da pretensão ao desembolso poderia pôr em risco a segurança jurídica, pois o legitimado a receber os valores ainda poderia dispor livremente da pretensão ao preço, enquanto tal pretensão existir. [963] No caso de cessão da pretensão ao preço, a pretensão contra o notário é transferida automaticamente devido ao seu caráter dependente,[964] mas na cessão da pretensão ao desembolso isoladamente, deve-se apurar, por meio de interpretação

[959] Cf. BUSCHE, Jan; §§ 401-413 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 401 BGB, n. 3, 28.

[960] Cf. BUSCHE, Jan; §§ 401-413 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022, § 399 BGB, n. 38.

[961] Cf. KIENINGER, Eva-Maria. §§ 398-413 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 401 BGB, n. 1.

[962] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 35; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 89; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 33; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 47. Opinião diferente: DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 55 seq. (cessão isolada possível a partir do momento em que se reúnem as condições para o desembolso).

[963] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 242/97 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1998. **Neue juristische Wochenschrift,** 1998, p. 2134 (p. 2135).

[964] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 33 seq.; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 57; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 37/15, de 9 de junho de 2016. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2016, p. 957 (p. 959 seq.).

contratual, se as partes quiseram ceder também a pretensão ao preço.[965] De acordo com a opinião majoritária, o notário só precisa observar a cessão se uma nova instrução lhe for dada pelo até então legitimado à entrega.[966]

Tal como ocorre no depósito notarial, em escrows-alternativa o destino da pretensão à entrega não pode ser completamente separado daquele da dívida principal. Se a entrega for feita a um terceiro, esse terceiro também precisa ser titular da dívida principal para não prejudicar a lógica econômica da transação. Nesse sentido, a dívida principal e a pretensão à entrega também constituem um direito principal e um direito acessório, respectivamente, no escrow-alternativa e estão sujeitas à proibição de cessão isolada, nos termos do § 399(1) BGB, e à transferência automática por cessão do direito principal, conforme § 401 BGB.

A penhora da pretensão à entrega segue a mesma lógica da cessão. De acordo com a opinião predominante, a penhora do saldo na conta de custódia notarial exige a penhora concomitante da pretensão ao preço ("teoria da dupla penhora") (*Doppelpfändung*).[967] Iria contra a segurança jurídica, se o direito acessório pudesse ser penhorado isoladamente,[968] pois as partes

---

[965] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 90; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 187.

[966] Cf. com ulteriores referências WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 36. Contra: HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 34.

[967] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 41; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 64; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 57; REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 225; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 645; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 28; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 66/87 do IX Senado Civil, de 30 de junho de 1988. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1989, p. 234; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 242/97 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1998. **Neue juristische Wochenschrift,** 1998, p. 2134. Opinião contrária: DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 67 seq.

[968] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 66/87 do IX Senado Civil, de 30 de junho de 1988. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1989, p. 234; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 242/97 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1998. **Neue juristische Wochenschrift,** 1998, p. 2134; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 102.

do contrato de compra e venda continuariam podendo dispor da pretensão ao preço (por exemplo, o comprador poderia pagar ao vendedor diretamente ou o vendedor poderia ceder o crédito). Com a penhora, o credor exequente entra no lugar do vendedor, inclusive no procedimento notarial de custódia.[969] Por isso a penhora não pode conceder ao credor mais direitos do que o próprio comprador o poderia. O credor que promove a penhora tem direito apenas aos valores que competiriam ao vendedor.[970]

De acordo com a opinião dominante, a penhora do preço também abrange a pretensão contra o notário ao desembolso,[971] pois ele é acessório (§ 401 BGB).[972] Por outro lado, a penhora é ineficaz se apenas a pretensão contra o notário for penhorada.[973] De acordo com outra

---

[969] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 38; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 44. De forma similar: MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 67.

[970] Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 70; WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 44; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 646; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 106; REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989, p. 225; DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, p. 68; WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004, § 49; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 152/96 do IX Senado Civil, de 20 de novembro de 1997. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1998, p. 626 (p. 628).

[971] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 41; ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021, Vorb. § 27 DONot, n. 57; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 29; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 37/15, de 9 de junho de 2016. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2016, p. 957.

[972] Cf. HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 29; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 78.

[973] Cf. WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022, § 58 BeurkG, n. 41; MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 79; SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016, § 23 BNotO, n. 191; HERTEL, Christian. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe.

opinião, a penhora de ambos é necessária, pois o notário precisaria estar ciente da penhora do crédito subjacente para poder desembolsar corretamente ao credor que promove a penhora.[974] Se a penhora ocorrer após a extinção da pretensão ao preço (por exemplo, porque foi estipulada a produção do efeito de adimplemento já na prontidão para a entrega), não há que se falar em dupla penhora[975] – isso comprova o dito acima, no sentido de que uma dupla cessão ou dupla penhora não pode ocorrer se o Beneficiário tiver apenas a pretensão à entrega, sem uma dívida subjacente paralela, como é o caso do escrow-substituição.

De resto, esses princípios também se aplicam à penhora da pretensão à entrega em um escrow-alternativa. A penhora da dívida principal abrange a pretensão à entrega como um direito acessório, de acordo com § 401 BGB, mas esta última não pode ser penhorada isoladamente.

II.7.5.4.2. Brasil

A questão da cessão ou penhora da pretensão à entrega juntamente com a dívida principal em um contrato escrow deve ser colocada em primeira linha na teoria geral dos bens. De acordo com o art. 92 CC, os bens principais são aqueles que existem por si mesmos, enquanto os bens acessórios supõem a existência do bem principal. Os direitos que garantem a realização de outro direito são direitos acessórios.[976] Os bens também podem ser classificados de acordo com sua natureza móvel ou imóvel. Bens móveis incluem, entre outros, os direitos reais sobre objetos móveis e direitos pessoais de caráter patrimonial (art. 83, incs. II e III, CC). Os bens imóveis compreendem, entre outros, o solo e os direitos reais sobre imóveis (arts. 79, 80, inc. I, CC). Com base nessa definição, a pretensão à entrega em um escrow-alternativa pode ser descrita, em relação à dívida principal, como bem móvel acessório ou direito acessório, pois serve exclusivamente para garantir e adimplir a dívida principal.

Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 23 BNotO, n. 28; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 66/87 do IX Senado Civil, de 30 de junho de 1988. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1989, p. 234.

974 Cf. KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 111 seq.

975 Cf. MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023, § 58 BeurkG, n. 65; KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995, § 114; BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651, p. 645 (o depósito notarial, então, não mais garante os interesses do comprador).

976 Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 373 (direitos que garantem ou facilitam a realização ou o exercício de um direito são direitos auxiliares e estes constituem uma espécie de direito acessório).

Não há uma regulamentação geral no Código Civil para os bens acessórios. Eles são mencionados de forma dispersa nos artigos do código. No entanto, o aforisma latino *accessorium sequitur principale* é amplamente conhecido em doutrina. Esse princípio está refletido em diversas passagens do Código Civil, como nos arts. 183, 233, 287, 364, 384, 822 CC. Daí se segue que a cessão ou penhora do crédito objeto do negócio principal deve incluir a pretensão à entrega.

No que diz respeito à cessão de créditos, o Código Civil (art. 287 CC) afirma expressamente que os acessórios também são transferidos.[977] Essa regra é dispositiva.[978] Portanto, o crédito principal pode ser cedido sem o acessório, se o art. 287 CC for afastado convencionalmente. Outra questão é se o acessório pode ser cedido sem a cessão simultânea do crédito principal. *Pontes de Miranda* acertadamente rejeita essa possibilidade com relação à cessão da fiança sem a cessão do crédito principal, uma vez que "se trata de crédito acessório que de modo nenhum poderia interessar sem a cessão do crédito principal".[979] O que acontece então com a garantia, se as partes excluírem contratualmente a transferência de acessórios e o crédito principal for cedido? Pois sem um crédito a ser pago com a garantia, está última é vã. *Pontes de Miranda* aponta corretamente que a separação da fiança do crédito principal em razão da cessão deste último só faz sentido se o cedente ficar responsável pela solvência do devedor. O fiador permanece então responsável perante o cedente pela quitação da dívida ao cessionário. Se o cedente pagar a dívida ao cessionário (por exemplo, porque o devedor ficou insolvente), ele pode proceder contra o fiador.[980]

Dito de outra forma, garantias se referem, em regra, a um crédito principal e, nesse sentido, configuram bens acessórios.[981] O princípio *accessorium sequitur principale* opera em ambas as direções no caso de cessões de créditos: por um lado, ele determina a transferência de bens acessórios juntamente com o crédito principal; por outro lado, ele proíbe a cessão do acessório isoladamente. Se a garantia pudesse ser completamente dissociada do crédito garantido, consequências absurdas seriam produzidas. O credor poderia vender o crédito a um terceiro e,

---

977 Cf. HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31 (a cessão do crédito inclui direitos e pretensões relacionados).
978 Cf. HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31. De acordo com o art. 287 CC, a transferência de bens acessórios somente se aplica "salvo disposição em contrário".
979 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 374.
980 Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volume XXIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais, p. 374.
981 Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 168.

se o devedor entrasse em mora, ele poderia excutir a garantia e manter o produto para si, enquanto o terceiro comprador não mais poderia exigir o pagamento. Ou ainda mais absurdo: o terceiro adquirente da garantia isolada só poderia excutir a garantia em caso de inadimplemento pelo devedor; em caso de cumprimento adequado do contrato, ele nunca receberia seu pagamento e a garantia se extinguiria. À parte prejudicada restaria apenas uma pretensão por enriquecimento sem causa contra o cedente, ou a cessão teria de ser tratada como negócio aleatório. A artificialidade de tais construções salta aos olhos. O crédito principal e a garantia não podem seguir caminhos separados, pois visam a atingir o mesmo resultado, qual seja, a satisfação do credor.

A própria definição legal resolve a questão: bens acessórios supõem a existência do bem principal (art. 92 CC). Sem uma conexão com o bem principal, o bem acessório não tem sentido lógico ou econômico e, portanto, não pode continuar a existir. Se o bem acessório é tal que pode continuar a existir sem o bem principal, então ele não é, por definição, um bem acessório, mas um bem principal. O art. 287 CC deve ser interpretado de forma que as partes possam conceder autonomia ao acessório durante a cessão do direito principal, se isso for compatível com sua natureza e, então, ele não precisa acompanhar o direito principal. As partes também podem alterar o acessório na cessão, de modo que ele possa existir sem o direito principal, ou extinguilo. O exemplo da fiança *de Pontes de Miranda* apenas demonstra que a fiança pode se acoplar a outro crédito quando o crédito inicialmente garantido é cedido, ou seja, ao crédito do cessionário contra o cedente, se o devedor for insolvente, ou ao crédito do cedente contra o devedor, se, na forma do art. 346, inc. III, CC, o crédito reverter ao cedente após ser por ele quitado.

Se o crédito principal deve ser satisfeito preferencialmente com a excussão de outro bem, como em uma dação *pro solvendo*, então o crédito principal é o direito principal, enquanto o objeto da dação *pro solvendo* funciona como bem acessório. A satisfação preferencial do credor com o objeto da dação não altera o fato de que ele constitui apenas uma possibilidade adicional de satisfação, sem se tornar o objeto da prestação.

A penhora do direito principal deve ser tratada de forma semelhante à cessão, embora o CPC não contenha nenhuma disposição explícita sobre a penhora de direitos acessórios. Se houver um direito acessório ao lado do crédito penhorado, o qual sirva como garantia, ele deve ser logicamente incluído na penhora – *accessorium sequitur principale*. E, assim como na cessão de crédito, faz pouco sentido penhorar apenas o direito acessório.

Eventuais fatores de eficácia para a cessão ou penhora do direito acessório devem,

obviamente, ser observados. Por exemplo, o devedor de um crédito cedido fiduciariamente em garantia deve ser notificado da cessão ao novo credor (art. 290 CC). A intimação da penhora do crédito cedido fiduciariamente em garantia também precisa ser notificada ao devedor (art. 855, inc. I, CPC).

É uma questão de interpretação se o contrato de cessão ou mandado de penhora do acessório também inclui o direito principal. Em caso de dúvida, deve-se presumir uma "dupla cessão" ou "dupla penhora", pois quem quer ceder ou penhorar o direito principal provavelmente também quer ceder ou penhorar o direito acessório e vice-versa. Entretanto, a cessão ou a penhora do direito principal nem sempre estará sujeita aos mesmos requisitos que a cessão ou penhora do acessório. Se, por exemplo, uma quantia em dinheiro é penhorada e, posteriormente, se descobre que o dinheiro foi transferido ao devedor executado por um terceiro como caução da prestação adequada de serviços por esse terceiro, é questionável se a penhora do direito (principal) aos serviços ou a penhora de ambos os direitos foi pretendida, pois a prestação de serviços do terceiro não é adequada para satisfazer os interesses do credor exequente.

Como resultado, a pretensão à entrega em um escrow-alternativa deve sempre ser cedida ou penhorada juntamente com a dívida principal. Sobretudo a exigência da "dupla penhora" é relevante no escrow-alternativa, pois ocasionalmente acontece de as contas escrow serem penhoradas na praxe judicial brasileira,[982] sem considerar sua relação com a dívida principal. Para consumar tal penhora, o juiz teria, na verdade, de verificar se o(s) crédito(s) a ser(em) satisfeito(s) com o valor depositado em escrow também pode(m) ser penhorado(s).

II.7.5.4.3. Conclusão

As exigências de "dupla cessão" e "dupla penhora" devem ser observadas na Alemanha e no Brasil em um contrato escrow-alternativa, pois acessórios só podem ser cedidos ou penhorados juntamente com o direito principal. Isso significa que a cessão ou penhora do bem objeto do escrow requer a cessão ou penhora da dívida principal.

II.8. Contrato escrow na execução forçada

Devido à qualificação do contrato escrow como uma *Treuhand* dupla na Alemanha ou um negócio fiduciário duplo no Brasil, terceiros credores do agente escrow podem tomar medidas executivas sobre o bem objeto do escrow, imaginando que o bem integra o seu patrimônio.

[982] Vide cap. II.8.2.2.

No escrow-posse, as partes principais estão suficientemente protegidas contra tais intervenções promovidas por terceiros credores do agente escrow. Como o Depositante continua proprietário ou titular do direito, ele sempre pode objetar à constrição por meio de uma objeção de terceiro (*Drittwiderspruchsklage*) na Alemanha ou por meio de embargos de terceiro no Brasil, assim como o pode também o Beneficiário, na qualidade de terceiro interessado. A penhora por credores do agente escrow poderia, todavia, dar azo a dificuldades para as principais partes em um escrow-direito, uma vez que o bem faz parte do patrimônio do agente escrow. Isso representaria, contudo, uma desvantagem desproporcional para as partes principais, porque o contrato escrow não objetiva ao enriquecimento do agente escrow. O agente escrow não oferece qualquer contraprestação pela aquisição do bem que é objeto do escrow, mas apenas o utiliza como base para o desempenho da sua incumbência. O bem passa apenas temporariamente pelo seu patrimônio. Se os credores terceiros do agente escrow pudessem executá-lo, a garantia da transação restaria esvaziada.

Se o credor exequente realizar constrições sobre o bem objeto do escrow devido a uma dívida do Depositante, tanto o agente escrow quanto o Beneficiário de um escrow-posse podem opor que a propriedade sobre o bem fora transferida para o Beneficiário sob condição suspensiva. O Beneficiário goza, então, de proteção pelo § 161(1), frase 2, BGB na Alemanha[983] ou pelo art. 126 CC no Brasil. Quando a condição se implementa, as disposições realizadas no período de pendência no âmbito da execução, tais como a penhora do bem, ou no âmbito do arresto se tornam ineficazes, de modo que o direito expectativo do Beneficiário fica de certa forma blindado contra medidas executivas. No caso de um escrow-direito, o bem não faz mais parte do patrimônio do Depositante, mas ele possui um direito expectativo. Terceiros credores do Depositante não são prejudicados, pois eles ainda podem executar o direito expectativo. Como resultado, a garantia da transação não resta prejudicada.

A execução pelos credores do Beneficiário é menos problemática. A pretensão à entrega não entra em seu patrimônio antes que a condição seja implementada. Até lá, o Beneficiário tem apenas um direito expectativo, que pode então ser penhorado.

Dito de forma resumida, as partes principais estão suficientemente protegidas contra a interferência de credores terceiros em um escrow-posse, cuja estrutura é comparável à de um escrow impróprio, porque também aqui a pretensão à entrega é inicialmente conferida ao

[983] Cf. com maiores referências BORK, Reinhard. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020, § 161 BGB, n. 9.

Depositante e cedida sob condição suspensiva. No caso do escrow-direito, por outro lado, as partes principais não estão suficientemente protegidas contra medidas executivas de terceiros credores do agente escrow. Essa questão será abordada nos próximos capítulos com base nos princípios da *Treuhand* e do negócio fiduciário. Essa questão é de grande importância nos contratos escrow brasileiros, uma vez que frequentemente penhoras em contas escrow por terceiros credores do titular da conta não são incomuns na vida prática.

Este trabalho não trata da disciplina jurídica do bem objeto do escrow na insolvência, o que demandaria estudo especial devido às peculiaridades do direito insolvencial. Também possui pouca relevância a *Treuhand* ou negócio fiduciário, cujo objeto não consista na atribuição plena da propriedade ou titularidade de um direito (como no caso da *Treuhand* formatada apenas com a autorização para dispor ou do negócio fiduciário tendo por objeto apenas uma procuração em causa própria), pois aí o bem não integrará o patrimônio do fiduciário. Apenas a execução do bem por terceiros credores das partes do escrow em um escrow-direito (ou seja, em uma *Treuhand* de direitos (*Vollrechtstreuhand*) ou negócio fiduciário tendo um direito por objeto) será aqui abordada.

II.8.1. Alemanha

Diferentes consequências jurídicas são disparadas na Alemanha, conforme o bem objeto da *Treuhand* seja constrito por credores do fiduciário ou do fiduciante. O fim da *Treuhand* (fins de garantia, administração ou adimplemento) e a disposição de interesses (em especial o caráter de *Treuhand* dupla) também atraem consequências jurídicas diferentes. Uma breve explanação das relações externas em outros tipos de *Treuhand* é fundamental para lidar com a questão da execução forçada nas relações externas do contrato escrow.

II.8.1.1. Execução por credores do agente escrow

II.8.1.1.1. *Treuhand* para fins de garantia

Em uma *Treuhand* com fins de garantia, o fiduciário obtém o bem objeto da *Treuhand* para garantir um crédito próprio seu. Na execução individual por um credor do fiduciário, o fiduciante pode ajuizar ação de objeção de terceiro nos termos do § 771 ZPO antes de o devedor entrar em mora, pois o bem funciona apenas como garantia. Se o devedor deixar de pagar no

vencimento, então, de acordo com a opinião dominante, ele não pode mais objetar à penhora.[984] No entanto, uma vez presentes os requisitos para que se proceda à excussão do bem, reconhece-se que o fiduciário só pode reter o produto da excussão do bem até o montante do crédito garantido. Em vista disso, o fiduciante deve, no mínimo, ter pretensão à satisfação preferencial com o produto da excussão, na parte que excede o montante da sua dívida, conforme o § 805 ZPO, mesmo que ele não possa mais objetar à penhora pelo terceiro.[985] Se o pacto de garantia perder objeto, por exemplo, porque a dívida garantida foi paga, o fiduciante pode exigir a devolução do bem dado em garantia.

II.8.1.1.2. *Treuhand* para fins de adimplemento

A execução sobre um bem que é objeto de uma *Treuhand* com fim de adimplemento (aqui se toma por base o caso da dação *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber*)) se assemelha a uma *Treuhand* para fim de garantia cujo crédito garantido não tenha sido quitado no vencimento.[986] Isso se explica, porque o fiduciário à partida tem o direito de excutir o bem outorgado em garantia para com ele satisfazer seu crédito. Os credores do fiduciário na *Treuhand* para fins de adimplemento podem, portanto, penhorar o bem objeto da *Treuhand* e, se o produto da excussão exceder o valor da dívida, o fiduciante pode exigir para si satisfação preferencial quanto ao excesso.

II.8.1.1.3. *Treuhand* para fins de administração

No núcleo da proteção do fiduciante em uma *Treuhand* para fins de administração está a ideia de que o fiduciário adquire a propriedade ou a titularidade do bem objeto do escrow sem ter de oferecer qualquer contraprestação. O acesso ao bem objeto da *Treuhand* por terceiros credores ver-se-ia às voltas com uma contradição valorativa, pois a movimentação patrimonial

---

[984] Cf. LACKMANN, Rolf. §§ 704-796 ZPO. in: MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang. **Zivilprozessordnung**. 20ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2023, § 771 ZPO, n. 18; GERNHUBER, Joachim. Die fiduziarische Treuhand. **Juristische Schulung**, Munique, 1988, p. 355-363, p. 359; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 60/77 do VIII Senado Civil, de 28 de junho de 1978. **Neue juristische Wochenschrift,** 1978, p. 1859 (p. 1860). Vide também com ulteriores referências: SCHMIDT, Karsten; BRINKMANN, Moritz. §§ 766-793 ZPO. *in*: RAUSCHER, Thomas; KRÜGER, Wolfgang (coords.). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Volume 2. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 771 ZPO, n. 29 (criticamente à visão dominante).

[985] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, § 4, B, II, 2, c (no caso de execução em um crédito cedido fiduciariamente como garantia (*Sicherungsabtretung einer Forderung*), diversamente, a ação de objeção de terceiro seria admissível, porque a satisfação preferencial nos termos do § 805 ZPO não se aplicaria a créditos).

[986] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, § 4, C, II, 1.

jamais fora pensada para aumentar o patrimônio do fiduciário, responsável por suas dívidas. O incremento jamais teria, assim, ocorrido sem um sacrifício patrimonial correspondente pelo fiduciário.[987] O sentimento de equidade exige a proteção do fiduciante. O modo como isso pode ser justificado do ponto de vista técnico-jurídico é objeto de intensos debates. As abordagens mais importantes são analisadas a seguir.

II.8.1.1.3.1. Separação de propriedade formal e material

Mesmo antes da entrada em vigor do BGB, o tribunal do império alemão (*Reichsgericht*) já fornecera uma justificativa inicial com a distinção entre propriedade formal e material ou entre propriedade jurídica e econômica. De acordo com uma decisão conhecida do ano 1890, a *Treuhand* não provocaria a transferência do bem ao patrimônio do fiduciário, porque a vontade das partes contratantes seria direcionada apenas a uma transferência formal, mas não material da propriedade.[988] Consequentemente, o fiduciante poderia reclamar o bem objeto da Treuhand para si, em caso de falência ou de execução forçada contra o fiduciário. Essa fundamentação foi replicada em várias decisões do tribunal imperial antes e depois da promulgação do BGB. Ela vem eventualmente atrelada ao próprio conceito de *Treuhand*.[989]

II.8.1.1.3.2. O princípio da imediatidade

Uma pedra angular da proteção do fiduciário no relacionamento externo foi deitada por terra na decisão RGZ 84, 214 com o chamado princípio da imediatidade. O caso dizia respeito à aquisição de um terreno e à subsequente celebração de contratos de aluguel em nome próprio pelo fiduciário. O terreno nunca havia pertencido anteriormente ao fiduciante; o fiduciário o

---

[987] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 1973, p. 825-833, p. 832.

[988] SeuffArch 46, 91: "era visível que a vontade das partes contratantes não estava voltada à transferência de fato dos créditos pendentes ao réu e que este último, portanto, apenas formalmente (como no caso da fidúcia do direito romano antigo) teria se tornado proprietário dos mesmos, enquanto eles permaneceram materialmente como propriedade do réu" (tradução livre) (no original: "*so war ersichtlich der Wille der Contrahenten gar nicht auf eine wirkliche Übertragung der Ausstände an Beklagten gerichtet und würde dieser daher auch durch die Cession nur formell (wie bei der fiducia des älteren röm. Rechts) Eigenthümer derselben geworden sein, während sie materiell Eigenthum des Beklagten verblieben waren*"). O caso se referia à venda de uma empresa com todos os ativos e passivos, na qual o comprador deveria cobrar todos os créditos surgidos antes da venda por conta do vendedor e repassá-los a ele. Com a entrada do comprador em falência, o vendedor emitiu uma circular para os devedores desses recebíveis solicitando o pagamento direto para si, o que encontrou resistência do administrador da falência. O tribunal do império concedeu ao vendedor o direito de separação (*Aussonderungsrecht*) contra a massa.

[989] Esse raciocínio pode ser encontrado, por exemplo, na decisão ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença V 352/11 do V Senado Civil, de 20 de março de 1912, **Reichsgericht in Zivilsachen,** volume 79, p. 121 acima mencionada (veja nota de rodapé n. 299). Para uma digressão detalhada sobre a evolução do conceito de *Treuhand* na jurisprudência do tribunal do império, veja-se BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 2, I, 1.

adquirira em um leilão público diretamente em seu próprio nome, mas por conta do fiduciante. Ele cobrava regularmente os aluguéis e os repassava ao fiduciante. Quando da penhora de vários locatícios devidos ao fiduciário por um de seus credores, o fiduciante ajuizou ação de objeção de terceiro. O tribunal do império julgou a ação improcedente, porque o fiduciante só mereceria proteção contra intervenções dos credores do fiduciário se ele transferisse a propriedade do bem objeto da *Treuhand* diretamente de seu patrimônio para o fiduciário. Direitos cuja primeira aquisição ocorra já no patrimônio do fiduciário não gozariam de tal proteção. O tribunal assentou essa decisão na separação entre propriedade formal e material e acrescentou que uma transferência jurídica, embora não econômica, a partir do patrimônio do fiduciante só pode ser reconhecida como tal, quando o fiduciante "confia, ou seja, transfere, um bem aos cuidados de outrem de tal forma que a outra pessoa exerça o direito a ela transferido em nome próprio, mas não em benefício próprio".[990] Além disso, o tribunal do império também afirmou que o § 392(2) HGB, segundo o qual os créditos do comissário em um contrato de comissão, mesmo que ainda não tenham sido cedidos ao comitente, são considerados créditos do comitente em relação aos credores do comissário, representa uma exceção a esse princípio, pois no contrato de comissão ficaria claro ao tráfico jurídico que o comissário age à conta de outrem e que, portanto, deve-se contar com uma objeção por terceiro na execução forçada.[991] Assim foi cunhado o chamado princípio da imediatidade, o marcou fortemente a jurisprudência posterior do tribunal do império e do BGH.[992]

Que a necessidade de passagem direta do bem do patrimônio do fiduciante ao do fiduciário representa uma restrição à proteção do fiduciante, isso dispensa explicações mais detalhadas. Na *Treuhand* por aquisição (*Erwerbstreuhand*), os direitos são adquiridos diretamente no patrimônio do fiduciário, nenhuma transferência direta de bens é iniciada pelo fiduciante, e na *Treuhand* por acordo (*Vereinbarungstreuhand*) a propriedade do bem já se encontra no patrimônio do fiduciário.[993] O princípio da imediatidade foi duramente criticado na literatura. Ele

[990] ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 448/13 do VII Senado Civil, de 19 de fevereiro de 1914, **Reichsgericht in Zivilsachen**, volume 84, p. 214 (p. 217). É digno de nota que, nessa decisão, o tribunal do império não apenas criou um pré-requisito para a proteção do fiduciante no plano externo, mas também limitou o conceito de *Treuhand* à *Treuhand* por transferência (*Übertragungstreuhand*).

[991] Cf. ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 448/13 do VII Senado Civil, de 19 de fevereiro de 1914, **Reichsgericht in Zivilsachen**, volume 84, p. 214 (p. 216).

[992] Para uma análise detalhada do desenvolvimento de tal jurisprudência, veja-se BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 2, I, 1, b), aa) e bb).

[993] Cf. MARTINEK, Michael; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017, Vorb. § 662, n. 47 (devido ao princípio da imediatidade, o direito de separação

foi repreendido, por exemplo, porque a imediatidade poderia ser facilmente contornada com a transferências em ida-e-volta do bem, de modo a forjar uma transferência imediata.[994] No entanto, esse movimento pendular com o bem objeto da *Treuhand* não seria de se impor ao tráfico jurídico, pois poderia criar custos desnecessários, especialmente em se tratando de imóveis.[995] Ademais, ao princípio da imediatidade se opõe que a cognoscibilidade da propriedade limitada (apenas no plano obrigacional), propiciada pela imediatidade, não seria adequada para combater o risco de crédito visto como essencial na jurisprudência do tribunal do império.[996_997] Ainda, segundo *Canaris,* o requisito da imediatidade seria estranho ao sistema, pois a atribuição de efeitos reais depende de outros critérios, como especialidade e publicidade, mas não da imediatidade da transferência patrimonial. Outrossim, o princípio da imediatidade obviamente não se aplicaria a outros casos legalmente previstos de *Treuhand*, como o disposto no § 392(2) HGB.[998] Em vista dessas críticas, não surpreende que o próprio BGH tenha deixado em aberto, em uma decisão de 2003, se a imediatidade configura traço distintivo adequado do instituto.[999]

Ao fim e ao cabo, apesar das críticas, o princípio da imediatidade ainda constitui pedra angular da proteção do fiduciante na *Treuhand* de direitos com fins de administração. Embora a jurisprudência tenha desenvolvido também outros critérios para a proteção do fiduciante, como ainda será demonstrado, o princípio da imediatidade não foi abandonado.

II.8.1.1.3.3. Exceção à imediatidade: contas fiduciárias ostensivas

As contas fiduciárias ostensivas constituem uma importante exceção ao requisito de imediatidade na jurisprudência. Em uma conta fiduciária, o saldo da conta é um crédito contra a instituição financeira administrado como objeto da relação fiduciária. O saldo raramente é

(*Aussonderungsrecht*) ou a ação de objeção de terceiros (*Drittwiderspruchsklage*) só é admitida na *Treuhand* genuína, ou seja, na *Treuhand* por transferência); ASSFALG, Dieter. **Die Behandlung von Treugutut im Konkurs des Treuhänders**. Berlim: De Gruyter Verlag, 1960, p. 122.

[994] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 748.

[995] Cf. BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 4, I, 3, a).

[996] Especialmente na seguinte decisão: ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença 542/08 VII, de 15 de outubro de 1909, **Juristische Wochenschrift**, 1910, n. 4 (n. 2).

[997] Cf. BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 4, I, 3, b), aa).

[998] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, p. 411.

[999] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 75/01 do IX Senado Civil, de 24 de junho de 2003. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 155, p. 227, § 14 seq.

transferido imediatamente do patrimônio do fiduciante, pois a transferência para a conta fiduciária cria um novo crédito contra o banco em caráter originário na pessoa do fiduciário. Assim, o princípio da imediatidade dificilmente poderia ser atendido em uma conta fiduciária.[1000] A despeito disso, na jurisprudência do BGH se formou a opinião de que os depósitos em contas fiduciárias ostensivas devem ficar fora do alcance de terceiros credores. Esse desenvolvimento se evidencia sob duas perspectivas. De um lado, o BGH tem afirmado repetidamente que direitos de penhor e compensação do banco mantenedor da conta fiduciária oriundos de pretensões contra o fiduciário são excluídos apenas nas contas fiduciárias ostensivas.[1001] Por outro lado, a ação de objeção de terceiro e o direito de separação (*Aussonderungsrecht*) insolvencial em relação a depósitos em contas fiduciárias ocultas são rejeitados, mas acolhidos em contas fiduciárias ostensivas.[1002]

A necessidade de ostensividade da conta fiduciária para a outorga de proteção ao fiduciante foi, porém, questionada em algumas ocasiões. Em uma famosa decisão de 1973, o BGH afirmou que a ostensividade da conta fiduciária no momento de sua abertura seria essencial apenas para a interpretação da declaração de vontade do banco de renunciar aos direitos de penhor, compensação e de retenção por exceção de contrato não cumprido

---

[1000] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Bankvertragsrecht**. 1ª Parte. 3ª ed. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988, § 280; BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 88 seq.

[1001] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 186/83 do III Senado Civil, de 14 de março de 1985. **Neue juristische Wochenschrift**, 1985, p. 1954 (exclusão do direito de penhor do banco sobre os saldos das contas se presume nas contas fiduciárias ostensivas); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 263/85 do III Senado Civil, de 22 de junho de 1987. **Neue juristische Wochenschrift**, 1987, p. 3250 (no caso de contas fiduciárias ostensivas, a exclusão do direito de compensação do banco é considerada pactuada); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 270/86 do VI Senado Civil, de 13 de outubro de 1987. **Neue juristische Wochenschrift,** 1988, p. 263 (o banco não pode tomar em penhor os saldos de contas se lhe for cognoscível que o titular da conta mantém os depósitos em caráter fiduciário); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 98/87 do II Senado Civil, de 12 de outubro de 1987. **Neue juristische Wochenschrift**, 1988, p. 709 (o banco pode compensar depósitos na conta pessoal do fiduciário); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença de 25.09.1990 - XI ZR 94/89, **Neue juristische Wochenschrift** 1991, 101 (exclusão do direito contratual de penhor do banco sobre o saldo da conta exige a revelação da natureza fiduciária da conta quando de sua abertura).

[1002] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 36/69 do VIII Senado Civil, de 16 de dezembro 1970. **Neue juristische Wochenschrift,** 1971, p. 559 (crédito do fiduciante, que é quitado por transferência para a conta comercial do advogado, não preenche o requisito de imediatidade); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 45/92 do IX Senado Civil, de 19 de novembro de 1992. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report** 1993, p. 301 (não há direito de separação (*Aussonderungsrecht*) em relação ao saldo em conta fiduciária do administrador de um imóvel, cuja natureza fiduciária não foi revelada); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 422/04 do III Senado Civil, de 7 de julho de 2005. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen,** 2005, p. 1796 (ao direito de separação (*Aussonderungsrecht*) ou à ação de objeção de terceiro do fiduciante basta que "a conta possa ser claramente identificada ou comprovadamente destinada exclusivamente ao recebimento de recursos de terceiros vinculados a um propósito fiduciário" (tradução livre). No original: "*das Konto offen ausgewiesen oder sonst nachweisbar ausschließlich zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmt ist*").

(*Zurückbehaltungsrecht*) sobre o saldo da conta, não, porém, para a execução forçada por terceiros credores do fiduciário. Para tanto, o fator decisivo seria se a conta foi criada exclusivamente para a custódia de recursos de terceiros, mas não a publicidade do seu caráter fiduciário.[1003]

O BGH também afastou o requisito de ostensividade em decisões que não diziam respeito a disputas contra o banco mantenedor da conta. Em uma decisão de 1996, o fiduciante levantou objeção de terceiro contra a penhora pelo estado do saldo da conta administrada em seu favor por conta de dívidas fiscais do advogado fiduciário. O BGH mais uma vez rejeitou o requisito de publicidade do caráter fiduciário, mas insistiu na exclusividade da utilização da conta para fins fiduciários. Se os recursos objeto da *Treuhand* forem mantidos em uma conta que não seja exclusivamente dedicada à administração de recursos de terceiros, então o saldo da conta não poderia ser atribuído ao patrimônio do fiduciante. Se recursos próprios e de terceiros estiverem misturados na conta, "o saldo credor contra o banco ainda faz parte do patrimônio do advogado; ao mandante só cabe uma pretensão obrigacional à obtenção [dos recursos], com base no § 667 BGB" (tradução livre).[1004] No caso concreto, o advogado usara a conta de custódia (*Anderkonto*) para pagar suas próprias dívidas fiscais, mas, na opinião do BGH, isso ainda era insuficiente para rejeitar a ação de objeção de terceiro.[1005] É importante observar que, nessa decisão, o BGH se referiu expressamente à manutenção separada das massas patrimoniais e fez disso um elemento de atribuição jurídico-patrimonial. Outras decisões dos anos 2003[1006] e 2011[1007] também seguiram essa linha jurisprudencial.

[1003] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 104/71 do II Senado Civil, de 25 de junho de 1973. **Neue juristische Wochenschrift,** 1973, p. 1754 (p. 1755). Essa lógica também foi seguida na decisão ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 251/92 do IX Senado Civil, de 01.07.1993. **Neue juristische Wochenschrift,** 1993, p. 2622 (depósitos na conta fiduciária não precisam ser ostensivos, desde que o princípio da imediatidade seja respeitado. A ostensividade é pré-requisito apenas para a exclusão dos direitos do banco sobre o saldo da conta, tais como penhor, compensação e exceção de contrato não cumprido (*Zurückbehaltungsrecht*)).

[1004] ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 151/95 do IX Senado Civil, de 8 de fevereiro de 1996. **Neue juristische Wochenschrift,** 1996, p. 1543 (p. 1543). Em *obiter dictum* do conhecido "casso do operador do caixa", o BGH também deu a entender que o descaminho dos recursos da conta fiduciária prejudica sua qualidade de conta fiduciária/bem fiduciário (ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 219/57 do VIII Senado Civil, de 7 de abril de 1959. **Neue juristische Wochenschrift,** 1959, p. 1223 (p. 1225)).

[1005] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 151/95 do IX Senado Civil, de 8 de fevereiro de 1996. **Neue juristische Wochenschrift,** 1996, p. 1543.

[1006] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 75/01 do IX Senado Civil, de 24 de junho de 2003. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 155, p. 227 (§ 15): "no caso em disputa, pode permanecer em aberto até que ponto os princípios de imediatidade e ostensividade (...) configuram critérios distintivos adequados em geral" (tradução livre). No original: "*im Streitfall kann dahingestellt bleiben, inwieweit die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Offenkundigkeit (...) allgemein taugliche Abgrenzungsmerkmale darstellen*".

[1007] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 49/10 do IX Senado Civil, de 10 de fevereiro de

Essa breve explanação mostra que o princípio da imediatidade não é aplicado de forma absolutamente consequente na jurisprudência alemã. É difícil explicar como a imediatidade da transferência patrimonial afeta a clivagem do patrimônio sob uma perspectiva econômica frente ao patrimônio do ponto de vista jurídico. Os critérios de ostensividade e manutenção de ativos separadamente aplicados a contas fiduciárias tampouco respondem diretamente à questão de por que alguns ativos integrantes do patrimônio do fiduciário não devem responder por seus passivos.

II.8.1.1.3.4. Superação do princípio da imediatidade?

Alguns autores e decisões do BGH propuseram ou aplicaram outros critérios para a concessão de proteção ao fiduciante em substituição ao princípio da imediatidade. Nem todos esses critérios podem ser analisados aqui. Para fins de comparação entre sistemas jurídicos, basta apresentar os critérios mais relevantes.[1008] Em primeiro plano aparece o conceito uniforme de propriedade do direito alemão. O contraste entre *numerus clausus* e requisitos para a prática de atos de disposição, de um lado, e a relevância quase-real do acordo de *Treuhand*, de outro lado, pode ser visto como causa das dificuldades que se colocam no contexto da *Treuhand*.[1009] A pergunta a ser respondida é, então, como o bem pode pertencer ao patrimônio do fiduciário, mas não ser responsável por seus passivos?

2011. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 2011, p. 779. O caso dizia respeito à insolvência de uma sociedade que oferecia participação em pools de investimento em opções. A fiduciária-devedora teria pago lucros inexistentes a investidores anteriores com base em demonstrações financeiras anuais fraudulentas e usado as contas nas quais os investidores efetuavam os depósitos (contas de coleta) (*Einzahlungskonten*) de forma contrária ao fim fiduciário, por exemplo, para pagamento a si mesma de, entre outros, taxas de administração e distribuição, comissões e ágio por meio de transferência para suas contas comerciais próprias. Ela também fizera transferências entre suas próprias contas comerciais e as de coleta. Quando aberta a insolvência da sociedade, um investidor pretendeu exercer o direito de separação (*Aussonderungsrecht*) sobre as contas de coleta, o que foi rejeitado pelo BGH, porque o uso indevido dos fundos dos investidores havia levado à perda do status de bem fiduciário: "o direito do fiduciante à restituição está crucialmente ligado à observância da vinculação fiduciária pelo fiduciário" (tradução livre) (p. 781) (no original: "*die Aussonderungsbefugnis des Treugebers ist entscheidend daran geknüpft, dass der Treuhänder die Treuhandbindung beachtet*"). E mais: "a infidelidade do fiduciário também tem como consequência o fato de que a conta como um todo não pode mais ser atribuída ao patrimônio do fiduciante" (tradução livre) (p. 781) (no original: "*die Untreue des Treuhänders hat jedoch auch zur Folge, dass das Konto insgesamt nicht mehr dem Vermögen des Treugebers zugerechnet werden kann*"). O que importa aqui é a ligação entre a administração separada de recursos de terceiros e a atribuição jurídico-patrimonial a um sujeito específico.

[1008] Para um relato completo das tentativas de justificar a proteção ao fiduciante na execução forçada na Alemanha, com as críticas mais relevantes a tais critérios, veja-se: LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, §§ 33, 34.

[1009] Cf. SCHMIDT, Karsten. Das Rätsel Treuhandkonto – Gedanken über "Unmittelbarkeit", "Mittelherkunft" und "Offenkundigkeit" als Kriterien der Verwaltungstreuhand. *in*: BUCHER, Eugen; CANARIS, Claus-Wilhelm; HONSELL, Heinrich; KOLLER, Thomas (coords.). **Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag**. Munique, Berna: C. H. Beck e Stämpfli Verlag, 2005, p. 933-963, p. 940 seq.

a) Publicidade

De acordo com o princípio da publicidade, o fiduciante teria direito à proteção se a relação de *Treuhand* tiver sido publicizada aos credores quando de sua estipulação.[1010] Embora esse princípio tenha encontrado apoio, pelo menos parcialmente, na jurisprudência com relação a contas fiduciárias, ela tem sido criticada como critério distintivo. Por um lado, aponta-se que muitos créditos não são tornados públicos.[1011] Por outro lado, sublinha-se que a publicidade não é requisito necessário ao estabelecimento de uma *Treuhand*,[1012] embora possa ser relevante para outras finalidades, como para a prova do caráter fiduciário ou para a presunção de uma renúncia implícita a direitos de penhor e compensação de um banco sobre o saldo da conta.

b) Determinação

A determinação do bem fiduciária também foi proposta como critério para a proteção do fiduciante na relação externa da *Treuhand*. O critério se baseia na constatação de que um objeto indeterminado ou indeterminável não pode ser separado de outros objetos.[1013] Se estiver misturado com outros objetos, não será mais possível precisar o que constitui o bem objeto da relação fiduciária. Pode-se contra-argumentar, entretanto, que a mera determinação do bem acabaria levando a uma extensão desse privilégio na falência e na execução forçada a praticamente todos os casos de representação indireta, contrariamente à valoração do legislador do

[1010] Cf. ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 219/57 do VIII Senado Civil, de 7 de abril de 1959. **Neue juristische Wochenschrift,** 1959, p. 1223 (p. 1225); CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, cap. II, 5, a); CANARIS, Claus-Wilhelm. **Bankvertragsrecht**. 1ª Parte. 3ª ed. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988, § 280.

[1011] Cf. HENSSLER, Martin. Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1996, p. 37-87, p. 57.

[1012] Cf. SCHMIDT, Karsten. Das Rätsel Treuhandkonto – Gedanken über "Unmittelbarkeit", "Mittelherkunft" und "Offenkundigkeit" als Kriterien der Verwaltungstreuhand. *in*: BUCHER, Eugen; CANARIS, Claus-Wilhelm; HONSELL, Heinrich; KOLLER, Thomas (coords.). **Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag**. Munique, Berna: C. H. Beck e Stämpfli Verlag, 2005, p. 933-963, p. 956 seq.; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 104/71 do II Senado Civil, de 25 de junho de 1973. **Neue juristische Wochenschrift,** 1973, p. 1754; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 251/92 do IX Senado Civil, de 01.07.1993. **Neue juristische Wochenschrift,** 1993, p. 2622; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 151/95 do IX Senado Civil, de 8 de fevereiro de 1996. **Neue juristische Wochenschrift,** 1996, p. 1543.

[1013] Cf. com maiores referências HENSSLER, Martin. Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1996, p. 37-87, p. 58 seq., ("o princípio da determinação, próprio ao direito insolvencial, decorre da essência da separação [*Aussonderung*] como o poder de separar ativos não pertencentes ao devedor comum da massa concursal") (tradução livre) (no original: "*der insolvenzspezifische Bestimmtheitsgrundsatz folgt aus dem Wesen der Aussonderung als der Befugnis, dem Gemeinschuldner nicht gehörendes Vermögen von der Konkursmasse abzutrennen*").

BGB.[1014]

c) Reificação de direitos obrigacionais

Assfalg queria extrair da comparação com o *trust* inglês um "direito do beneficiário" (*Benefiziarrrecht*). O conflito de interesses entre o terceiro credor e o fiduciante seria conhecido em ambos os sistemas jurídicos, mas resolvido de forma diferente. O direito inglês seria o mais favorável aos interesses do fiduciante, pois admite que o terceiro adquirente do bem objeto da relação fiduciária fique obrigado a entregá-lo ao fiduciante e seja tratado como se fosse um fiduciário, a menos que ele adquira o bem a título oneroso e sem dolo (*Vorsatz*) ou sem desconhecimento causado por negligência grosseira da vinculação fiduciária que pesa sobre ele. Nos sistemas jurídicos continentais, a proteção do terceiro seria privilegiada e o fiduciante só poderia proceder contra o fiduciário, exceto em caso de participação do terceiro contrária aos bons costumes (*sittenwidrig*) na aquisição do bem. De acordo com *Assfalg*, a "solução mais apropriada" para esse conflito de interesses no direito alemão consistiria em uma modificação da regulamentação inglesa.[1015] Ele chega assim à proposta de um "direito do beneficiário" (*Benefiziarrecht*), o qual se caracterizaria por ser uma "pretensão obrigacional à concessão do proveito econômico de um determinado bem, protegido pelo direito de separação [*Aussonderungsrecht*]" (tradução livre)[1016] como um "estágio primitivo da reificação do direito do beneficiário" (tradução livre).[1017] Os §§ 1, 43 KO, então vigentes, justificariam essa proposta, porque nem todos os bens de propriedade do devedor comum na insolvência estariam à disposição dos credores, mas apenas aqueles pertencentes ao seu patrimônio.[1018] A ação de objeção de terceiro do fiduciante pelo § 771 ZPO, não teria, porém, base na lei e teria de ser considerada como um desenvolvimento do direito costumeiro.[1019]

[1014] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, cap. II, 5, a, dd); BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 6, II, 4, e).

[1015] Cf. ASSFALG, Dieter. **Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders**. Berlim: De Gruyter Verlag, 1960, cap. 5, A.

[1016] ASSFALG, Dieter. **Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders**. Berlim: De Gruyter Verlag, 1960, p. 163 (no original: "*durch das Aussonderungsrecht geschützte[r] obligatorischer Anspruch auf Gewährung des wirtschaftlichen Genusses an einem Vermögensgegenstand*").

[1017] ASSFALG, Dieter. **Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders**. Berlim: De Gruyter Verlag, 1960, p. 162 (no original: "*Frühstufe der Verdinglichung des Begünstigtenrechtes*").

[1018] Cf. ASSFALG, Dieter. **Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders**. Berlim: De Gruyter Verlag, 1960, p. 164.

[1019] Cf. ASSFALG, Dieter. **Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders**. Berlim: De Gruyter Verlag, 1960, p. 165 seq.

Em 1978, *Canaris* defendeu a possibilidade de reificação de direitos obrigacionais e usou essa abordagem para justificar a proteção do fiduciante no plano externo da *Treuhand*. Sua opinião baseia-se na concepção de que um direito real é qualquer direito que conceda a uma pessoa senhorio (*Herrschaft*) absoluto sobre coisas ou direitos.[1020] *Canaris* entende por senhorio a atribuição direta de um bem, que forma o objeto do direito real, ao seu titular.[1021] Por sua vez, a absolutidade consistiria na proteção abrangente por meio de ações judiciais,[1022] na proteção contra disposições e sucessão[1023] e na inviolabilidade na falência e na execução forçada.[1024] Em princípio, o sistema jurídico seria livre para dotar uma determinada posição jurídica com apenas algumas ou todas as características dos direitos reais.[1025] No processo de reificação de uma posição jurídica, os princípios gerais do direito das coisas deveriam ser observados, pois representariam princípios jurídicos gerais aplicáveis a todos os direitos reais.[1026] Dessa forma, deveriam ser observados os princípios do *numerus clausus*, da especialidade e, acima de tudo, da publicidade. A tipicidade do direito das coisas não seria afetada pela reificação de direitos obrigacionais, pois o princípio do *numerus clausus* não conteria uma proibição ao desenvolvimento do direito para além do direito legislado (*Rechtsfortbildung*). O aplicador do direito poderia, assim, reconhecer novas posições jurídicas com caráter real, desde que se

[1020] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, cap. I, 2, d).

[1021] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, cap. I, 2, a).

[1022] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, Capítulo I, 2, b), aa). A proteção abrangente por ações judiciais seria composta por pretensões de restituição, remoção e a não fazer (§§ 985, 1004 BGB), bem como pela proteção contra ilícitos delituais nos termos do § 832(1) BGB.

[1023] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, Capítulo I, 2, b), bb). A proteção contra disposições e sucessão consistiria na impossibilidade fundamental de o titular anterior realizar disposições eficazes em detrimento da pessoa protegida no plano real.

[1024] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, Capítulo I, 2, b), cc). A inviolabilidade na falência e na execução forçada significam a concessão de direitos de separação e de pagamento preferencial (*Aussonderungsrechte* e *Absonderungsrechte*), ações de objeção de terceiro, bem como a satisfação preferencial a partir do bem.

[1025] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, p. 375.

[1026] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, p. 376.

trate de suportes fáticos solidamente delimitados.[1027] Com base nessas considerações, *Canaris* chega à questão da *Treuhand* de direitos (*Vollrechtstreuhand*). O critério relevante para o reconhecimento de uma reificação nesse tipo de *Treuhand* seria a publicidade da outorga de características reais ao direito obrigacional. *Canaris* enxerga a proteção concedida ao fiduciante e há muito reconhecida na jurisprudência alemã como uma manifestação da reificação da posição do fiduciante por meio da concessão de inviolabilidade a ela na falência e na execução forçada. O princípio da imediatidade seria, na verdade, um equivalente para a publicidade em algumas situações, mas não a razão em si para a proteção do fiduciante. À guisa de conclusão, a posição do fiduciante poderia alcançar a reificação, se a relação de *Treuhand* fosse devidamente publicizada. No direito imobiliário, isso ocorreria exclusivamente pela inscrição no registro de imóveis, e, para fora do direito imobiliário, poderia ocorrer por qualquer outra forma. Os negócios ou a profissão do fiduciante (como no caso do § 392(2) HGB) ou a transferência imediata do bem de um patrimônio a outro poderiam atender a essa exigência.[1028]

d) Formação de patrimônio especial

Coing considera os bens objeto da *Treuhand* como um patrimônio especial (*Sondervermögen*) do fiduciário. Os direitos integrantes do patrimônio especial não servem (ou ao menos não exclusivamente) aos interesses do fiduciário, mas ao objetivo da própria *Treuhand*. O patrimônio especial surgiria a partir da criação de duas massas patrimoniais separadas na pessoa do fiduciário, sendo que o fiduciário só poderia proceder livremente com uma (o patrimônio pessoal), enquanto, com a outra, estaria vinculado aos interesses delimitados pelo objetivo da *Treuhand* (o patrimônio especial).[1029] Partindo desse plano de fundo, *Coing* rompe com a distinção desenvolvida na jurisprudência entre propriedade material e formal, a qual expressaria o caráter do bem objeto da relação fiduciária como patrimônio especial, mas não seria preferível, porque transmitiria – devido ao emprego da "fórmula imprecisa da propriedade econômica" – a falsa ideia de que a propriedade não pertenceria ao fiduciário. Além disso, essa distinção considera apenas os interesses do fiduciante, o que não corresponderia à realidade, pois os interesses de terceiros e do próprio fiduciário também podem ser abrangidos em uma *Treuhand*. Decisivo seria o confronto da legitimação formal do fiduciário, por um lado, com os interesses

[1027] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, cap. I, 3, a) e b).
[1028] Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978, cap. II, 5, a).
[1029] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 86.

e objetivos materiais da própria *Treuhand* (não do fiduciante), por outro lado.[1030] Assim, *Coing* conclui que os credores do fiduciário não podem executar os bens fiduciários, mesmo que o princípio da imediatidade não seja observado. Fator determinante seria não o método jurídico da transferência patrimonial, mas o fato de constituir um patrimônio especial. Para delimitar os contornos da *Treuhand* frente à representação indireta, não seria necessária a imediatidade da transferência patrimonial. A determinabilidade do bem objeto da relação fiduciária bastaria.[1031] No entanto, se a pretensão do terceiro credor estiver assentada em um negócio voltado à administração do próprio bem, seu caráter de patrimônio especial não serviria como objeção.[1032]

Com uma justificativa semelhante, também firmada na formação de um patrimônio especial, busca *Löhnig* retirar o bem objeto da relação fiduciária da possibilidade de intervenção de terceiros credores do fiduciário. Em contraste com *Coing,* ele rejeita uma admissibilidade genérica da formação de patrimônios especiais, porque isso seria incompatível com o caráter excepcional das disposições de sub-rogação e com o princípio da unidade de patrimônio.[1033] Entretanto, a possibilidade de criação de patrimônios especiais fiduciários poderia ser obtida a partir da interpretação do decreto de insolvências. Embora o legislador do BGB não tenha tido em vista a possibilidade de criar patrimônios especiais sem norma legal expressa, a natureza lacônica das normas sobre *Treuhand* no § 292 InsO demonstram que essa possibilidade foi tomada como premissa quando da promulgação do decreto de insolvências em 1994. Os requisitos para constituição de um patrimônio especial, portanto, aplicam-se "na concepção do legislador do decreto de insolvências, não apenas para a *Treuhand* do § 292 InsO, mas genericamente para todas as relações de *Treuhand*" (tradução livre).[1034] Daí resulta que a existência de uma relação de *Treuhand* é suficiente para a criação de patrimônios especiais.[1035] O patrimônio especial deve servir a um propósito fiduciário específico, de modo que os bens que formam o patrimônio não fiquem sujeitos ao arbítrio egoísta de seu titular. O propósito especial seria igualmente importante para proteger os bens do patrimônio especial contra a interferência dos

[1030] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 95.
[1031] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 178 seq.
[1032] Cf. COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973, p. 180, 182.
[1033] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 34, IV, 2.
[1034] LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 777 (no original: "*nach Ansicht des Gesetzgebers der InsO nicht nur für die Treuhand nach § 292 InsO, sondern generell für sämtliche Treuhandverhältnisse*"). Para a argumentação completa acerca da concepção de *Treuhand* do legislador do BGB e aquela que o legislador da InsO tinha em mente, vide LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 34, V até VII.
[1035] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 807.

credores do patrimônio pessoal da pessoa e contra atos de disposição ilícitos da própria pessoa.[1036] Além disso, o patrimônio especial não deveria constituir a única massa responsável perante credores por negócios realizados com o próprio patrimônio especial; na verdade, o fiduciário deveria responder pelos passivos do patrimônio especial também com seu patrimônio pessoal. Somente em casos regulados por lei o patrimônio especial seria a única massa responsável pelos passivos da *Treuhand*.[1037_1038] Como consequência dessas considerações, a execução forçada por um credor do patrimônio da *Treuhand* sobre os bens desse patrimônio especial seria, em regra, permitida.[1039] No entanto, se a ação for movida por um credor do patrimônio pessoal do fiduciário sobre um bem pertencente ao patrimônio especial, então apenas o fiduciário, mas não o fiduciante, poderia mover uma ação de objeção de terceiros, nos termos do § 771 ZPO ou pedir a separação do bem (*Aussonderung*) nos termos do § 47, frase 1, InsO. Isso se explica porque somente quem tem um direito real ou uma pretensão obrigacional à entrega de uma coisa definida e não pertencente ao patrimônio do devedor (*Herausgabeanspruch*), ou seja, uma pretensão que expresse a ausência de pertinência do bem ao patrimônio do devedor, pode levantar a objeção. Como o fiduciante tem apenas uma pretensão (não um direito real ou uma pretensão à entrega nos termos acima especificados) à transferência de bens que ainda se encontram no patrimônio da *Treuhand* (*Verschaffungsanspruch*), e o bem exequendo pertenceria ao fiduciário, o fiduciante não teria direito à separação (*Aussonderungsrecht*) ou a uma ação de objeção de terceiro.[1040] Excepcionalmente, o fiduciante poderia exercer os direitos do fiduciário em nome próprio, pela via da substituição processual (*Prozessstandschaft*).[1041]

e) Teoria da assunção de riscos

Bitter tentou resolver a questão da proteção ao fiduciante com base na ideia de assunção

[1036] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 34, VIII, 2, d), bb).
[1037] A lei admitiria tais formas apenas em número limitado e levando em consideração certas providências para proteger os interesses do tráfico, por exemplo, os requisitos de capital mínimo na sociedade de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) ou na sociedade por ações (*Aktiengesellschaft*). Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 34, VIII, 2, d), cc).
[1038] *Chen* chega a uma conclusão semelhante, inclusive com relação à compartimentalização unilateral do patrimônio da *Treuhand*, para quem a constituição de um patrimônio especial na *Treuhand* deve ser vista como um fenômeno de direito consuetudinário estabelecido na jurisprudência. Cf. CHEN, Dachuang. **Die Treuhand als Rechtsform für Sondervermögen**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020, § 8, IV e V.
[1039] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 34, IX, 4.
[1040] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 34, IX, 3, b) e c).
[1041] Cf. LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 34, IX, 3, d).

de riscos. Após um exame minucioso do histórico legislativo do § 392(2) HGB, ele constata que uma proteção mais ampla do comitente não foi incluída no HGB por conta de um "erro de raciocínio" (*Denkfehler*) do legislador o que, consequentemente, levou a que também não fosse incluída no BGB. Haveria uma contradição na regra do § 392(2) HGB, porque aí apenas os créditos adquiridos pelo comissário estariam fora do alcance de seus credores, mas a valoração subjacente a esse dispositivo também deveria ser válida para a aquisição de mercadorias. Uma contradição ulterior teria surgido durante as discussões do projeto do BGB, quando a segunda Comissão rejeitou a adoção de um dispositivo correspondente ao § 392(2) HGB no BGB;[1042] uma intenção do legislador de tratar o comitente mais favoravelmente do que outros beneficiários indiretos das transações celebradas por meio de intermediários não poderia, contudo, ser inferida, segundo *Bitter*. O legislador teria dispensado uma norma legal nesse tocante, porque ele teria partido de "bases valorativas incorretas" (*unzutreffende Wertungsgrundlagen*).[1043] O resultado seria que o caso previsto no § 392(2) HGB teria permanecido erroneamente sem correspondência no direito civil comum.[1044]

Essa lacuna deveria ser preenchida, segundo *Bitter*, com ajuda do § 392(2) HGB. Por trás dessa regra estaria a ideia da assunção de riscos com relação ao bem objeto da relação fiduciária. Em outras palavras, o comissionário seria o titular legal do crédito ou proprietário da coisa, mas quem corre o risco de perda da coisa ou de insolvência do devedor do crédito é o comitente. Como regra, o proprietário é quem corre o risco da coisa (*casus sentit dominus*). Entretanto, se o risco e a titularidade legal couberem a pessoas diferentes, então se estaria diante de uma relação de *Treuhand*.[1045] Devido a essa assunção de riscos sem titularidade legal, o fiduciante deveria ser tratado, sob certos aspectos, como titular do direito no plano real. Isso

[1042] Para a explanação completa do processo legislativo que resultou no atual § 392(2) HGB e na falta de uma disposição semelhante no BGB, veja-se BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 7, II, 3 e 4; § 7, III, 1 e 2; § 8, II, 4. Em particular, com relação às discussões sobre o projeto do BGB, dois requerimentos visavam adotar o mesmo princípio por trás do § 392(2) HGB no capítulo que regula o mandato gratuito (*Auftrag*), mas foram rejeitados sob a justificativa de que o § 392(2) HGB configuraria um caso especial – a aquisição de direitos pelo beneficiário indireto por meio de intermediários correspondia aos costumes de mercado da comissão comercial e todos saberiam que o comissário teria consigo bens integrantes do patrimônio de terceiros. Além disso, a livre escolha do beneficiário indireto por estipular apenas uma representação indireta em vez de um contrato comissão, assim como a visibilidade das relações patrimoniais (ideia de evitar o risco de crédito) também deveriam ser levadas em consideração. Veja-se BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 5, II, 1 a 3.

[1043] BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 260.

[1044] Cf. BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 7, VI, 2, b), bb).

[1045] Cf. BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 305, 307 f.

explicaria a aplicabilidade dos §§ 47 InsO e 771 ZPO à *Treuhand*. A valoração subjacente ao § 392(2) HGB deveria ser entendida no sentido de que "o fiduciante não pode derivar nenhum direito sobre o bem fiduciário antes da transferência (item 1 do § 392(2) HGB), mas ele está protegido contra os riscos da titularidade legal por conta de outrem (item 2 do § 392(2) HGB)" (tradução livre).[1046] Assim, *Bitter* chega a uma teoria geral que estende a proteção do fiduciante a outros casos não diretamente cobertos pelo § 392(2) HGB.[1047]

II.8.1.1.3.5. Resultado parcial

As dificuldades expostas na busca pela construção jurídica correta da *Treuhand* assentam no problema fundamental de que o direito material alemão adota um conceito uniforme de propriedade, segundo o qual os passivos de um sujeito são, em princípio, cobertos por todos os seus bens. A jurisprudência tem justificado a proteção ao fiduciante com argumentos questionáveis, os quais a doutrina não foi capaz de trabalhar de forma totalmente consistente. Com *Siebert* pode-se afirmar que, na *Treuhand* de direitos, talvez não haja senão um senso de equidade a militar em prol da proteção do fiduciante.[1048]

O princípio da imediatidade se baseia na suposição errônea de que a passagem direta do patrimônio do fiduciante ao do fiduciário seria suficiente para dar a conhecer ao tráfico jurídico acerca da titularidade, ao menos "econômica", do bem objeto da relação fiduciária. Isso fica evidente na fundamentação da decisão RGZ 84, 214, na passagem em que o tribunal do império tenta justificar a proteção do fiduciante com base no § 392(2) HGB. Nesse sentido, deve-se dar razão a *Canaris*, ao afirmar que a imediatidade nada mais é do que um aparato do requisito de publicidade. A pergunta que essa jurisprudência não consegue responder é: por que a publicidade deveria ter esse efeito? A rigor, ela não pode, por si só, produzir esse efeito. O princípio da imediatidade traz consigo o risco de uma extensão excessiva da inviolabilidade do bem na execução forçada a casos não previstos na lei e, dessa forma, risco de insegurança jurídica.

A determinação do bem objeto da relação fiduciária, por si só, também não pode justificar a inviolabilidade na execução forçada. Qualquer pessoa pode abrir várias contas bancárias,

---

[1046] BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 507 (no original: "*der Treugeber kann zwar vor einer Übertragung keine Rechte aus dem Treugut herleiten (Abs. 1). Er wird aber dennoch vor den Gefahren der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung geschützt (Abs. 2)*").
[1047] Cf. BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 8, II, 4, b), aa) e bb).
[1048] Cf. SIEBERT, Wolfgang. **Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis**. 2ª ed. Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1933, p. 167 seq.

por exemplo, para administrar seus próprios recursos. A simples manutenção em separado não tem o condão de blindar uma dessas contas contra execuções.

As teorias que miram a criação de um patrimônio especial precisam lidar com a crítica de que a lei não fornece uma autorização genérica para a constituição de patrimônios especiais. A teoria da assunção dos riscos, por sua vez, é uma descrição frutífera da *Treuhand* e das incongruências do processo legislativo, mas também não oferece uma explicação adequada para uma suposta proteção na execução forçada, a qual não está, de fato, prevista em lei.

Canaris chegou perto de uma explicação sensata da proteção ao fiduciante na execução forçada, com sua teoria da reificação de direitos obrigacionais. A publicidade não é ali tomada *per se* como razão da proteção ao fiduciante, mas apenas como um requisito para a concessão de alguns efeitos reais a direitos obrigacionais. O calcanhar de Aquiles da teoria é o princípio do *numerus clausus*, pois mesmo que não se o enxergue como obstáculo ao desenvolvimento de novos direitos reais, ainda permaneceria incerto o que e a partir de quando um suporte fático "solidamente delimitado" estaria presente.

Lúcida é a utilização da ostensividade do caráter fiduciário de contas bancárias como máxima de interpretação da declaração de vontade do banco mantenedor da conta, pois aí a *Treuhand* age apenas *inter partes* – ou seja, entre o banco, o fiduciário e o fiduciante. Não há perigo de hiperextensão dos efeitos da *Treuhand* a terceiros não envolvidos na transação.

II.8.1.1.4. *Treuhand* dupla

Em uma *Treuhand* dupla para fins de garantia, o garantidor e a parte garantida podem se defender em processos de execução individual por um credor do fiduciário duplo, antes da ocorrência do evento que autoriza proceder à excussão do bem, apresentando uma objeção de terceiro.[1049] Após a extinção do crédito garantido, somente o prestador da garantia pode apresentar a objeção de terceiros, pois a parte garantida já não será mais afetada.[1050] Se o evento que autoriza a excussão do bem se implementar (ex.: a inadimplência do devedor), tanto a parte

[1049] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 168 seq.; HENSSLER, Martin. Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1996, p. 37-87, p. 51; ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença V 352/11 do V Senado Civil, de 20 de março de 1912, **Reichsgericht in Zivilsachen,** volume 79, p. 121. Opinião contrária: LIEBICH, Dieter; MATHEWS, Kurt. T**reuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft**. 2ª ed. Berlim/Herne: Neue Wirtschafts-Briefe, 1983, p. 153 (apenas a parte garantida estaria legitimada a propor objeção de terceiro).

[1050] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 167 seq.

garantida quanto o garantidor continuam podendo levantar a objeção de terceiro, pois o fiduciário duplo não excute o bem em interesse próprio. Em comparação com a situação antes da implementação de tal evento, nada muda com a sua implementação.[1051]

II.8.1.1.5. Consequências para o contrato escrow

O longo debate acerca da proteção do bem objeto da relação fiduciária contra a interferência de terceiros credores do fiduciário tem implicações práticas significativas sobre o escrow-direito. O contrato escrow é uma *Treuhand* dupla com caráter de garantia e de adimplemento. A garantia e o crédito garantido não pertencem à mesma pessoa: o fiduciário duplo tem pleno direito sobre o bem (ou seja, a garantia), mas titular do crédito por ele garantido é o Beneficiário. Ambas as partes principais têm interesse no bem objeto do escrow em si, e não na sua excussão. Essa peculiar ordenação de interesse é o que define a proteção do bem na relação externa do contrato escrow.

Em contraste com uma *Treuhand* dupla com fim de garantia, na qual a excussão da garantia constitui apenas meio secundário de satisfazer o credor em caso de inadimplência, o repasse do bem satisfaz o interesse primário do credor. Isso faz com que o bem objeto do escrow seja repassado ou devolvido quando da implementação ou falha da condição, e não excutido. Tanto o Depositante quanto o Beneficiário devem poder objetar a medidas constritivas até o momento da prontidão para entrega do bem, porque o bem estará vinculado ao pagamento de um crédito do Beneficiário e ambas as partes principais possuem interesse no pagamento. Passado tal momento, o Depositante não poderá mais objetar em um escrow-substituição, dado que ele não terá mais interesse no bem, visto que já estará liberado de sua obrigação no negócio principal. No caso de um escrow-alternativa, o Depositante pode apresentar objeção de terceiro até a entrega efetiva, porque seu interesse em ser liberado da dívida principal só se realiza com a efetiva entrega. O Beneficiário, por outro lado, sempre pode objetar, se a condição se materializar. Se a condição não se implementar, então apenas o Depositante terá esse direito, já que o Beneficiário não poderá mais receber o bem objeto do escrow.

II.8.1.2. Execução por credores das partes principais

A questão da proteção da *Treuhand* contra interferências de credores do fiduciário, explorada no capítulo anterior, também pré-determina de certa forma a questão de se os credores

[1051] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 170.

do fiduciante podem executar o bem objeto da relação fiduciária. Uma vez que a propriedade "econômica" do bem permanece com o fiduciante, pelo menos os seus credores deveriam poder atingir o bem. Caso contrário, ele flutuaria em uma zona cinzenta entre duas massas patrimoniais durante a vigência da *Treuhand* sem ser executável em nenhuma delas. Essa tensão marca sobretudo a *Treuhand* com fins de administração.

II.8.1.2.1. *Treuhand* para fins de garantia

Na *Treuhand* autointeressada (ou seja, para fins de garantia), de acordo com a opinião predominante, a parte garantida pode apresentar objeção de terceiro,[1052] pelo menos enquanto a pretensão garantida existir.[1053] A opinião contrária concede ao fiduciário apenas uma pretensão a satisfação preferencial com o produto da excussão do bem, nos termos do § 805 ZPO.[1054] Essa última opinião faz sentido, na medida em que a parte garantida não tem a propriedade "econômica", o que também evitaria a zona cinzenta mencionada acima. Por outro lado, como se trata de uma execução individual e não de insolvência, o fiduciante provavelmente terá outros bens passíveis de serem excutidos sem atrapalhar a relação de *Treuhand*. De qualquer forma, é possível fazer a execução recair sobre a pretensão à devolução ou, se esta estiver submetida a condição, sobre o direito expectativo do fiduciante.[1055]

II.8.1.2.2. *Treuhand* para fins de adimplemento

Na *Treuhand* com fim de adimplemento (aqui se toma por base a dação *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber*) como principal caso desse tipo de *Treuhand*), a disposição de interesses é comparável à de uma *Treuhand*, em que o evento autorizador da excussão da garantia já se materializou. O fiduciário é titular do bem que constitui a garantia e pode satisfazer seu

---

[1052] Cf. Com maiores referências SCHMIDT, Karsten; BRINKMANN, Moritz. §§ 766-793 ZPO. *in*: RAUSCHER, Thomas; KRÜGER, Wolfgang (coords.). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Volume 2. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 771 ZPO, n. 30; HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 94.

[1053] Cf. Com maiores referências LACKMANN, Rolf. §§ 704-796 ZPO. in: MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang. **Zivilprozessordnung**. 20ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2023, § 771 ZPO, n. 19; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 60/77 do VIII Senado Civil, de 28 de junho de 1978. **Neue juristische Wochenschrift,** 1978, p. 1859 (p. 1860).

[1054] Cf. com maiores referências LACKMANN, Rolf. §§ 704-796 ZPO. in: MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang. **Zivilprozessordnung**. 20ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2023, § 771 ZPO, n. 30.

[1055] Com maiores detalhes sobre esse tópico: HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, § 4, B, I, 2 e 3. Vide com ulteriores referências SCHMIDT, Karsten; BRINKMANN, Moritz. §§ 766-793 ZPO. *in*: RAUSCHER, Thomas; KRÜGER, Wolfgang (coords.). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Volume 2. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 771 ZPO, n. 30.

crédito primariamente com ele. Dessa forma, ao fiduciário cabe a objeção de terceiro na execução forçada individual, e o credor exequente só pode executar no montante que exceder o crédito do fiduciário.[1056]

II.8.1.2.3. *Treuhand* para fins de administração

A questão fica mais complicada quando se trata de uma *Treuhand* não autointeressada (para fins de administração). Para uma corrente, os credores do fiduciante não poderiam executar diretamente o bem objeto da relação fiduciária (titular seria o fiduciário), mas os direitos do fiduciante derivados da relação de *Treuhand* poderiam ser penhorados.[1057] A penhora de um direito expectativo também é, portanto, concebível. Por outro lado – em consonância com a separação entre propriedade econômica e jurídica –, poderia ser objetado que o bem deve ser atribuído ao patrimônio do fiduciante, com a consequência de que o fiduciário não poderia intervir por meio de objeção de terceiro.[1058]

O BGH tratou teve de lidar com essa questão em alguns casos. Em uma decisão de 1953, o caso girava em torno da nomeação de um fiduciário para administrar o patrimônio de uma padaria que havia entrado em dificuldades financeiras. Para tal fim, foi aberta uma conta fiduciária, a partir da qual eram pagas as despesas da operação da padaria e o excedente era distribuídos proporcionalmente entre os credores. Um credor penhorou a conta fiduciária com base em título executivo contra o dono da padaria. Nesse meio tempo, o dono da padaria havia substituído o antigo fiduciário por novos, aos quais o saldo da conta fiduciária foi cedido pelos primeiros alguns dias após a penhora. Os novos fiduciários ajuizaram então ação para declarar que os recursos penhorados lhes pertenciam. O BGH julgou a ação procedente e determinou que os valores fossem liberados aos novos fiduciários, porque "o fiduciário deve ser titular

---

[1056] Cf. HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, § 4, C, I.

[1057] Cf. STÖBER, Kurt; RELLERMEYER, Klaus. **Forderungspfändung – Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte**. 17ª ed. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, § A.542 seq., A.548; NOBER, Robert. §§ 828-882i. *in*: ANDERS, Monika; GEHLE, Burkhard. **Zivilprozessordnung** mit GVG und anderen Nebengesetzen. 81ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023, § 829 ZPO, n. 9; GRAGE, Katja. Ausgewählte Aspekte der Verwaltungstreuhand an Geschäftsanteilen. **Rheinische Notar-Zeitschrift**, Munique, 2005, p. 251-276, p. 266.

[1058] Cf. SCHMIDT, Karsten; BRINKMANN, Moritz. §§ 766-793 ZPO. *in*: RAUSCHER, Thomas; KRÜGER, Wolfgang (coords.). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Volume 2. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, § 771 ZPO, n. 27; LACKMANN, Rolf. §§ 704-796 ZPO. in: MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang. **Zivilprozessordnung**. 20ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2023, § 771 ZPO, n. 21; HERGET, Kurt. §§ 766-774 ZPO. *in*: ZÖLLER, Richard. **Zivilprozessordnung** mit FamFG (§§ 1-150, 231-270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. 34ª ed. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2022, § 771 ZPO, n. 14.27; LANGE, Frank-Holger. Treuhandkonten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 2007, p. 2513-2516, p. 2515.

pleno perante terceiros (...) Ele só fica limitado em seus direitos perante o fiduciante e seus credores" (tradução livre).[1059] Embora a propriedade econômica do fiduciante sobre o bem objeto da relação fiduciária tenha sido reconhecida nessa decisão do BGH, isso não significaria que o titular de um título executivo contra o fiduciante possa executar o bem.[1060] Nessa decisão, não fica totalmente claro, se a recusa à execução se baseou apenas em razões processuais, ou seja, em uma mácula do título executivo. No entanto, esse mesmo raciocínio foi utilizado em outras decisões do BGH.[1061]

Essa jurisprudência não parece ter aplicado de forma consequente a distinção entre propriedade formal e material. Se também for dado cumprimento ao princípio de que o bem objeto da relação fiduciária não pode ser penhorado por credores do fiduciário (se necessário, observando-se o princípio da imediatidade), o resultado final seria a completa impenhorabilidade do bem – ao menos não durante a vigência da *Treuhand*. Apenas o direito expectativo e outros direitos do fiduciante decorrentes da relação de *Treuhand* permaneceriam penhoráveis.

II.8.1.2.4. *Treuhand* dupla

A *Treuhand* dupla com finalidade de garantia apresenta algumas particularidades, já que o fiduciário titula o bem objeto da relação fiduciária em seu próprio nome, mas o emprega no interesse da parte garantida e do garantidor. A solução da questão depende, assim, de qual credor executa o bem. Se a parte garantida for o próprio credor exequente, fiduciário não poderá se opor, desde que o evento autorizador da excussão do bem já tenha ocorrido. Se a execução for promovida por um terceiro credor do prestador da garantia, então tanto o fiduciário duplo quanto a parte garantida podem apresentar objeção de terceiros. O fato de o fiduciário duplo não deter a titularidade sobre o bem em seu próprio interesse não afeta sua legitimação para mover uma objeção de terceiro. Em qualquer caso, é possível fazer a execução recair sobre o direito expectativo ou sobre a pretensão à devolução do bem.[1062] Como se trata de *Treuhand*

[1059] ALEMANHA. Tribunal Federal. Sentença IV ZR 95/53 do IV Senado Civil, de 5 de novembro de 1953. **Neue juristische Wochenschrift**, 1954, p. 190 (p. 191) (no original: "*der Treuhänder Dritten gegenüber vollberechtigt sein soll (...) Nur gegenüber dem Treugeber und seinen Gläubigern ist er dann in seinen Rechten beschränkt*").
[1060] Cf. ALEMANHA. Tribunal Federal. Sentença IV ZR 95/53 do IV Senado Civil, de 5 de novembro de 1953. **Neue juristische Wochenschrift**, 1954, p. 190 (p. 192).
[1061] Cf. ALEMANHA. Tribunal Federal. Sentença VII ZR 56/57 do VII Senado Civil, de 26 de junho de 1958. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen** 1958, p. 1222 (p. 1223, No. I, 1, a), aa)); ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 151/92 do IX Senado Civil, de 4 de março 1993. **Neue juristische Wochenschrift,** 1993, p. 2041; ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 100/93 do IX Senado Civil, de 9 de dezembro de 1993. **Neue juristische Wochenschrift,** 1994, p. 726.
[1062] Cf. com maiores referências HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005, § 6, D, I.

dupla para fins de garantia, parece apropriado que a situação seja tratada de forma semelhante a uma *Treuhand* "simples" com fim de garantia. Se o evento autorizador da excussão ocorrer, o fiduciário duplo deve então excutir a garantia e distribuir o produto, sendo que credores terceiros poderão realizar medidas constritivas sobre os recursos excedentes.

II.8.1.2.5. Consequências para o contrato escrow

Embora o contrato escrow seja uma *Treuhand* dupla, a aplicação dos princípios imanentes à *Treuhand* dupla não deixa de ser problemática, visto que a disposição de interesses em um contrato escrow, assim como os deveres do agente escrow são peculiares. Em uma *Treuhand* dupla para fins de garantia, a parte garantida não tem interesse primário no objeto que constitui garantia, e a satisfação do seu crédito garantido ocorre por meio da excussão do bem objeto da relação fiduciária. Em um contrato escrow, o bem depositado em escrow satisfaz já o interesse primário do Beneficiário. Em vista disso, a pretensão contra o agente escrow é adquirida *pro solvendo* (*erfüllungshalber*) ou como objeto primário da prestação.[1063] Nenhuma excussão do bem ocorre no contrato escrow, como na *Treuhand* dupla para fins de garantia. As obrigações de um agente escrow normalmente não extrapolam os limites do recebimento do bem em depósito, bem como sua custódia e repasse ou devolução, ou extrapolam apenas em pequena medida. Por outro lado, as condições para entrega do bem em situações típicas refletem o fornecimento de contraprestação pelo Beneficiário.

Na execução forçada individual, não parece haver razão contrária a que todas as partes do contrato escrow tenham a possibilidade de objetar à penhora, independentemente de ser um credor do Depositante ou do Beneficiário, enquanto não ocorrer a prontidão para entrega do bem objeto do escrow. Tanto as partes principais quanto o agente escrow podem objetar à execução, de acordo com o § 771 ZPO, pois o bem está vinculado à garantia e ao adimplemento de um crédito, de modo que todos têm interesse legítimo na continuação da relação fiduciária. A penhora do direito expectativo é, nada obstante, possível.

Após a ocorrência da condição para repasse do bem, o agente escrow e o Beneficiário podem continuar a se opor a medidas de execução propostas por terceiros credores do Depositante – seja em um escrow-substituição ou em um escrow-alternativa. O Depositante em um escrow-substituição não poderá mais objetar, porque ele já não terá mais interesse no bem, em vista da irradiação do efeito de cumprimento. No escrow-alternativa, o Depositante ainda pode

[1063] Vide cap. II.6.3.1.3.

se opor após a materialização da condição, porque ele permanece responsável pela entrega efetiva de acordo com o contrato e, por conseguinte, ainda tem interesse na entrega. Os credores do Beneficiário, por outro lado, podem executar a pretensão à entrega em um escrow-substituição ou em um escrow-alternativa, visto que ela já fará parte do patrimônio do Beneficiário. Se o agente escrow não efetuar a entrega e o Depositante pagar a dívida principal, então a pretensão à entrega reverte para o Depositante e seus credores podem então penhorá-la.

Se a condição do escrow falhar, o Depositante terá uma pretensão penhorável por seus credores à devolução do bem, sem que o agente escrow ou o Beneficiário possam se opor – o Beneficiário não teria mais nenhuma perspectiva de receber o bem objeto do escrow. A situação se inverte se um credor do Beneficiário provocar a penhora. Nesse caso, o Beneficiário não pode se opor à penhora, porque não terá mais interesse no bem objeto do escrow. Entretanto, o Depositante e o agente escrow podem apresentar objeção de terceiro, pois ainda terão interesse na entrega ao Depositante conforme ao contrato, ou seja, na devolução do bem.

II.8.2. Brasil

No Brasil, a unicidade do direito de propriedade é mantida de forma bastante consistente, apesar do resultado iníquo para o fiduciante. Nem mesmo a titularidade de um crédito pode ser cindida em uma titularidade "jurídica" e uma "econômica", por exemplo, pois os negócios de disposição são *numerus clausus* no Brasil.[1064] A restrição das formas pelas quais se pode dispor de um direito encontra justificativa na necessidade de criar um sistema centralizado de atribuição de bens no tráfico econômico e, em última análise, também no tráfico jurídico.[1065] A proteção das partes envolvidas em um negócio fiduciário deve, portanto, ser buscada em outra sede, e não na cisão da titularidade dos bens.

Especialmente no caso de execução sobre o bem objeto da relação fiduciária por um credor do fiduciário, o senso geral de equidade parece ir contra a possibilidade de execução. O fiduciante seria aí desproporcionalmente prejudicado e o terceiro credor favorecido, porque este último satisfaz seu crédito com um bem que não teria sido adquirido pelo fiduciário e nem alienado pelo fiduciante de forma definitiva sem uma contraprestação do fiduciário. Entretanto, concluir a partir daí que o bem não está à disposição dos credores do fiduciário levaria a

[1064] Cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 234 seq., especialmente 239 seq. (*o numerus clausus* dos negócios de disposição diz respeito tanto a direitos reais quanto pessoais).
[1065] Cf. VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 147 seq.

consequências absurdas. Em uma compra e venda simples de bens móveis, por exemplo, na qual o preço de compra deva ser pago imediatamente, mas a tradição da coisa e, consequentemente, a transferência da propriedade deva ocorrer em momento futuro, o comprador teria de ser capaz de objetar a penhoras por credores terceiros antes da aquisição da propriedade, pois a contraprestação do vendedor ainda não teria sido adimplida. Outro exemplo: em um mútuo gratuito, o bem mutuado não poderia ser penhorado por terceiros credores do mutuário, porque sua propriedade sobre o bem objeto do mútuo (art. 587 CC) teria sido adquirida também sem contraprestação. O fato de a aquisição da propriedade ter caráter transitório e não ser voltada ao enriquecimento do adquirente não muda em nada esse quadro. Nesses casos, a parte prejudicada – incluindo o fiduciante – só pode exigir indenização.

A questão a ser respondida, então, é até que ponto os fiduciantes podem se opor a medidas executivas sobre o bem objeto da relação fiduciária por credores do fiduciário, mesmo sem serem dele titulares. A chave para resolução da questão está na natureza real ou obrigacional da condição (em outras palavras, se as partes pactuaram a chamada fidúcia "germânica" ou "romana"). Somente no caso de uma condição aposta ao próprio negócio de disposição, ou seja, uma condição com efeitos reais, é que os fiduciantes podem se proteger contra disposições praticadas pelo fiduciário no período de pendência (incluindo penhoras por seus credores), conforme determina o art. 126 CC. Esse princípio pode em tudo ser aplicado ao contrato escrow.

A natureza da condição também impacta a execução por um credor do fiduciante e, *a fortiori,* o contrato escrow. O sucesso da execução depende aqui, em qualquer caso, do implemento ou não da condição do escrow. Somente uma penhora do direito expectativo pode ocorrer antes do implemento ou da falha da condição. Depois disso, a penhora do bem objeto do escrow só é possível aos credores do Legitimado.

II.8.2.1. Execução por credores do agente escrow

No Brasil, o fiduciante não está genericamente protegido contra constrições no bem objeto da relação fiduciária realizadas pelos credores do fiduciário. Como o bem faz parte do patrimônio do fiduciário, ele responde pelos passivos do fiduciário da mesma forma que outros bens seus.[1066] Portanto, o fiduciante corre o risco de que os credores do fiduciário ataquem o bem antes que ele lhe seja devolvido. O tipo de negócio fiduciário (se para fins de garantia, adimplemento ou administração, ou até mesmo um negócio fiduciário duplo) é irrelevante nesse

[1066] Cf. ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium Editora, 1998, p. 40; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32.

aspecto. Desde que faça parte do patrimônio do fiduciário, não pode o fiduciante se opor à penhora. Ao fiduciante resta apenas um direito a indenização por inadimplemento contratual contra o fiduciário.[1067] Da mesma forma, em um contrato escrow, as partes principais não podem se opor a penhoras realizadas com base em uma dívida do agente escrow frente a seus credores.

Se o próprio direito transferido ao agente escrow estiver condicionado, a situação muda. Penhoras sobre o direito continuam possíveis, mas são de pouca utilidade, quando a condição ocorre ou falha, pois o direito reverte automaticamente ao Depositante ou passa ao Beneficiário, pois disposições no período de pendência, de que é exemplo a penhora, se tornam ineficazes.[1068_1069] Excepciona-se a situação em que a alienação judicial ocorre antes da materialização ou falha da condição, pois aí o arrematante adquire o direito a título originário.

Outra possibilidade recentemente introduzida no direito brasileiro para proteger o fiduciante contra intervenções dos credores do fiduciário é a conta escrow notarial prevista no art. 7°-A, § 1°, da Lei n. 8.935/94. Patrimônios segregados não podem ser criados sem autorização legal explícita.[1070] A Lei n. 8.935/94 contém exatamente essa autorização, a qual dispõe que os valores na conta escrow notarial formam um patrimônio segregado que não pode "ser constrito por autoridade judicial ou fiscal em razão de obrigação do depositante, de qualquer parte ou do tabelião de notas, por motivo estranho ao próprio negócio" (art. 7°-A, § 1°). Portanto, se um tabelião for agente escrow e o dinheiro for depositado em uma conta escrow notarial, ambas as partes principais poderão objetar às medidas de execução na conta escrow, independentemente da natureza da condição do escrow, seja ela aposta no plano obrigacional ou no real.

No entanto, se o direito transferido ao agente escrow não for condicional nem pertencer a um patrimônio segregado, o agente escrow (ou as partes principais por meio de embargos de terceiro) só poderá solicitar a substituição da penhora de acordo com o art. 805 CPC. Para isso, deve ser demonstrado que a execução pode ser realizada por outro meio mais eficaz para o

---

[1067] Vide nota de rodapé n. 463 acima.

[1068] Afirmando essa possibilidade para negócios fiduciários em geral: MARTINS-COSTA, Judith. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209, § 86; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32 seq. Sobre a ineficácia de penhoras no período de pendência de um negócio de disposição condicional, se a condição se materializa, vide *supra* cap. II.2.1.2.2.2.

[1069] A penhora em si também pode ser a condição que faz com que o direito seja revertido ao fiduciante. No momento da penhora, não haveria mais um direito no patrimônio do fiduciário que pudesse ser penhorado (vide OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32 seq.).

[1070] Vide nota de rodapé n. 553 acima.

credor e menos oneroso para o devedor. Há bons argumentos em favor da substituição da penhora no caso do contrato escrow. À partida e acima de tudo, a penhora do bem força o agente escrow a descumprir o contrato escrow, porque ele não poderá mais entregar o bem quando da realização ou falha da condição. A satisfação do débito exequendo nessa forma causaria uma desnecessária obrigação do agente escrow de indenizar. Além disso, a execução forçada individual pressupõe que o agente escrow tenha outros bens para pagar suas dívidas, caso contrário, tratar-se-ia de insolvência. Assim, o credor exequente tem a opção, pelo menos em abstrato, de satisfazer seu crédito com outros bens do agente escrow, enquanto o agente escrow não tem como satisfazer as partes principais com outros bens seus, pois o interesse delas está voltado primariamente ao bem objeto do escrow.

II.8.2.2. Execução por credores das partes principais

A possibilidade de execução do bem objeto da relação fiduciária pelos credores das partes principais é abordada no Brasil sobretudo no âmbito da alienação fiduciária em garantia de imóveis. A jurisprudência do STJ há muito estabeleceu o princípio de que o credor exequente não pode penhorar o imóvel, mas apenas os direitos aquisitivos do prestador da garantia.[1071] Essa abordagem é consequente com o princípio da unicidade da propriedade e dá conta adequadamente de que a propriedade está localizada no patrimônio do fiduciário. Antes do vencimento da dívida, o fiduciante só tem um direito a readquirir o bem, que nada mais é do que um direito expectativo.[1072]

O caso da alienação fiduciária em garantia não é exatamente comparável ao escrow-direito clássico, visto que, lá, o próprio direito de propriedade fica sujeito a uma condição resolutiva, ao passo que, aqui, tal condição não é normalmente acordada. As partes principais, possuem, na maior parte dos casos, apenas uma pretensão obrigacional contra o fiduciário[1073] à

[1071] Cf. com maiores referências jurisprudenciais: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.940.748/SP da 3ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, Brasília/DF, 23 de outubro de 2023. Mais antigo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 47.047/SP da 1ª Turma, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, Brasília/DF, 17 de outubro de 1994.

[1072] Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987, p. 175 seq.; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *in*: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Direito das garantias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 218 seq.; RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 325. Vide também: CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021, p. 177.

[1073] Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.015.453/MG da 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, Brasília/DF, 28 de fevereiro de 2023 (o direito expectativo na alienação fiduciária em garantia tem

entrega do direito. No entanto, não há razão para que a chamada fidúcia romana seja julgada de forma diferente no que diz respeito à proteção do bem objeto do escrow nas suas relações externas. Antes da implementação ou falha da condição há apenas um direito expectativo no patrimônio das partes principais a adquirir a pretensão à entrega do bem. A diferença, na verdade, residiria apenas no fato de que, no caso-regra do escrow-direito, o credor exequente toma para si apenas o direito expectativo à entrega, enquanto na formatação com uma condição no plano real o direito expectativo pode se fortalecer imediatamente para uma titularidade plena (em qualquer caso juntamente com a pretensão à entrega do bem).

A proteção do bem objeto da relação fiduciária na alienação fiduciária em garantia pode ser exposta estruturadamente da forma como segue. Antes da ocorrência do evento que autoriza a excussão do bem fiduciariamente alienado em garantia (tipicamente o inadimplemento no vencimento), somente o direito expectativo pode ser penhorado pelos credores do fiduciante. Se for levada a cabo uma constrição sobre o bem, então o fiduciário pode opor embargos de terceiro na forma do art. 674 CPC. O direito expectativo se extingue quando o evento ocorre, porque aí o fiduciário pode excutir o bem e já não é mais possível ao fiduciante exigir sua devolução.[1074] O fiduciário continua, assim, podendo se opor à execução sobre o bem em alienação fiduciária mesmo após a ocorrência do evento. Se, porém, a penhora do direito expectativo houver sido realizada antes do evento, ela perderá objeto com a implementação do evento e a consequente extinção do direito expectativo.[1075] Os credores do fiduciante só podem penhorar eventual excedente do produto da excussão da garantia. Se, porém, o devedor quitar a dívida nos termos do contrato, o direito expectativo se torna direito pleno sobre o bem dado em garantia e a penhora abrange o direito pleno readquirido ou a ser readquirido.

Embora esses princípios tenham sido desenvolvidos no contexto da alienação fiduciária em garantia, eles podem ser aplicados a todos os negócios fiduciários com finalidade de garantia. A situação é diferente, contudo, para um negócio fiduciário com finalidade de adimplemento. Como o fiduciário pode proceder imediatamente à excussão do bem, ele opera mais como uma *fiducia cum creditore*, na qual o evento que autoriza a proceder à excussão já

---

natureza real ou pessoal, conforme a transferência da propriedade seja registrada ou não no registro de imóveis); OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33.

[1074] Em muitos casos, no entanto, isso não acontece imediatamente, porque o fiduciante pode quitar a dívida até a efetiva excussão, a fim de evitar a sua alienação (exemplo: art. 27, § 2º-B, Lei n. 9.514/97).

[1075] Vide, com maiores referências jurisprudenciais: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.821.115/PI da 2ª Turma, Min. Rel. Herman Benjamin, Brasília/DF, 20 de fevereiro 2020 ("os direitos do devedor fiduciante, objeto da penhora, subsistirão na medida e na proporção em que cumprir com suas obrigações oriundas do contrato de alienação fiduciária").

ocorreu. Em um negócio fiduciário com fim de administração, embora o fiduciante tenha o direito expectativo, a reversão do bem ao fiduciante não depende de um evento que autorize a excussão (como o inadimplemento no vencimento) e nem mesmo precisa necessariamente ocorrer. A penhora, portanto, funciona da mesma forma que em um negócio fiduciário para fins de garantia, cujo evento que autoriza a excussão ainda não ocorreu.

O agente escrow se encontra em situação peculiar como fiduciário duplo, porque ele, por um lado, desempenha funções de garantia e adimplemento com sua atividade, mas, por outro lado, suas tarefas não vão além do simples repasse ou devolução do bem. Ele não excute o bem objeto da relação fiduciária. Essa é uma manifestação do fato de que as partes principais possuem interesse primário no bem objeto do escrow. A excussão do bem não auxilia em nada a satisfação dos interesses das partes principais. De resto, a penhora do direito expectativo em um contrato escrow não é diferente da penhora do direito expectativo em um negócio fiduciário para fins de garantia.

Em outras palavras, somente o direito expectativo pode ser penhorado antes do implemento ou falha da condição em um contrato escrow, podendo o direito expectativo se fortalecer para uma pretensão à entrega do bem contra o agente escrow ou se extinguir, a depender da implementação ou falha da condição. Tanto o agente escrow quanto as partes principais podem se opor à penhora do bem, pois todas as partes têm interesse na preservação da garantia. Após o implemento ou falha da condição, somente os credores do Legitimado podem penhorar a pretensão à entrega contra o agente escrow. Se a penhora for realizada por um credor do Depositante após a materialização da condição, todas as partes podem se opor à penhora até a entrega efetiva em um escrow-alternativa, porque todos possuem interesse na entrega regular do bem; já em um escrow-substituição, o Depositante não poderá mais se opor a partir da materialização da condição, pois lhe faltará interesse ao bem. Por outro lado, se a condição falhar, o Depositante e o agente escrow poderão se opor se a penhora tiver sido promovida por um credor do Beneficiário. O credor exequente que tem o direito expectativo adjudicado a si se submete às disposições do contrato escrow, tais como regras sobre a distribuição de frutos, poder de emitir instruções, condições para entrega *etc*. Em resumo, as vicissitudes da relação de escrow afetam o direito do credor exequente. Sobretudo deve ele aguardar o momento do implemento ou falha da condição para poder exercer a pretensão contra o agente escrow.

A abordagem aqui proposta nada mais é do que a simples aplicação ao contrato escrow do princípio desenvolvido pelo STJ para a alienação fiduciária em garantia de que somente o direito expectativo pode ser penhorado quando os direitos aquisitivos do devedor executado

estão sob condição suspensiva. A praxe dos tribunais de instâncias inferiores, entretanto, não tem dado atenção suficiente a essa regra.

Os credores do Depositante por vezes realizam penhoras na conta escrow aberta em nome do Depositante – ou seja, na conta bancária constituída no âmbito de um escrow impróprio – ao que os tribunais relutam em levantar a penhora, mesmo após a oposição de embargos de terceiro pelo Beneficiário. Nesses e em outros casos, os tribunais estaduais geralmente justificam a manutenção da penhora com argumentos como: (1) as contas escrow não estão previstas no CPC como bens impenhoráveis;[1076] e (2) os valores na conta escrow não pertencem a terceiros ou a titularidade de terceiros sobre os valores não poderia ser inferida da prova dos autos.[1077] Em outras situações, a penhora foi mantida com base (3) na alienação do bem durante a execução, gerando fraude à execução nos termos do art. 792, inc. IV, CPC, porque o direito à entrega contra o agente escrow teria sido cedido em garantia ao Beneficiário após o ajuizamento da ação;[1078] e (4) na inobservância do requisito de forma pública ou do registro de documento particular de cessão de crédito, nos termos do art. 288 CC, os quais seriam necessários para a eficácia da cessão do crédito perante terceiros.[1079]

Ao assim proceder, a jurisprudência deixa escapar que a parte principal titular da conta

[1076] Por exemplo: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2073279-19.2022.8.26.0000 da 38ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Anna Paula Dias Costa, São Paulo/SP, 20 de julho de 2022; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2194283-23.2022.8.26.0000 da 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. João Pazine Neto, São Paulo/SP, 18 de outubro de 2022; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1016913-55.2019.8.26.0008 da 38ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Mario de Oliveira, São Paulo/SP, 18 de dezembro de 2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2026144-16.2019.8.26.0000 da 27ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Campos Petroni, São Paulo/SP, 9 de julho de 2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1000652-27.2020.8.26.0219 da 5ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Heloísa Martins Mimessi, São Paulo/SP, 17 de outubro de 2022; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1046172-13.2019.8.26.0100 da 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Viviani Nicolau, São Paulo/SP, 9 de setembro de 2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2027696-79.2020.8.26.0000 da 38ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Eduardo Siqueira, São Paulo/SP, 29 de abril de 2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2099972-74.2021.8.26.0000 da 21ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Fábio Podestá, São Paulo/SP, 15 de outubro de 2021; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2161587-36.2019.8.26.0000 da 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Luis Mario Galbetti, São Paulo/SP, 18 de dezembro de 2019.

[1077] Por exemplo: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1046172-13.2019.8.26.0100 da 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Viviani Nicolau, São Paulo/SP, 9 de setembro de 2020; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2109405-10.2018.8.26.0000 da 20ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Rebello Pinho, São Paulo/SP, 3 de setembro 2018.

[1078] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1000652-27.2020.8.26.0219 da 5ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Heloísa Martins Mimessi, São Paulo/SP, 17 de outubro de 2022.

[1079] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1031689-96.2020.8.26.0114 da 13ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Heraldo de Oliveira, São Paulo/SP, 7 de agosto 2021.

dispõe sob condição suspensiva do direito à entrega contra o agente escrow em favor da outra parte principal, de modo que as penhoras não podem continuar, se a condição se implementar ou falhar em favor da parte principal contrária. Nesse passo, o contrato escrow impróprio se assemelha ao escrow-posse em termos de proteção contra medidas executivas de terceiros. Também se ignora que o direito (não uma pretensão, conforme salientado no cap. II.3.2) à entrega em escrows impróprios está sujeito a determinadas condições, sobretudo a aquiescência da outra parte principal. O credor exequente deve se sujeitar a essas condições e não pode levantar os valores em escrow imediatamente, pois ele adquire o direito à entrega tal como ele é, ou seja, com todas as suas características e restrições. A situação descrita pode ser ilustrada com exemplos da jurisprudência.

O Tribunal de Justiça de São Paulo teve de decidir sobre o seguinte quadro fático no caso *Unimed*.[1080] O devedor Grupo IBBCA havia cedido certos créditos em garantia à credora Unimed Rio. Os terceiros devedores deveriam pagar os valores em uma conta escrow que fora aberta em nome do Grupo IBBCA. Os valores deveriam ser repassados mensalmente a partir da conta escrow ao Grupo IBBCA e à Unimed Rio. O cálculo dos valores devidos a cada parte principal era feito e comunicado ao banco por um agente de pagamento, a Oliveira Trust, e o banco, como agente escrow, fazia as transferências correspondentes. Quando um credor do Grupo IBBCA realizou a penhora da conta escrow, a Unimed Rio opôs embargos de terceiro. No entanto, sem sucesso, porque, na opinião do tribunal, os valores na conta escrow jamais teriam pertencido à Unimed Rio. A decisão do tribunal nos parece equivocada. Os fatos do caso são complexos, mas as partes parecem ter nomeado o Grupo IBBCA como intermediário de pagamento da Unimed Rio e o banco como fiduciário duplo e agente escrow, para, assim, garantir o repasse dos valores ao credor por meio do contrato escrow. A condição para isso teria sido a comunicação pelo agente de pagamento. Por um lado, o tribunal salientou corretamente que o direito à entrega contra o agente escrow pertencia inicialmente ao Grupo IBBCA, porque ele era o único titular da conta. Por outro lado, o tribunal ignorou que se tratava de um contrato escrow impróprio, no qual o direito à entrega é cedido ao Beneficiário (Unimed Rio) sob condição suspensiva. Quando da realização da penhora, o valor já havia sido objeto de disposição antecipadamente em favor da Unimed Rio. Como a titularidade do Grupo IBBCA sobre os valores em escrow tinha curta duração (apenas um mês), a penhora deveria ter recaído apenas sobre os valores devidos ao Grupo IBBCA em cada mês.

[1080] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1110444-16.2019.8.26.0100 da 15ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Jairo Brazil Fontes Oliveira, São Paulo/SP, 10 de novembro de 2020.

Peculiar foi a situação do caso *Scansteel*.[1081] O comprador de um imóvel retivera parte do preço de compra em uma conta escrow, com vistas a honrar possíveis dívidas do vendedor. O agente escrow era o próprio banco mantenedor da conta. A conta foi aberta em nome do comprador e foi constituído penhor em favor do vendedor sobre o saldo em conta. Movimentações na conta só podiam ser realizadas com base em instruções conjuntas das partes do contrato de compra e venda ou com ordem judicial. Quando um terceiro credor do vendedor obteve a penhora do saldo da conta, o comprador apresentou embargos de terceiro. O tribunal estadual de São Paulo decidiu que a conta escrow era penhorável, porque não está incluída na listagem legal dos direitos reais e porque o CPC não define tais valores como impenhoráveis. Mais correto, no entanto, seria decidir pelo cancelamento da penhora sobre o valor da conta escrow. Embora as partes tenham estipulado expressamente a constituição do direito de penhor no contrato escrow, essa garantia nunca foi quista,[1082] pois o credor pignoratício não deve depender do consentimento do devedor pignoratício para exercer a garantia. Isso empurra a questão para fora do âmbito do direito de penhor. Como o desembolso a partir da conta escrow exigia tal consentimento, o que as partes realmente quiseram foi um contrato escrow impróprio. Portanto, o direito à entrega fora cedido sujeito a condição suspensiva. O vendedor tinha apenas um direito expectativo e somente este poderia ter sido penhorado.

A despeito da tendência jurisprudencial descrita acima, algumas decisões rejeitam a penhora de contas escrow. Exemplo notável é o caso *Copagra,* decidido pelo Tribunal de Justiça do Paraná.[1083] A vendedora *Copagra* havia acordado em um contrato de compra e venda com os compradores que o preço de compra deveria ser parcialmente depositado em uma conta escrow para servir de garantia ao pagamento de certos passivos da vendedora. A conta escrow fora constituída em nome do vendedor e o banco fora nomeado para atuar como agente escrow. Quando um credor da vendedora penhorou o valor em escrow, os compradores objetaram à medida constritiva perante a corte de primeira instância, porém sem sucesso, pois o órgão judicial entendeu que os compradores não haviam comprovado que os valores na conta escrow não pertenciam à vendedora. Contra tal decisão foi interposto agravo de instrumento perante o tribunal estadual do Paraná, restando provido o recurso. O tribunal fundamentou sua decisão na

[1081] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1016498-27.2018.8.26.0002 da 27ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Alfredo Attié, São Paulo/SP, 23 de março de 2021.
[1082] Seria concebível um acordo pelo qual o direito de penhor só poderia ser exercido, se o montante do crédito garantido não fosse controvertido. Ou seja, o credor pignoratício só poderia exigir o pagamento com a concordância do devedor ou com apoio em decisão judicial.
[1083] PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0054324-89.2018.8.16.0000 da 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Octavio Campos Fischer, Curitiba/PR, 20 de novembro de 2019.

incerteza acerca da titularidade dos valores antes do fim do prazo contratual do escrow. O tribunal também declarou que a penhora dos "direitos sobre o numerário" da vendedora seria permitida e, consequentemente, suspendeu transferências a partir da conta escrow. O Tribunal de Justiça do Paraná corretamente entreviu que o direito do titular da conta ao desembolso só poderia ser exercido se atendidas certas condições, devido às restrições do contrato escrow. Dessa forma, a penhora e o levantamento imediato dos valores pelo credor exequente não seriam possíveis, mas somente após o implemento ou falha da condição do escrow.[1084]

Outro exemplo é o caso *ProInova* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.[1085] Tratava-se, *in casu*, de uma conta escrow criada com o objetivo de receber valores de contratos com a administração pública, tendo o banco como agente escrow. A ProInova e a IRS Participações haviam descontinuado uma parceria para a prestação de serviços à administração pública, acordando que os valores pendentes seriam distribuídos entre si na proporção de aprox. 95-5%. A conta foi aberta em nome da IRS e o banco só tinha permissão para fazer transferências à ProInova e a outras contas da IRS nas proporções estabelecidas no acordo. Quando da penhora da conta por um terceiro credor da IRS, a ProInova apresentou embargos de terceiro, argumentando, entre outros, que tinha direito a 95% do saldo da conta. Em decisão liminar, a primeira instância suspendeu o levantamento dos valores penhorados pelo credor exequente, contra o que o credor se insurgiu por meio de agravo. O tribunal estadual negou provimento ao recurso, porém com base em fundamentação equivocada. Em suas razões de decidir, o tribunal asseverou que 95% dos recursos em conta pertenciam à ProInova. Todavia, o correto seria afirmar que 95% dos valores haviam sido cedidos à ProInova sob condição suspensiva e que, portanto, só poderiam permanecer constritos enquanto a condição não se implementasse. Como a condição consistia em uma instrução de pagamento emitida por determinadas pessoas autorizadas que eram administradores da ProInova, faria pouco sentido manter a penhora sobre essa parte dos valores em escrow.

II.8.3. Conclusão

A qualificação do contrato escrow como *Treuhand* dupla (Alemanha) ou negócio fiduciário duplo (Brasil) tem impactos significativos na execução sobre o bem objeto do escrow,

[1084] Com fundamentação semelhante: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2277783-89.2019.8.26.0000 da 11ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Gilberto dos Santos, São Paulo/SP, 11 de maio de 2020.

[1085] DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 0728677-61.2022.8.07.0000 da 1ª Turma Cível, Des. Rel. Teófilo Caetano, Brasília/DF, 16 de dezembro de 2022.

especialmente no caso de escrow-direito.

Na Alemanha, as objeções do fiduciante contra a penhora do bem objeto da relação fiduciária por credores do fiduciário são tratadas diferentemente, de acordo com o tipo de *Treuhand* (com fins de garantia, adimplemento, administração ou dupla). Como o contrato escrow atua como garantia para o negócio principal e é necessariamente entregue (e não excutido), a possibilidade de penhora do bem objeto do escrow deve ser afastada. O fato de o agente escrow ser titular pleno do direito em um escrow-direito não impede que as partes principais se oponham à penhora. Antes da implementação ou da falha da condição (1), as partes principais podem, em caso de penhora por um credor do agente escrow, fazer valer a vinculação ao fim de garantia e se opor à penhora, e (2) a penhora só pode abranger o direito expectativo, quando promovida por um credor das partes principais. Após a ocorrência da condição (3), somente o Beneficiário pode se opor à penhora em um escrow-substituição, mas (4) em um escrow-alternativa, o Depositante também pode se opor até a entrega do bem pelo agente escrow. Se a condição falhar, então (5) somente o Depositante pode se opor, independentemente de ser um escrow-substituição ou um escrow-alternativa. Após o cumprimento ou falha da condição (6), quaisquer credores do Legitimado podem executar o bem objeto do escrow.

A situação é diferente no Brasil. Em um escrow-direito, o direito se integra ao patrimônio do agente escrow e, assim, seus credores podem executar o bem objeto do escrow antes ou depois do implemento ou falha da condição. O tipo de negócio fiduciário é irrelevante a esse respeito. Os credores do agente do escrow só deixam de poder penhorar o bem após a conclusão do repasse ou devolução do direito objeto do escrow. As partes principais somente obtêm proteção sólida contra tais medidas executivas na chamada fidúcia "germânica", ou seja, quando a condição do escrow se prende ao próprio negócio de disposição. Já os credores das partes principais só podem penhorar o direito expectativo antes da materialização ou falha da condição do escrow; penhoras sobre o bem objeto do escrow podem, portanto, ser embargadas pelas outras partes. Após a materialização da condição, somente o agente escrow e o Beneficiário podem se opor a penhoras obtidas pelos credores do Depositante em um escrow-substituição, mas, no caso de um escrow-alternativa, o Depositante também pode ajuizar embargos de terceiro até a entrega do bem. Se a condição falha, o agente escrow e o Depositante podem se opor a penhoras feitas pelos credores do Beneficiário. A natureza real ou obrigacional do direito expectativo em nada muda o panorama de proteção do bem objeto do escrow no que diz respeito a penhoras por credores das partes principais.

PARTE 3: O CONTRATO ESCROW EM ALIENAÇÕES DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Com base nos desenvolvimentos das partes anteriores deste trabalho, pode-se agora adentrar o tratamento do contrato escrow na compra e venda de participação societária. Toma-se aqui como referência as contas escrow, como formas mais comuns de contrato escrow na Alemanha e no Brasil. Esses quadros fáticos são descritos a seguir.

Na Alemanha é acordada, no contrato de compra de participação, uma retenção do preço a ser depositada em uma conta escrow. O agente escrow geralmente é um notário e a conta de custódia é aberta em seu nome. No entanto, ao contrário da praxe, toma-se por base aqui que o agente escrow seja um terceiro não notário, advogado, advogado de patentes, assessor tributário ou auditor (mas não o próprio banco mantenedor da conta). Consequentemente, o suporte fático não se enquadra diretamente na regulamentação do depósito notarial ou das normas profissionais setoriais relevantes. A conta escrow é aberta, assim, como uma conta fiduciária ostensiva (*offenes Treuhandkonto*). Todas as três partes envolvidas (Depositante, Beneficiário e agente escrow) concluem o contrato escrow juntas. O contrato escrow contém disposições sobre rendimento de juros ou sobre aplicação do saldo da conta em investimentos seguros de curto prazo, como depósitos remunerados a prazo e fundos de renda fixa. O valor em escrow garante, por um lado, a pretensão do vendedor da participação ao preço e, por outro lado, as pretensões do comprador da participação decorrentes de violações de garantias autônomas (*Garantieansprüche*) e obrigações de garantia (*Freistellungsansprüche*). As condições de entrega são simples: o agente escrow só pode desembolsar o valor diante de uma instrução conjunta das partes do contrato de compra de participação.[1086] No contrato de compra fica acordado também que, se surgir uma pretensão do comprador, o vendedor fica obrigado a emitir a instrução juntamente com o comprador para entrega do valor correspondente a este último; se, ao contrário, não surgir nenhuma reivindicação do comprador, então é o comprador quem deve cooperar para emissão

[1086] Essa estrutura típica pode ser vista na cláusula escrow em: SEIBT, Christoph H.: **Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2011, C.II.2. Estrutura semelhante, com as diferenças de que (1) desembolsos diretos devem ser feitos quando da prolação de uma decisão judicial vinculante e (2) o desembolso imediato do saldo da conta escrow deve ser feito em determinadas datas, deduzidos eventuais valores necessários para cobrir pretensões exigidas pelo comprador, pode ser encontrada no contrato modelo contratual de HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische Nebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020, Capítulo IV.5, assim como no modelo de contrato de TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019, p. 169 seq. e na cláusula escrow de KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. **Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018, p. 62 seq.

de uma instrução conjunta para entrega ao vendedor.

No Brasil, o escrow de M&A é estruturado de forma muito semelhante ao da Alemanha, com a diferença de que o banco mantenedor da conta é o próprio agente escrow. A conta é aberta em nome do comprador como uma conta corrente, mas o banco só pode movimentar a conta escrow de acordo com as condições do contrato escrow, o que significa que o titular da conta não pode movimentar a conta sozinho.[1087] No Brasil, o contrato escrow também é trilateral e contém instruções para aplicar o saldo da conta em investimentos seguros de curto prazo, quase sempre investimentos em renda fixa. O valor na conta escrow garante tanto a pretensão do vendedor ao preço quanto pretensões do comprador decorrentes de violações contratuais e de obrigações de garantia. A condição para entrega consiste na emissão de uma instrução conjunta pelas partes do contrato de compra e venda de participação, sendo que o Legitimado pode exigir que a outra parte consinta com a entrega.[1088]

A seguir, as situações descritas acima serão chamadas simplesmente de "escrow de M&A". O escrow de M&A é basicamente um contrato escrow comum ao qual se aplicam os princípios descritos no cap. II. Entretanto, é mister abordar aqui algumas concretizações ou adaptações próprias a uma transação de M&A. Elas serão abordados nos próximos capítulos.

III.1. Alemanha

III.1.1 Natureza jurídica

Escrows de M&A alemães devem ser qualificados como um mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*) com caráter de empreitada e, mais especificamente, como uma *Treuhand* dupla. O agente escrow tem plena titularidade do montante na conta escrow e é o único com poder de dispor sobre ele. Após o implemento da condição de entrega, o Beneficiário adquire diretamente uma pretensão contra o agente escrow. O valor depositado em escrow garante pretensões em ambas as direções, comprador-vendedor e vendedor-comprador. Trata-se, portanto, de um escrow-direito próprio e multidirecional. A pretensão contra o agente escrow tem caráter puramente obrigacional e a posição do agente escrow no relacionamento com o banco mantenedor da conta não é cedida ao Legitimado; caso contrário, o Legitimado poderia exigir o pagamento

[1087] É de se esperar que haja uma mudança na praxe e que os tabeliães assumam cada vez mais a posição de agente escrow no futuro. Isso é mais favorável para as partes principais do que a formatação corriqueira atual, pois o valor em escrow constitui patrimônio segregado do tabelião, por explícita disposição legal. No entanto, essa tendência ainda não se impôs, justificando assim a escolha neste trabalho pela usual formatação com o banco na posição de agente escrow.

[1088] De acordo com o primeiro modelo de contrato do Apêndice 3.

diretamente do banco. Na verdade, o agente escrow é quem ordena ao banco a transferência para o Legitimado.

III.1.2. Coligação contratual

A entrega (desembolso) pelo agente escrow destina-se ao processamento de pretensões recíprocas decorrentes do contrato de compra e venda. A interação escrow de M&A com o contrato de compra participação é tal que a condição de entrega reflete logicamente os eventos do negócio principal, como pretensões oriundas de garantias autônomas (*Garantieansprüche*) e obrigações de garantia (*Freistellungen*). No entanto, no escrow de M&A tomado aqui como base, a influência direta de tais eventos sobre condição de entrega é bloqueada. As instruções conjuntas devem traduzir tais eventos em uma condição de entrega. A possibilidade permanece de ajuizar uma ação tendo tais eventos por fundamento jurídico com o fito de forçar a contraparte a dar seu consentimento à instrução conjunta. A condição de entrega não deve ser confundida com as instruções das partes principais, que é conceito mais abrangente. Essas só podem ser revogadas se o contrato de compra e venda for distratado, ineficaz ou revertido (§ 60(3) BeurkG por analogia). Os únicos efeitos da coligação contratual sobre o escrow de M&A são aqueles que já recaem sob o § 60(3) BeurkG por analogia.

III.1.3. Efeito de adimplemento

Em caso de dúvida, o escrow de M&A deve ser lido como um escrow-substituição, como de resto na generalidade dos contratos escrow. No escrow de M&A, as partes principais escolhem o agente escrow em conjunto, de modo que a transferência do risco exclusivamente a uma parte principal seria injusta também do ponto de vista de negociação. Se nada tiver sido acordado, pode-se presumir que o efeito de adimplemento se irradiará assim que o Legitimado adquirir a pretensão à entrega. A pretensão contra o agente escrow configura, então, o objeto da prestação no negócio principal. Devido à natureza multidirecional do contrato escrow, ambas as partes principais são simultaneamente Depositante e Beneficiário e podem, portanto, substituir o objeto da prestação a qualquer momento e efetuar o pagamento em dinheiro diretamente à outra parte principal.

III.1.4. Forma

Em princípio, o contrato escrow não tem forma prescrita, como qualquer contrato de mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*), mas, devido à coligação contratual, requisitos de

forma do contrato de compra e venda podem se estender ao contrato escrow. É recomendável assim, adaptá-lo aos requisitos formais do contrato de compra e venda (por exemplo, a forma pública no caso do § 15 GmbHG).

III.1.5. Instruções

As instruções em geral (*Weisungen*) não devem ser confundidas com as instruções conjuntas como condição da obrigação de entrega (*gemeinsame Instruktionen*). As instruções em geral referem-se a qualquer procedimento relacionado à persecução de interesses alheios. Em um escrow de M&A, todas as instruções ou revogações de instruções em geral devem ser emitidas por todas as partes principais, ou seja, são multilaterais, entre o momento do depósito e o de implemento ou falha da condição, pois trata-se em regra de um escrow-substituição. Antes do depósito do bem em escrow, o comprador de participação pode revogar as instruções isoladamente. Após o implemento ou falha da condição (não faz diferença se a condição se implementa ou não, dado que o escrow de M&A é multidirecional), somente o Legitimado tem interesse no manuseio do valor em escrow e pode, então, emitir instruções unilateralmente. No caso excepcional de se tratar de um escrow-alternativa, as instruções só podem ser emitidas bilateralmente até a entrega efetiva.

Embora revogações de instruções possam ser emitidas unilateralmente nos casos do § 60(3) BeurkG por analogia (ou seja, em caso de distrato, ineficácia ou retorno do negócio principal ao *statu quo ante*), isso é de pouca relevância na prática. O principal efeito de uma revogação de instrução é que o agente escrow deve se abster de praticar qualquer disposição sobre o valor em escrow até que uma instrução unânime seja posteriormente emitida (§ 60(3), n. 1 BeurkG por analogia), ou até que um prazo estabelecido pelo agente escrow expire sem que a parte revogadora prove que a emissão de uma instrução unânime está sendo buscada perante o judiciário (n. 2), ou que o litígio no n. 2 tenha chegado ao fim (n. 3). O mesmo efeito já é obtido no escrow de M&A de qualquer forma, se nenhuma instrução conjunta for emitida. Uma revogação unilateral não é necessária para evitar a entrega dos valores em escrow.

III.1.6. Depósito em escrow da retenção de preço

Como em todos os contratos escrow multidirecionais, tanto o comprador quanto o vendedor de participação são potencialmente devedores e credores no negócio principal. No entanto, apenas o comprador de ações efetua o depósito. Embora o escrow de M&A se destine ao processamento de pretensões recíprocas através da conta escrow, como preço, garantias

autônomas e aquelas decorrentes de obrigações de garantia, o comprador não pode se recusar a depositar, assim como não pode reduzir o valor do depósito por conta de tais pretensões. Esses procedimentos se desdobram através da conta escrow. Como o bem objeto do escrow é dinheiro, não há espaço para uma obrigação do agente escrow de inspecionar defeitos da coisa. Se o valor for depositado a menor, a outra parte principal deve ser comunicada.

III.1.7. Frutos da conta escrow

O tipo e a forma de aplicação do valor na conta escrow devem ser especificados nas instruções. Do contrário, o agente escrow não deve aplicá-lo em nenhum investimento.

A regra relativa à distribuição de frutos é relativamente simples no escrow de M&A: os frutos gerados pelo montante depositado em escrow somente são entregues quando uma instrução conjunta assim ordenar. Se as partes principais não chegarem a um acordo sobre a distribuição dos frutos, o agente escrow deve remetê-las à via judicial e se abster de praticar qualquer ato de disposição sobre frutos nesse meio tempo.

A tarefa do juiz, então, é determinar por meio de interpretação a regra lógica que determina a distribuição dos frutos. Essa regra normalmente será estranha ao escrow de M&A, porque o escrow de M&A regula apenas a emissão de instruções conjuntas, independentemente do motivo pelo qual elas são emitidas e se o valor a ser entregue inclui os frutos ou não. O juiz deve procurar essa disposição no contrato de compra e venda e forçar o consentimento a uma instrução conjunta. Ao contrário da regra geral trabalhada no cap. II.7.4.3.1, a questão não girará em torno do efeito retroativo obrigacional do implemento da condição.

Ao interpretar o contrato de compra e venda, o juiz deve levar em conta as particularidades de uma transação de M&A, sobretudo a pretensão especificamente garantida pelo escrow de M&A e o momento de seu vencimento. Três pontos de apoio a serem considerados na interpretação contratual devem ser aqui mencionados.

Primeiro. A pretensão do vendedor ao preço não necessariamente coincide com o momento do depósito na conta escrow. Se, por exemplo, os valores da conta escrow devem ser entregues ao Legitimado a cada período de tempo definido, a interpretação do contrato pode apontar no sentido de que o preço também é devido em tais períodos de tempo. Se for assim, o vendedor de participação somente terá direito aos frutos do valor depositado a partir da respectiva data de desembolso.

Segundo. Se se tratar de uma pretensão do comprador de participação a redução de

preço, pode-se presumir que, conforme o § 441(3) BGB, o momento relevante será o da conclusão do contrato e, por conseguinte, todas as vantagens percebidas (*gezogene Nutzungen*) cf. § 441(4) c/c 346(1) BGB, aí incluídos os frutos percebidos, extraídas a partir do valor a ser devolvido ao comprador cabem também a este último.[1089]

Terceiro. Se o comprador exigir uma pretensão derivada de garantia autônoma ou obrigação de garantia, deve-se apurar a data de vencimento de cada uma dessas pretensões, o que pode estar sujeito a interpelações (*Mahnungen*) e prazos de purga da mora. Então, logicamente devem os frutos pertencer ao vendedor até essa data e depois dela ao comprador.

III.2. Brasil

III.2.1. Natureza jurídica

Os escrows de M&A brasileiros são negócios fiduciários duplos atípicos. Seu conteúdo regulativo deve ser extraído, graças a seu caráter socialmente típico, dos usos do tráfico e da aplicação por analogia das normas do contrato de mandato. O dinheiro é entregue ao agente escrow (o banco mantenedor da conta) e assim ele adquire a propriedade sobre o dinheiro. Como a conta escrow é aberta exclusivamente em nome do comprador de participação, ele deve necessariamente deter o direito à entrega dos valores em escrow. O direito à entrega é cedido ao vendedor sob condição suspensiva e ele pode exigir a entrega diretamente do banco se e quando a condição se implementar. O próprio negócio de disposição sobre o direito à entrega é condicionado, o que significa que a condição tem efeitos no plano real. O escrow de M&A é, portanto, uma fidúcia "germânica". No entanto, ele só produz efeitos perante terceiros, se o contrato de cessão de direitos, de acordo com o art. 288 CC, revestir a forma pública ou adotar forma particular que satisfaça os requisitos do art. 654, § 1°, CC e seja depositado no cartório de registro de títulos e documentos, conforme preconiza o art. 221 CC c/c art. 129, inc. 10°, da Lei n. 6.015/73. Não é necessário um instrumento separado para o contrato de cessão; a vontade das partes de ceder o direito à entrega pode ser facilmente obtida da interpretação do contrato escrow. A instrução conjunta não é a simples liberação de um valor "travado" na conta escrow, mas é condição tanto para a cessão do direito ao vendedor quanto para a remoção de todos os obstáculos à exigibilidade da entrega. O valor depositado em escrow garante as pretensões recíprocas das partes principais. Trata-se de um escrow-direito impróprio e multidirecional. Por

[1089] Cf. com maiores referências STÖBER, Michael. §§ 441-445 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2022, § 441 BGB, n. 63, 71.

ser um escrow impróprio, não se trata de pretensão, mas de direito propriamente dito à entrega na fase de pendência.

III.2.2. Coligação contratual

As pretensões oriundas de violações contratuais e obrigações de garantia do contrato de compra de participação a serem processadas através da conta escrow precisam ser convertidas, em linha de princípio, na condição de entrega do bem, para que exerçam influência sobre o contrato escrow. Como em um escrow de M&A a condição de entrega consiste na emissão de uma instrução conjunta, os incidentes do contrato de compra e venda não têm influência direta no escrow de M&A. Se a parte principal contrária se recusar a emitir a instrução conjunta, a parte principal prejudicada tem à sua disposição ação para forçar o consentimento para emissão de instrução conjunta. A despeito disso, a coligação contratual induz que a ineficácia ou a extinção do contrato de compra e venda afeta diretamente o escrow de M&A, dado que o contrato escrow não pode garantir nem adimplir uma dívida inexistente. Isso vale também quando tais eventos não estejam previstos como condição da entrega. Nesses casos, o escrow de M&A permanece em vigor, mas o agente escrow deve restituir o valor ao comprador de participação.

III.2.3. Efeito de cumprimento

A implementação do efeito de adimplemento depende da vontade das partes. Em caso de dúvida, o escrow de M&A é um escrow-substituição, como qualquer contrato escrow. Nada sendo disposto nessa matéria, o efeito de adimplemento pode ser reconhecido já no momento do implemento ou falha da condição. As pretensões decorrentes do contrato de compra e venda são quitadas com o próprio direito à entrega contra o agente escrow, sendo que as partes principais se reservam o direito de substituir a obtenção do direito à entrega para a contraparte por um pagamento direto. Se o agente escrow de um escrow de M&A não realizar a entrega regularmente, a outra parte principal não se torna responsável. O Legitimado é quem corre o risco da não entrega, porque isso nada mais é do que uma violação do dever do agente escrow frente ao Legitimado. Como o escrow de M&A encerra uma prestação de bem fungível (dívida de dinheiro), a perda da coisa antes da realização da condição suspensiva dá azo a uma obrigação de prestar também valores monetários e, por conseguinte, o direito adquirido pelo Legitimado contra o agente escrow não terá conteúdo diverso daquele originalmente estipulado. O Legitimado não pode, portanto, recusar o efeito de adimplemento sob o pretexto de o agente escrow ter extraviado os valores, por exemplo. Se, excepcionalmente, se tratar de um escrow-

alternativa, o risco de não cumprimento pelo agente escrow sempre permanece com a parte principal oposta: ela deve prestar o bem objeto do escrow em lugar do agente escrow.

III.2.4. Forma

O escrow de M&A, como qualquer contrato escrow, não exige forma especial e é consensual (não real). Como ele é estruturado na forma de um escrow impróprio, passa-se uma cessão condicional do direito à entrega no escrow de M&A, a qual pressupõe forma específica para produzir efeitos perante terceiros (vide supra cap. III.2.1).

III.2.5. Instruções

As instruções em geral diferem das instruções conjuntas, porque instruções em geral especificam a maneira pela qual a incumbência deve ser executada, enquanto as instruções conjuntas mais especificamente são uma condição para a entrega (ou seja, para o desembolso). A competência para emitir instruções em escrows de M&A brasileiros também é definida pelo momento em que se produz o efeito de adimplemento. Como regra genérica, instruções ou revogações de instruções são multilaterais entre o momento do depósito até o momento da realização ou falha da condição para entrega (também no Brasil não faz diferença se a condição se implementa ou não, porque o escrow de M&A é multidirecional), porque ambas as partes principais têm interesse na conta escrow nesse entretempo e o escrow de M&A é um escrow-substituição. Antes do depósito, pode o comprador e, após a implementação ou falha da condição pode o Legitimado emitir e revogar unilateralmente instruções. Em escrows-alternativa de M&A, as instruções são bilaterais até a entrega efetiva. A ineficácia e a extinção do contrato de compra e venda de participação não permitem a revogação unilateral das instruções, mas apenas constituem um caso de entrega dos valores em escrow ao comprador de participação.

Pode acontecer de as partes principais não concordarem sobre o implemento ou falha da condição do escrow. O agente escrow deve, então, reter a entrega dos valores. Isso acaba fazendo pouca diferença em um escrow de M&A, já que a entrega só seria feita, de qualquer jeito, na presença de instruções conjuntas.

III.2.6. Depósito da retenção do preço de compra

No escrow de M&A, o comprador de participação deposita a retenção do preço de compra na conta escrow. Esse valor é então utilizado para processar pretensões recíprocas das partes principais (como o preço de compra, pretensões oriundas de obrigações de garantia e reduções

de preço). Seria tentador para o comprador levantar pretensões e exceções antes de efetuar o depósito na conta escrow, a fim de evitar ou reduzir o valor a depositar. Todavia, tais atitudes lhe são vedadas, porque essas pretensões devem ser processadas, na verdade, através da conta escrow. Mesmo que a pretensão do comprador esteja coberta pelo contrato escrow antes do vencimento da obrigação de depositar, ele deve primeiro efetuar o depósito e depois discutir a legitimação à devolução do valor. O agente escrow não tem obrigação de inspecionar defeitos da coisa, porque o bem objeto do escrow é dinheiro; ele só precisa informar às partes principais se o depósito foi realizado corretamente.

III.2.7. Frutos da conta escrow

Tendo em vista sua obrigação de seguir estritamente as instruções das partes principais, o agente escrow não é obrigado, em um escrow de M&A, a realizar aplicações produtivas com o valor depositado em escrow, salvo se instruído a tanto.

O agente escrow não precisa extrair nenhuma norma com relação à distribuição de frutos a partir do escrow de M&A. É tarefa das partes principais refletir a distribuição de frutos nas instruções conjuntas. Se não chegarem a um acordo, ao agente escrow não resta outro caminho senão suspender quaisquer disposições sobre os frutos gerados na conta escrow e aguardar uma decisão judicial.

O juiz deve então determinar a regra sobre distribuição de frutos interpretando o contrato de compra e venda e, com base nisso, compelir as partes a emitir uma instrução conjunta. Tal regra não pode ser encontrada no escrow de M&A, pois ele não regula as bases para a emissão de tais instruções. Em contraste com a regra geral do contrato escrow (descrita acima no cap. II.7.4.3.2), a retroação de efeitos da condição, restrita ao plano obrigacional, não dá a resposta para essa distribuição.

Dentre outros, três principais elementos devem ser levados em consideração na interpretação do contrato de compra e venda. Em primeiro lugar, a pretensão ao preço não necessariamente coincide com o vencimento da obrigação de depositar em escrow. Se desembolsos a partir da conta escrow tiverem de ser feitos em períodos de tempo, pode ser que a obrigação de pagar o preço também vença em períodos de tempo. Os frutos gerados pela conta escrow até então devem ser entregues ao comprador, pois o preço é pago em valor nominal na data de vencimento (art. 315 CC), salvo acordo em contrário. A regra mais geral do art. 237, parágrafo único, CC cede diante da regra especial às obrigações pecuniárias do art. 315 CC. O vendedor tem direito aos frutos produzidos a partir de cada data de pagamento do preço. Em segundo

lugar, deve ser levado em consideração que o vencimento de pretensões do comprador derivadas de violações contratuais e obrigações de garantia pode estar vinculado a interpelações e prazos específicos. Se esse for o caso, então o comprador possivelmente só teria percebido os frutos gerados pelo bem em escrow a partir da data de vencimento de cada uma dessas pretensões. Em terceiro lugar, também na redução de preço do art. 442 CC deveriam os frutos razoavelmente caber ao comprador a partir da data de vencimento da obrigação de restituir o preço.

PARTE 4: RESUMO E TESES

O presente trabalho tratou de várias questões, cujos principais resultados podem ser resumidos da seguinte forma.

A. Relevância prática do contrato escrow

1. O contrato escrow resolve a tensão entre o risco de desempenho antecipado da prestação e o risco de inadimplemento, sobretudo quando o intercâmbio das prestações ou a transação como um todo depende de certas providências, como autorizações de terceiros. Essa tensão também pode surgir após a oferta da prestação, por exemplo, quanto a pretensões indenizatórias por violação contratual e àquelas derivadas de garantias autônomas (*Garantieansprüche*) e obrigações de garantia.

2. O contrato escrow oferece um método alternativo de processar o adimplemento contratual em relação ao usual intercâmbio simultâneo das prestações: o objeto da prestação é depositado junto a um agente escrow neutro e permanece com ele até que certas condições se implementem ou falhem, quando, então, o agente escrow deve repassar o bem objeto do escrow ao Beneficiário ou devolvê-lo ao Depositante.

3. Em transações de M&A, o contrato escrow oferece uma forma de garantia superior em muitos aspectos a outros mecanismos de garantia tradicionais. Garantias pessoais dos sócios, fianças bancárias, *holdbacks*, penhor e hipoteca geralmente envolvem normalmente custos elevados ou viabilizam ao devedor muitas defesas, o que gera incertezas para a transação. O contrato escrow promove a resolução amigável de desinteligências entre as partes principais, pois nenhuma delas tem acesso ao bem objeto do escrow durante a fase de pendência. No entanto, o uso do seguro W&I vem crescendo na Alemanha porque, apesar dos custos mais elevados, oferece vantagens como o "clean exit" e limites de indenização mais altos. Em contrapartida, o seguro W&I não cobre riscos conhecidos, de modo que a relevância do contrato escrow se mantém – especialmente em transações que não podem ser seguradas, como em um escrow de software.

B. Tarefa de uma teoria do contrato escrow

4. Uma teoria do contrato escrow precisa, assim, fornecer uma construção jurídica que amarre os seguintes elementos: (1) a sujeição do repasse ou devolução do bem objeto do

escrow a determinadas condições, (2) a retirada do bem objeto do escrow da possibilidade de dispor das partes principais, (3) a atuação imparcial e independente do agente escrow em relação a duas partes principais com interesses conflitantes e (4) a garantia e o adimplemento do negócio principal através do agente escrow.

C. Descrição do contrato escrow

5. Com base nas descrições comuns do contrato escrow na literatura e nas quatro características essenciais apontadas acima, pode-se chegar à seguinte definição de contrato escrow:

> "*um contrato bi ou trilateral, por meio do qual o devedor (ou o devedor juntamente com o credor) nomeia um terceiro imparcial e independente para receber, custodiar e repassar ou devolver, observadas certas condições, um bem pertencente ao devedor ou em posse do devedor, sendo que qualquer possibilidade de dispor do bem ou de transferir a posse é impossibilitada, a fim de garantir e processar o cumprimento de uma obrigação preexistente do devedor*".

D. Principais características do contrato escrow

6. (1) entrega condicional do bem objeto do escrow. Os requisitos para entrega do bem configuram condições no sentido do § 158 BGB e seguintes ou do art. 121 CC. O fato de a obrigação de entrega do agente escrow surgir sempre e inevitavelmente – às vezes até mesmo em um momento futuro previsível – não afeta a qualificação como condição, desde que a identidade do credor da obrigação de entrega seja incerta quando da conclusão do contrato. Não é o contrato escrow como um todo que fica sujeito a uma condição, mas apenas a instrução para entrega ao Legitimado. Se a condição consistir na emissão de uma instrução conjunta, como sói ser o caso em escrows de M&A, não se estará diante de uma condição de querer (*Wollensbedigung*) ou puramente potestativa, pois o Legitimado pode forçar a parte principal contrária a emitir a instrução.

7. Durante o período de pendência, as partes principais de contratos escrow brasileiros têm apenas um direito expectativo à entrega. Na Alemanha, o surgimento do direito expectativo depende de a conduta da outra parte principal poder prejudicar ou não a formação do suporte fático de surgimento da pretensão à entrega.

8. (2) impossibilitação de atos de disposição e transmissão da posse. No caso de escrows-posse, o agente escrow tem a posse direta do bem objeto do escrow, enquanto a propriedade permanece com o Depositante. As partes principais são compossuidoras indiretas que exercem a posse conjuntamente. Apenas coisas que exigem a aquisição da posse para a perfectibilização do negócio de disposição podem logicamente ser objeto de um escrow-posse, ou seja, apenas coisas móveis. Apesar de diferenças nos sistemas de transferência de propriedade dos direitos alemão e brasileiro, ambos exigem a tradição real (*Sachübergabe*) ou consensual (*Übergabesurrogat*) da coisa (*traditio brevi manu*, cessão do direito à restituição ou constituto possessório) para consumar a transferência da propriedade. O contrato escrow impede a tradição real da coisa, pois o agente escrow é quem detém a posse direta; a cessão do direito à restituição também resta inviabilizada, porque fica sujeito a condição e o negócio de disposição só se perfectibiliza quando o direito à restituição se torna eficaz; disposições por meio de constituto possessório também ficam impossibilitadas, porque o outorgante na Alemanha não consegue transmitir a parte restante da posse indireta de primeiro grau a um potencial terceiro adquirente, e, no Brasil, o terceiro adquirente não obtém nenhum poder fático indireto sobre a coisa depositada em escrow se a outra parte principal não permitir sua interferência na relação de posse – em havendo tal interferência contra a vontade da outra parte principal, haveria turbação da posse. Além disso, se um acordo de transmissão real antecipado for celebrado em favor do Beneficiário com vistas à transferência de propriedade, ele teria adicionalmente proteção contra disposições no período de pendência cf. § 161 BGB ou art. 126 CC.

9. Em escrows-direito, o agente escrow recebe a titularidade plena de um direito, juntamente com a posse direta, se o caso. Quaisquer bens podem ser retirados do poder de dispor das partes principais em um escrow-direito, incluindo créditos e imóveis. Note-se que a condição do escrow pode se prender ao negócio de disposição ou ao negócio obrigacional. Apenas no primeiro caso o Legitimado estará protegido contra disposições no período interimístico pelo § 161 BGB ou pelo art. 126 CC.

10. (3) independência e imparcialidade do agente escrow. Para poder equilibrar interesses conflitantes, o agente escrow não pode estar sob influência de uma das partes principais (independência) nem ter incentivos para favorecer uma das partes principais em detrimento da outra (imparcialidade). Não há, todavia, critérios objetivos para avaliar a independência e a imparcialidade do agente escrow. Essa avaliação se dá segundo a representação subjetiva das partes principais. É uma questão de gradação: o agente escrow não é binariamente dependente ou independente, parcial ou imparcial, mas sim mais ou menos independente ou imparcial. Para

possibilitar um julgamento sólido a esse respeito, o agente escrow deve fornecer às partes principais informações suficientes na fase pré-contratual (§§ 311(2), 241(2) BGB; art. 422 CC).

11. (4) fins de adimplemento e garantia. Além do fim de garantia frequentemente citado, o contrato escrow também desempenha um fim de adimplemento. O bem objeto do escrow é repassado exatamente como recebido. O agente escrow não troca, modifica ou excute o bem antes da entrega. O repasse do bem objeto do escrow satisfaz o interesse primário do Beneficiário, porque é idêntico ao objeto da prestação no negócio principal. O fim de adimplemento fica aí evidente. A finalidade de garantia se demonstra pelo fato de que, em um escrow-alternativa, ocorre uma duplicação das massas patrimoniais responsáveis, enquanto no escrow-substituição, o devedor original é substituído por um devedor mais confiável (o agente escrow).

E. Modalidades de contrato escrow

12. O contrato escrow pode ser formatado de diferentes maneiras. As principais modalidades se diferenciam segundo quatro critérios, a saber: (1) a natureza da posição jurídica do agente escrow sobre o bem objeto do escrow, (2) quem inicialmente adquire a pretensão à entrega, (3) o momento em que se produz o efeito de adimplemento e (4) a relação da entrega com o crédito garantido.

13. (1) segundo o tipo da posição jurídica obtida pelo agente escrow sobre o bem objeto do escrow, o contrato pode configurar um escrow-posse ou um escrow-direito. As principais características dessas modalidades já foram abordadas nas teses 8 e 9.

14. (2) segundo quem inicialmente adquire a pretensão à entrega, o contrato escrow pode ser classificado como próprio ou impróprio. Em um escrow próprio, nenhuma das partes principais tem uma pretensão à entrega eficaz durante a fase de pendência; elas possuem apenas um direito sujeito a condição, o qual geralmente configura um direito expectativo. Quando da implementação ou falha da condição, o Legitimado adquire diretamente uma pretensão à entrega. Em um contrato escrow impróprio, uma parte principal adquire primeiramente o direito à entrega e o cede à outra parte principal sob condição suspensiva ou resolutiva. Durante a fase de pendência, essa parte principal terá provavelmente apenas um direito expectativo. O exercício do direito à entrega geralmente está atrelado a certos requisitos, o que significa que o titular do direito não pode exigir a entrega desde logo. A outra parte principal está protegida pelos §§ 160, 161 BGB e pelos arts. 126, 186, 927 CC.

15. (3) segundo o momento em que o efeito de adimplemento se irradia, o contrato

pode ser um escrow-substituição ou um escrow-alternativa. Em um escrow-substituição, o efeito de adimplemento ocorre já no momento de implemento ou falha da condição, enquanto em um escrow-alternativa esse efeito é consequência da efetiva entrega. Mais sobre essa temática nas teses 47 a 49.

16. (4) segundo a relação da entrega com o crédito garantido, pode-se distinguir entre escrows uni e multidirecionais. Em um escrow unidirecional, o bem objeto do escrow só tem capacidade de quitar um crédito do Beneficiário contra o Depositante. No entanto, se o bem objeto do escrow for tal que possa satisfazer vários créditos recíprocos das partes principais entre si, como geralmente é o caso de contratos escrow tendo dinheiro por objeto, trata-se então de um escrow multidirecional.

F. Natureza jurídica

17. A natureza jurídica do contrato escrow é diferente na Alemanha e no Brasil.

18. (1) Alemanha. A natureza jurídica do contrato escrow na Alemanha não é particularmente problemática. O seu enquadramento como relação fiduciária (*Treuhand*) é aceito pacificamente. A *Treuhand* se caracteriza pela outorga de um poder sobre o bem objeto da relação fiduciária ao fiduciário (seja ele um direito pleno, uma autorização para dispor no sentido do § 185 BGB ou uma procuração nos termos do § 164 BGB) com o objetivo de perseguir determinados interesses do fiduciante. Isso geralmente resulta em um maior poder no plano externo do que o "estar autorizado a" no plano interno da relação entre fiduciário e fiduciante. A *Treuhand* é uma subcategoria de mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*), de acordo com o § 675 BGB. Essa classificação se justifica a partir da análise dos elementos do mandato oneroso: o agente escrow busca os interesses das partes principais ao equilibrar o conflito de interesses existente entre elas; essa atividade faz parte da vida econômica das partes principais, pois envolve o cumprimento de uma obrigação do Depositante, e tem impacto patrimonial óbvio, pois consiste em nada mais do que a lida com o objeto da prestação no negócio principal; apesar de estar vinculado às instruções das partes principais, o agente escrow preserva sua independente frente a elas. O contrato escrow é, portanto, uma *Treuhand* e, consequentemente, um mandato oneroso.

19. Na dicção do § 675 BGB, contratos de mandato oneroso podem ter caráter de prestação de serviço (*Dienstvertrag*) ou de empreitada (*Werkvertrag*). O agente escrow se obriga a um resultado concreto, a saber, a entrega efetiva do bem objeto do escrow – ou, pelo menos, assume o risco de que esse resultado não se concretize. Portanto, o contrato escrow

constitui um contrato de mandato oneroso com características de empreitada.

20. Em vista dos fins de garantia e adimplemento, o contrato escrow pode ser classificado como um tipo especial de *Treuhand* que não se deixa categorizar como *Treuhand* apenas com fim de garantia ou fim de adimplemento. Na verdade, ele combina ambas as finalidades.

21. De acordo com a disposição de interesses, o contrato escrow deve ser classificado como *Treuhand* dupla, a qual se caracteriza pela busca, pelo fiduciário, dos interesses de vários fiduciantes que conflitam uns com os outros. Com apoio em *Löhnig*, pode-se divisar uma cisão qualitativa (não meramente quantitativa) na posição do fiduciante no contrato escrow e*, a fortiori,* na *Treuhand* dupla. Isso significa que os fiduciantes têm interesses conflitantes e a persecução de interesses se dá por meio do equilíbrio desses interesses. Na construção usual da *Treuhand* dupla, espera-se comportamentos diferentes do fiduciário, conforme o fato A ou o fato B se materialize. O repasse ou devolução do bem objeto da relação fiduciária de acordo com a implementação ou falha da condição do escrow é um exemplo por excelência de *Treuhand* dupla.

22. A custódia de bens móveis em um escrow-posse pode empurrar a qualificação do contrato escrow para uma forma híbrida de mandato oneroso com contrato de depósito (*Verwahrungsvertrag*). Surge então a questão da aplicação do direito a contratos mistos. A mesma questão se aplica a escrows-direito tendo coisas móveis por objeto. O mais correto aqui é aplicar a teoria da absorção, de modo que as disposições do mandato oneroso e do contrato de empreitada permanecem sempre aplicáveis, pois a custódia é apenas uma prestação subordinada no contrato escrow. Prestação principal é a persecução de interesses. As disposições do contrato de depósito pouco acrescentariam à aplicação do direito porque elas já possuem um equivalente nas disposições do contrato de mandato oneroso e da empreitada, ou simplesmente não se adaptam ao fim do contrato escrow. Além disso, é preferível um tratamento uniforme dos contratos escrow, o que não poderia ser alcançado se consequências jurídicas diferentes tivessem de ser extraídas do contrato escrow, a depender do seu objeto. A persecução de interesses pelo fiduciário, na qual o bem objeto da relação fiduciária é um crédito ou um imóvel, não é uma prestação subordinada própria do contrato de depósito; ao contrário, devido às características de empreitada presentes no contrato escrow, suas disposições são aplicáveis ao contrato escrow em qualquer caso.

23. A conta escrow é uma manifestação do contrato escrow, cujo objeto consiste em

dinheiro escritural (*Buchgeld*) e é custodiado em uma conta fiduciária (*Treuhandkonto*). A abertura da conta é apenas o meio técnico da custódia de dinheiro. A relação fiduciária se estabelece entre o agente escrow e as partes principais; o banco dela não faz parte.

24. Não há regulamentação legal específica para contratos escrow no sistema jurídico alemão. A maioria das questões jurídicas que surgem no contexto de um contrato escrow pode ser resolvida com recurso às normas do mandato oneroso e aos princípios da *Treuhand*. Se, no entanto, houver uma lacuna na regulação do mandato oneroso ou se a norma aplicável do mandato oneroso não for compatível com o fim do contrato escrow e a interpretação do contrato, incluindo a integrativa (*ergänzende Auslegung*), não puder fornecer uma norma para o caso concreto, então pode-se aplicar por analogia as disposições do depósito notarial (*notarielle Verwahrung*) ao contrato escrow.

25. A falta de normas específicas para o contrato escrow constitui uma lacuna contrária ao plano do sistema jurídico alemão. O mandato oneroso assenta na hipótese fática em que não há conflito de interesses entre os mandantes. A situação no contrato escrow é exatamente o oposto. O depósito notarial, por outro lado, assenta exatamente nessa situação fática. Ademais, as tarefas do notário em um depósito notarial são muito semelhantes às do agente escrow, pois o notário também recebe, mantém em custódia e repassa ou devolve o bem objeto da custódia. O fato de o sistema jurídico alemão considerar essa situação como carente de regulamentação quando o fiduciário é um notário, mas não ter prolatado norma especial para a atividade – em tudo comparável – do agente escrow, deixa claro que há uma lacuna de regulamentação contrária ao plano do sistema jurídico.

26. O depósito notarial do § 57 BeurkG e seguintes, é francamente semelhante ao contrato escrow. Tanto o notário quanto o agente escrow são terceiros neutros nomeados para fiduciariamente armazenar e repassar ou devolver um bem a eles confiado. Tanto a ordem de custódia a um notário quanto o contrato escrow servem para garantir a transação e cumprir uma dívida do Depositante. O bem confiado a eles não pode ser alvo de disposições durante a custódia, e a sua entrega está vinculada ao implemento de determinados requisitos que devem ser qualificados como condições.

27. Como resultado, as disposições do depósito notarial podem atuar como fonte de analogia para o contrato escrow, desde que tais disposições não se baseiem na natureza soberana da atividade notarial.

28. As regras do depósito notarial não se aplicam por analogia à custódia de dinheiro

ou outros bens por advogados, advogados de patentes, auditores e assessores tributários. Para tais situações existem já regras especiais nas regulamentações profissionais correspondentes, inexistindo, assim, uma lacuna contrária ao plano da lei.

29. (2) Brasil. Os contratos escrow se qualificam no Brasil como negócios fiduciários atípicos.

30. Apesar de algumas semelhanças com o contrato de depósito e o sequestro convencional, o contrato escrow difere desses dois tipos de contratos, entre outras razões, pela sua prestação principal (persecução de interesses no contrato escrow; custódia no contrato de depósito; custódia de um bem objeto de disputas no sequestro convencional), bem como pelas diferentes finalidades que esses contratos cumprem. Além disso, o depósito tem apenas coisas móveis por objeto e, o sequestro convencional, necessariamente um bem em disputa, ao passo que o contrato escrow também pode abranger bens imóveis e créditos, assim como bens que não são disputados pelas partes. O contrato escrow se diferencia da alienação fiduciária em garantia e da cessão fiduciária de créditos em garantia, porque essas figuras oferecem apenas um método de satisfação secundário ao credor, principalmente por meio da excussão do bem dado em garantia; o repasse do bem objeto do escrow, por outro lado, satisfaz o interesse primário do credor, e ele nunca precisa ser excutido.

31. Do contrato escrow se aproxima o contrato de mandato, pois ele também envolve a administração de interesses alheios pelo mandatário. Nada obstante, por escolha deliberada do legislador, o contrato de mandato do direito brasileiro deve estar conceitualmente sempre ligado à outorga de poder de representação, o que não ocorre em contratos escrow. Entretanto, as disposições do contrato de mandato que não toquem no tema do exercício do poder de representação podem ser aplicadas por analogia ao contrato escrow.

32. A figura jurídica que melhor explica a natureza jurídica do contrato escrow é o negócio fiduciário. Esse último consiste em uma atribuição patrimonial ao fiduciário, normalmente um negócio de disposição, e um negócio obrigacional que restringe o poder outorgado sobre o bem objeto da relação fiduciária por meio dessa atribuição patrimonial. Qualquer restrição do poder sobre o bem objeto da relação fiduciária ocorre logicamente no interesse do fiduciante, de modo que o reconhecimento de um dever do fiduciário de perseguir interesses alheios na relação interna se impõe. A referência usual ao excesso de poder do fiduciário e à possibilidade de abuso é apenas uma consequência do fato de o fiduciário estar vinculado aos interesses do fiduciante. O excesso de poder é, portanto, a característica que distingue o negócio

fiduciário de outras atividades centradas na persecução de interesses. Devido à posição de poder do fiduciário, suas obrigações decorrentes do negócio fiduciário têm maior intensidade, em especial aquelas decorrentes da boa-fé (art. 422 CC).

33. A atribuição patrimonial no contrato escrow é clara: ela é a transferência da titularidade sobre um direito ou da posse direta ao agente escrow. O negócio obrigacional é o próprio contrato escrow, e o uso do poder sobre o bem objeto do escrow para buscar os interesses das partes principais é o elemento central de qualquer contrato escrow. Como resultado, o contrato escrow é um negócio fiduciário atípico.

34. Também no Brasil o contrato escrow é negócio fiduciário com fins de garantia e adimplemento. Do ponto de vista da sua peculiar disposição de interesses, ele constitui um negócio fiduciário duplo, caracterizando-se pelo equilíbrio de interesses conflitantes de vários fiduciantes (ou seja, uma cisão qualitativa no polo dos fiduciantes).

35. No que diz respeito à aplicação do direito, as disposições legais aplicáveis ao contrato escrow devem ser determinadas por analogia. Qualquer contrato que não seja típico ou de tipo modificado excede os limites da tipicidade. As disposições de outros tipos contratuais só lhe podem ser aplicadas por analogia. A teoria da absorção só é aplicável a contratos de tipo modificado porque, na verdade, eles não deixam de ser contratos típicos. A teoria da combinação deve ser rejeitada, porque não leva suficientemente em conta o horizonte de sentido dos tipos contratuais e, com isso, tampouco fornece um critério seguro para determinar as normas aplicáveis. O único método seguro para aplicar normas legais a contratos atípicos é a analogia, pois ela exige não apenas a semelhança das situações fáticas, mas também a ausência contrária ao plano de uma norma no sistema jurídico para os fatos do caso. Se nenhuma norma puder ser aplicada por analogia, pode-se então recorrer a princípios mais gerais, como a boa-fé, para preencher eventuais lacunas de regulação do contrato escrow.

36. O contrato escrow é um contrato socialmente típico. Dessa forma, os usos do tráfico podem auxiliar na interpretação do contrato escrow e no preenchimento de suas lacunas – esse último, inclusive, tem precedência sobre a analogia, pois os usos do tráfico, via de regra, estão mais intimamente conectados à vontade das partes.

37. Como resultado, a estrutura regulatória do contrato escrow deve ser montada – nessa ordem – a partir da interpretação do contrato, dos usos do tráfico e da aplicação por analogia das disposições legais do contrato de mandato (no caso de escrows-posse inclui-se também as normas do contrato de depósito).

38. Contas escrow são uma forma de contrato escrow que geralmente têm um banco como agente escrow, no Brasil. Elas não são um simples contrato de conta corrente modificado, porque as obrigações do agente escrow excedem significativamente as de um banco mantenedor de uma conta corrente comum. Esse tipo de conta escrow é, na verdade, um escrow impróprio, porque a titularidade da conta geralmente cabe a apenas uma parte principal. Elas se distinguem das contas "e", porque, nessa última, o banco mantenedor da conta não assume nenhuma obrigação de equilibrar interesses conflitantes. Além disso, o direito à entrega em uma conta "e" não é cedido sob condição, e as finalidades de garantia e adimplemento não fazem parte da atividade do banco, mas permanecem como simples motivos das partes principais.

39. A conta escrow notarial é uma conta bancária aberta em nome de um tabelião para o recebimento de valores confiados pelas partes principais. O agente escrow é, então, o tabelião e o banco é apenas um seu parceiro contratual que fornece os meios técnicos para o desempenho do encargo do tabelião. A peculiaridade da conta escrow notarial é a permissão legal para criar um patrimônio segregado do tabelião. Apesar de sua tipicidade legal, ela constitui um caso típico de conta escrow. A natureza lacônica da Lei n. 8.935/94 nesse particular não permite elevar a conta escrow notarial como uma figura jurídica autônoma e separada do contrato escrow. Em vez disso, ela se beneficia da qualificação como contrato escrow, na medida em que podem ser desenvolvidos critérios para a aplicação por analogia das disposições do contrato de mandato; da mesma forma, os usos do tráfico formados no seio do contrato escrow podem ser de útil aplicação à contra escrow notarial.

G. Aspectos possessórios

40. Na Alemanha, a posse direta do bem fica com o agente escrow, enquanto as partes principais são apenas compossuidoras indiretas qualificadas, ou seja, elas só podem exercer a posse em conjunto. A situação da posse muda após a ocorrência ou falha da condição do escrow, porque a pretensão à entrega (condicional) de uma das partes principais se extingue e, por conseguinte, qualquer perspectiva de receber o bem objeto do escrow. A composse indireta qualificada passa a uma posse indireta simples pelo Legitimado, para quem o agente escrow passa a mediar a posse.

41. Na Alemanha, o agente escrow é sempre um possuidor impróprio (*Fremdbesitzer*), visto que ele não possui o bem objeto do escrow como seu. Esse é o caso, mesmo que ele tenha a propriedade do bem em um escrow-direito, porque ele exerce a posse no interesse das partes principais e com a consciência de que inevitavelmente perderá a posse para uma das

partes principais em momento posterior.

42. Também no Brasil a posse direta fica com o agente escrow, enquanto as partes principais têm composse indireta em mão comum. Com a extinção da pretensão condicional à entrega para uma das partes principais no momento de ocorrência ou falha da condição, a composse também se extingue, porque a parte principal em questão não terá mais interesse no manuseio do bem objeto do escrow.

H. Relação do contrato escrow com o negócio principal

43. O negócio principal está em coligação contratual com o contrato escrow. Na Alemanha, essa hipótese se define pela existência de dois negócios jurídicos autônomos reunidos pela vontade das partes de tal forma que eles "fiquem em pé ou caiam" juntos. O contrato escrow depende de certa maneira do negócio principal, porque tem como objetivo o adimplemento da dívida principal. Pode-se, assim, afirmar a existência de uma coligação contratual. No Brasil, dois contratos estão em uma coligação contratual quando houver dependência uni ou multilateral entre eles. Se essa dependência não resultar da própria vontade das partes, a coligação poderá ser derivada do fim do contrato escrow – um contrato escrow sem um crédito a ser garantido e adimplido é inconcebível. Conclui-se que a coligação contratual é de ser reconhecida em ambos os países.

44. Três são os aspectos mais importantes da coligação contratual entre o contrato escrow e o negócio principal. Por um lado, (1) os efeitos da coligação contratual se fazem perceber na Alemanha em caso de distrato, ineficácia ou retorno do negócio principal ao *statu quo ante*, e, no Brasil, em caso de ineficácia ou extinção do negócio principal. De outro parte, (2) o contrato escrow deve ser interpretado sem remissão ao negócio principal. Finalmente, (3) o contrato escrow efetua o cumprimento do negócio principal.

45. (1) como regra geral, as vicissitudes do negócio principal devem ser transportadas para o contrato escrow na forma de uma condição, para que exerçam influência sobre ele. Somente de forma limitada podem outros eventos afetar o processamento da relação de escrow. Na Alemanha, o depósito notarial fornece analogia apropriada para essa questão. De acordo com o § 60(3) BeurkG, instruções multilaterais podem ser revogadas unilateralmente, se a revogação estiver baseada no distrato, ineficácia ou retorno ao *statu quo ante* do negócio principal. A menos que acordado diversamente no contrato escrow, as instruções podem ser revogadas unilateralmente nos três casos mencionados. O § 665 BGB é de difícil aplicação aqui, porque, dado o conflito de interesses, é improvável que o agente escrow possa legitimamente contar

com uma instrução unânime. No Brasil, a coligação contratual afeta o contrato escrow impondo que a ausência de uma dívida principal a ser garantida e adimplida, como resultado de ineficácia ou extinção do negócio principal, leve à devolução do bem objeto do escrow ao Depositante ou, se o depósito ainda não tiver sido efetuado, o Depositante fica liberado da obrigação de depositar, porque o contrato escrow já não pode mais cumprir sua finalidade.

46. (2) a interpretação do contrato escrow não deve ser influenciada pelas disposições do negócio principal. Na Alemanha, a interpretação estrita é um princípio geral do depósito notarial que pode ser replicado no contrato escrow, porque o controle sobre o material interpretativo também representa um tipo de controle das partes principais sobre o equilíbrio de interesses. No Brasil, a mesma regra de interpretação estrita pode ser alcançada com base no art. 113, § 2°, CC. As partes principais podem se desviar das normas de interpretação da lei para pactuar uma limitação quanto aos materiais a partir dos quais o contrato escrow deve ser interpretado. Esse princípio é uma emanação natural do fim do contrato escrow e deve, destarte, ser considerado parte de qualquer contrato escrow, salvo se pactuado de outra forma.

47. (3) o agente escrow, como um terceiro independente e imparcial, não pode atuar na esfera de interesses do Depositante nem do Beneficiário. Ele não pode atuar como autorizado a receber a prestação ou como representante para recebimento da prestação do Beneficiário. Como ele não recebe o bem em nome do Beneficiário, o depósito do bem em escrow não pode ter efeito de adimplemento.

48. Na Alemanha e no Brasil, deve ser feita uma distinção entre o escrow-substituição e o escrow-alternativa. No escrow-substituição, a própria pretensão à entrega é o objeto da prestação. O Beneficiário adquire a pretensão contra o agente escrow no momento em que a condição se implementa e, dessa maneira, seu crédito no negócio principal é considerado adimplido. O efeito de adimplemento, portanto, se irradia no momento de implementação ou falha da condição. Essa situação fática deve ser qualificada como uma autorização para substituir o objeto da prestação na Alemanha (*Ersetzungsbefugnis*) ou uma obrigação com *facultas* alternativa no Brasil, porque o Depositante só deve ao Beneficiário a aquisição da pretensão à entrega, mas tem a opção de substituí-la pelo pagamento direto. No caso de um escrow-alternativa, a dívida principal continua sendo o objeto da prestação. A pretensão à entrega contra o agente escrow é apenas um meio adicional de satisfação do Beneficiário, e ele precisa buscar satisfação do seu crédito prioritariamente por meio da entrega. Se o agente escrow não cumprir corretamente o dever de entregar, o Depositante permanece responsável pelo pagamento da dívida principal. A dívida do Depositante só é considerada quitada quando a entrega é realizada. A

pretensão à entrega é adquirida, portanto, somente em caráter *pro solvendo* (*Leistung erfüllungshalber* na Alemanha e dação *pro solvendo* no Brasil).

49. No Brasil, o contrato escrow não deve ser confundido com a obrigação alternativa, a novação, a dação em pagamento ou a assunção de dívida liberatória. Em todo contrato escrow, o Depositante se reserva o direito de pagar a dívida principal diretamente, em vez de fazê-lo através do agente escrow. Mas essas opções não são de igual hierarquia, o que já exclui a categorização como obrigação alternativa. Também não há que se falar em novação, pois não se passa uma substituição da dívida preexistente; a prestação devida permanece a mesma desde o início. Além disso, a relação obrigacional original não se extingue, razão pela qual não se pode enxergar *animus novandi* no contrato escrow. Também a dação em pagamento constitui figura jurídica inaplicável ao caso, dado que a possibilidade de substituir o objeto da prestação existe desde a conclusão do contrato, ao passo que, na dação em pagamento, essa substituição só é acordada quando da oferta da prestação substitutiva. Por fim, o agente escrow não assume a obrigação do Depositante no negócio principal, já que o contrato escrow estabelece uma obrigação própria do agente escrow, separada da dívida principal. Portanto, não há assunção de dívida.

50. No que diz respeito à distribuição de riscos no Brasil, o risco de inadimplemento pelo agente escrow em um escrow-alternativa permanece inteiramente com o Depositante, uma vez que a pretensão à entrega não é o único, em que pese seja o principal meio de satisfação do credor. Já no escrow-substituição, o risco é da parte que adquire a pretensão à entrega do bem objeto do escrow. O Depositante deve, no entanto, providenciar que o Beneficiário consiga adquirir a pretensão à entrega. A perda da coisa depositada em escrow antes da realização da condição em uma obrigação de dar coisa certa pode prejudicar essa aquisição, de acordo com o art. 234 CC. É que o agente escrow se exonera da sua obrigação neste caso, mas o equivalente a ser por ele prestado pode não ser idêntico ao bem objeto do escrow, devido à natureza da obrigação de dar coisa certa. O Depositante não cumpre sua obrigação, se a pretensão à entrega tiver um bem diverso como objeto. Se, porém, a coisa for fungível, ela pode ser substituída por itens do mesmo gênero, qualidade e quantidade, de modo que a pretensão à entrega terá o mesmo conteúdo.

I. Relações internas do contrato escrow

51. A celebração do contrato escrow não exige, em princípio, nenhuma forma especial na Alemanha, salvo onde requisitos especiais de forma se apliquem, como o

§ 15(4) GmbHG. A forma escrita do § 57 BeurkG não é aplicável ao contrato escrow, porque sua finalidade é documentar os exigentes requisitos de conteúdo da atividade notarial e facilitar a supervisão da atividade notarial. A entrega da coisa objeto do escrow não é requisito para a formação do contrato – a doutrina dos contratos reais não tem lugar na Alemanha. No Brasil, o contrato escrow também é fundamentalmente livre de requisitos de forma, dada sua natureza atípica e a impossibilidade de aplicação por analogia de requisitos de forma. Além disso, uma extensão dos requisitos de forma ao contrato escrow iria contra a redação do art. 107 CC (forma especial só é exigida quando a lei "expressamente o exigir"). Apesar da continuidade da teoria dos contratos reais no Brasil no depósito, no comodato e no mútuo, a entrega da coisa não é elemento de existência do contrato escrow. Esse requisito não pode ser estendido por analogia e, mesmo nos três contratos mencionados, só deve ser admitido em contratos gratuitos.

52. O dever principal de todo agente escrow é perseguir os interesses das partes principais, equilibrando seus interesses conflitantes por meio da custódia e observância das suas instruções. Os contornos de tal dever são geralmente fluidos e exigem concretização pelo fiduciário. O contrato escrow foge a esse princípio, pois vale aqui a exigência de estrita observância das instruções: o agente escrow não pode se desviar das instruções, pois a forma peculiar de equilibrar interesses consiste precisamente em seguir as instruções de forma "rigorosamente meticulosa". A margem de discricionariedade do agente escrow para concretizar seu dever genérico de buscar interesses alheios é bastante limitada. Se uma área da atividade do agente escrow não for coberta por uma instrução, o agente escrow deve primeiramente buscar obter instruções unânimes das partes principais.

53. A revogação de instruções é tratada de forma ligeiramente diferente na Alemanha e no Brasil. Em geral, vale o princípio de que apenas a pessoa cujos interesses são afetados pode revogar uma instrução. Como regra genérica, o Depositante pode revogar unilateralmente as instruções antes do depósito; entre o depósito e a implementação ou falha da condição, as revogações devem, em princípio, ser emitidas por todas as partes principais, pois os interesses de todos são afetados na fase de pendência. Após a ocorrência da condição e até a efetiva entrega, o Depositante em um escrow-alternativa continua a ter interesse no manuseio do bem objeto do escrow, porque ele só se libera da dívida principal com a entrega bem sucedida, obrigando a que as revogações de instruções continuem sendo emitidas multilateralmente; em um escrow-substituição, o Beneficiário pode, em princípio, revogar unilateralmente após a materialização da condição, porque o Depositante já estará liberado quando da materialização da condição de entrega e, assim, não terá mais interesse no bem objeto do escrow. Se a condição

falhar, o Depositante pode revogar instruções sozinho. Na Alemanha, o § 60(3) BeurkG prevê uma modificação significativa em relação a esse princípio, na medida em que revogações de instruções multilaterais podem ser feitas unilateralmente, se a revogação estiver fundamentada no distrato, na ineficácia ou no retorno ao *statu quo ante* do negócio principal. Nesses casos, a entrega deve ser sustada, mas a revogação se torna irrelevante se as partes emitirem uma nova instrução por mútuo acordo, ou se não for comprovado, após prazo razoável, que um processo judicial foi iniciado para obter uma instrução unânime, ou mesmo se for comprovado que a pendência de tal processo judicial chegou ao fim. A causa da revogação não precisa ser analisada de forma exauriente, bastando sua plausibilidade para que a revogação deva ser observada. Essas causas de revogação podem ser aplicados de forma análoga ao contrato escrow, pois não se baseiam na natureza soberana da atividade notarial, mas sim na posição neutra do notário como fiduciário. No Brasil, na ausência de uma regra como o § 60(3) BeurkG, não existe tal possibilidade. Instruções multilaterais não podem ser revogadas unilateralmente.

54. Na Alemanha, as partes principais são, em regra, solidariamente responsáveis pela remuneração do agente escrow, cf. § 427 BGB, porque ela representa uma divisível dívida de dinheiro estabelecida conjuntamente pelas partes principais em contrato. As declarações das partes principais formam uma unidade subjetiva, dado que a salvaguarda dos interesses de ambas é objeto do escrow. O agente escrow não pode compensar sua remuneração com a entrega dos valores depositados em escrow antes do momento da entrega. Embora as pretensões sejam recíprocas e de mesma natureza já antes de tal momento, e o crédito do agente escrow seja vencido e exigível no momento da hipotética declaração de compensação, a dívida do agente escrow não seria "adimplível" (*erfüllbar*) antes do momento da efetiva entrega. Ele pode, porém, compensar se o vencimento da sua remuneração coincidir com o vencimento da entrega ou se houver um contrato de compensação. No Brasil, a remuneração do agente escrow não se presume dívida solidária, pois a solidariedade não pode ser presumida ou estendida por analogia (art. 265 CC). Ele pode compensar sua remuneração com a entrega dos valores em escrow antes da efetiva entrega, porque todos os requisitos estarão preenchidos. Os créditos seriam líquidos, recíprocos e de bens fungíveis e, além disso, a remuneração já seria vencida no momento da compensação. Não faltaria, no direito brasileiro, a "adimplibilidade" do crédito contraposto, pois aplica-se aqui a lógica de que termo inicial não impede a aquisição do direito, mas apenas o surgimento da pretensão correspondente (art. 131 CC). Entretanto, a compensação antes da entrega só pode ser feita na medida da responsabilidade da parte principal que responde pelo seu pagamento em menor extensão. O agente escrow pode exercer o direito de retenção sobre

o bem objeto do escrow em relação à sua remuneração, com apoio no art. 664 CC, por analogia. Com base no art. 681 CC, ele só pode reter o bem objeto do escrow até ser reembolsado de suas despesas.

55. Somente o Beneficiário pode solicitar do Depositante que efetue o depósito em escrow do bem. Devido à sua independência e imparcialidade, o agente escrow não está autorizado a tanto, salvo se estiver incluído nas instruções. Se nem mesmo o Beneficiário exige o depósito, seria difícil imaginar que a exigência pelo agente escrow conseguiria equilibrar os interesses das partes principais. Nesse sentido, o Beneficiário e o agente escrow não são credores conjuntos da obrigação de depositar.

56. O momento do depósito deve ser determinado a partir da interpretação do contrato escrow. Devido à interpretação estrita do contrato escrow, não se deve recorrer às disposições ou à lógica econômica do negócio principal nessa tarefa. Em casos extremos, ausente uma regra no contrato escrow, o depósito pode ser exigido imediatamente, conforme § 271(1) BGB ou art. 331 CC. O depósito pode ser devido mesmo que a eficácia do negócio principal esteja sujeita, por exemplo, a condições, porque ele está associado aos interesses de garantia das partes principais e não necessariamente com a eficácia do negócio principal. Se, porém, a ineficácia for definitiva, a instrução pode ser revogada na Alemanha com base no § 60(3) BeurkG ou o depósito pode ser recusada no Brasil com base na coligação contratual.

57. O Depositante não pode levantar exceções para postergar ou reduzir a sua obrigação de depositar, por exemplo, por meio do exercício da exceção de contrato não cumprido (na Alemanha: *Zurückbehaltungsrecht*), de uma pretensão a redução de preço ou da exceção de compensação (na Alemanha: *Aufrechnung*). Exceções só influenciam a obrigação de depósito se estiverem previstas nas instruções do escrow. Em princípio, o contrato escrow serve apenas para garantir créditos por ele cobertos, mas não quaisquer créditos das partes principais entre si. O § 60(3) BeurkG não se aplica aqui, porque exceções não afetam a eficácia do negócio principal.

58. O agente escrow é obrigado a receber o bem objeto do escrow e deve, para tanto, colocar à disposição sua *expertise* e a infraestrutura necessária. Providências concretas relacionadas ao recebimento do bem podem ser definidas nas instruções. Se o bem objeto do escrow for dinheiro, surgem algumas particularidades. No direito alemão, o § 58 BeurkG não é aplicável por analogia nesse tocante, porque é marcado sobremaneira pela natureza soberana da atividade notarial. No entanto, os princípios do recebimento de dinheiro pelo notário podem

desempenhar, sob certos aspectos, função de modelo na concretização do dever genérico do agente escrow de buscar interesses alheios. Exemplificativamente, ele deve manter o dinheiro em contas fiduciárias separadas a fim de assegurar a inviolabilidade da conta fiduciária em eventual insolvência sua. Nos contratos escrow brasileiros, o dinheiro não precisa necessariamente ser depositado em contas separadas: desde que o agente escrow seja capaz de alocar corretamente os valores constantes de uma conta coletiva para as partes principais correspondentes, ele não estará violando suas obrigações. No entanto, ele precisa providenciar para que o dinheiro seja mantido em um banco seguro.

59. Em princípio, o agente escrow não é obrigado a inspecionar o bem objeto do escrow quando do seu recebimento, a menos que previsto nas suas instruções. Se ele inspeciona o bem, corre o risco de agir de forma parcial. Em extensão limitada pode surgir do dever genérico de buscar interesses alheios um dever de assegurar a adequada constituição da garantia. O agente escrow deve, então, realizar uma inspeção simples, e não aprofundada, na qual apenas a quantidade e a correspondência formal do objeto entregue são verificadas. Os resultados da inspeção devem ser reportados de forma objetivo-descritiva. Ele não deve examinar as qualidades materiais do bem.

60. O agente escrow deve custodiar o bem objeto do escrow na fase de pendência (ou seja, entre o depósito e a entrega). As partes principais são credores em mão comum da custódia, pois o agente escrow não pode logicamente custodiar para apenas uma parte principal; o desempenho dessa atividade necessariamente atua em favor de ambas as partes principais. Na Alemanha, os §§ 675, 662, 631 BGB se aplicam à concretização do dever de custódia, mas não é de se aceitar o recurso às normas do contrato de depósito (teoria da absorção). No Brasil, dada a natureza atípica do contrato escrow, as normas do contrato de mandato só se aplicam por analogia ao escrow-posse, sendo aplicáveis apenas os arts. 630, 631, 633 (em parte), 634, 636, 637 e 642. De qualquer forma, a custódia se orienta primariamente pelas instruções das partes principais, de modo que haverá pouco espaço para concretizar esse dever de custódia com base em dispositivos legais.

61. O bem objeto do escrow não pode ser devolvido durante a fase de pendência. Do contrário, o fim de garantia do contrato escrow seria esvaziado. Consequentemente, todos os dispositivos capazes de justificar o direito de exigir a devolução do bem são considerados afastados. No direito alemão, um direito à devolução pelo § 667 BGB fica excluído nessa fase. No direito brasileiro, os arts. 668, última parte, e 633, primeira parte, CC ficam afastados.

62. O agente escrow não é obrigado a realizar investimentos lucrativos com o bem objeto do escrow na fase de pendência. Ele só teria uma tal obrigação na presença de instruções claras. Um dever do notário de aconselhar sobre a possibilidade de investimento em um depósito remunerado a prazo (*Festgeldanlage*) já foi reconhecido na Alemanha na jurisprudência do BGH, mas não deve ser transportado para o contrato escrow, porque a referida decisão se baseou no dever do notário de aconselhamento, nos termos do § 17(1) BeurkG.

63. A titularidade dos frutos produzidos na fase de pendência pelo bem objeto do escrow não deve levar em consideração a troca das prestações no negócio de base ou a obtenção da disponibilidade sobre o bem, dada a separação entre o contrato escrow e o negócio principal. O foco deve ser, muito mais, o caráter suspensivamente condicionado da obrigação de entrega. Tanto na Alemanha quanto no Brasil, a implementação da condição somente produz efeitos retroativos no plano obrigacional (apesar de controvérsias doutrinárias no Brasil, pelo menos no que tange à propriedade sobre os frutos, reconhece-se frequentemente apenas efeitos obrigacionais). É da interpretação do contrato escrow que se deve, portanto, primordialmente extrair a partir de que momento é concedida a qual parte principal uma pretensão obrigacional aos frutos. Se tal regra não puder ser encontrada em lugar algum do contrato, então ao Depositante (como proprietário) cabem os frutos em um escrow-posse alemão até a implementação da condição e, posteriormente, ao Beneficiário, se a condição se implementar; o agente escrow não tem direito aos frutos, porque ele é possuidor impróprio (§ 955 (1) BGB). Em um escrow-direito alemão, eles pertencem inicialmente ao agente escrow como proprietário, mas devem ser repassados ao Legitimado no momento da entrega, pois o agente escrow deve entregar todo o obtido a partir de sua incumbência como mandatário, conforme o § 667, alternativa 2, BGB. No direito brasileiro, os frutos percebidos antes da implementação da condição em um escrow-posse pertencem a quem permanecer proprietário até tal momento, ou seja, ao Depositante (art. 237, parágrafo único, CC), e os frutos pendentes ao adquirente, ou seja, ao Beneficiário, assumindo que a condição se implemente; após o que todos os frutos pertencem ao Beneficiário como proprietário. No caso do escrow-direito, o agente escrow adquire os frutos inicialmente, mas deve entregá-los todos ao Legitimado, nos termos do art. 668 CC, porque o contrato escrow não visa ao enriquecimento do agente escrow; o art. 237, parágrafo único, CC resta afastado nessa hipótese.

64. Além do contrato escrow, a obrigação de entrega do agente escrow também pode assentar no § 667 BGB ou no art. 668 CC e só se torna plenamente eficaz quando do implemento ou da falha da condição. Idealmente, a condição deve evitar fórmulas dependentes de

atividade interpretativa complexa ou constatações de natureza factual que exijam conhecimento especializado, a fim de evitar incertezas quanto à avaliação do agente escrow sobre o implemento da condição. Um dever de auxiliar no esclarecimento de instruções pouco claras quando da celebração do contrato pode existir no depósito notarial alemão, principalmente com base no § 57(3) BeurkG, mas não pode ser estendido a contratos escrow, pois tal dever deriva da natureza soberana da atividade notarial.

65. A avaliação do agente escrow sobre a implementação ou não da condição não é superior à das partes principais, pois ele não atua como juiz. A avaliação unânime das partes principais sobre a implementação ou não da condição, contudo, se impõe ao agente escrow, porque o contrato escrow é feito no seu interesse. Na Alemanha, essa lógica pode ser derivada até mesmo da lógica do BeurkG: o agente escrow deve sempre seguir as instruções consensuais das partes principais, mas se as partes principais não estiverem de comum acordo, ele só deve seguir uma revogação de instrução nos casos do § 60(3) BeurkG.

66. Se houver dúvidas sobre a legitimação à entrega do bem, o agente escrow deve mantê-lo sob sua custódia e aguardar uma instrução consensual das partes principais ou uma decisão judicial vinculante. Esse princípio tem aplicação no depósito notarial alemão, mas pode ser estendido ao contrato escrow, dado que se baseia no fim de garantia. No Brasil, o agente escrow pode se recusar a entregar em caso de dúvidas ou disputas sobre o implemento ou falha da condição, porque, de acordo com o art. 332 CC, ele só pode ser forçado a entregar se tomar conhecimento do implemento ou não da condição. Sobretudo em caso de disputas entre as partes principais, o agente escrow sempre poderá alegar não ter conhecimento acerca da materialização ou falha da condição, pois ele não tem função de juiz. Nesse caso, o direito do Legitimado à entrega existe, mas não é exigível; além disso, o agente escrow no Brasil também tem o dever de suspender a entrega, pois ele precisa promover a garantia da transação.

67. No caso de extinção antecipada do contrato escrow, o bem objeto do escrow não deve ser entregue conjuntamente às partes principais sem uma ordem correspondente, não só porque isso seria de difícil implementação, mas também porque não forneceria garantia adequada para a transação. O caso é muto mais de se devolver o bem ao Depositante e a parte culpada pela extinção deve indenizar a outra. Em escrows multidirecionais, todavia, pode ser difícil identificar a pessoa do Depositante. Nesse caso, o agente escrow pode depositar o bem conforme o § 372, frase 2, alternativa 2, BGB ou consignar o bem em juízo nos termos do art. 335, inc. IV, CC. As partes principais sempre podem nomear um novo agente escrow, que dê continuidade à busca de interesses alheios em uma nova relação de escrow.

68. A consignação do bem objeto do escrow, de acordo com o § 372 BGB, ou o pagamento em consignação, de acordo com o art. 334 CC, é totalmente compatível com os fins de garantia e adimplemento do contrato escrow. Ele configura uma oportunidade para o agente escrow se liberar da entrega, pois ele não é obrigado a perseguir os interesses das partes principais *ad infinitum*. A mora *creditoris* do Legitimado e uma disputa entre as partes principais com relação à implementação da condição são as situações mais relevantes da consignação e constituem os casos do § 372, alternativa 1, 3 BGB ou do art. 335, inc. I, II, IV, CC – quando as partes principais não estiverem de acordo sobre esse assunto, o agente escrow não pode decidir quem tem direito ao bem por lhe faltar função de juiz.

69. Em um escrow-alternativa, a pretensão à entrega é um direito acessório no sentido do § 401(1) BGB ou um bem acessório no sentido do art. 92 CC. A pretensão à entrega deve, então, ser cedida ou penhorada juntamente com a dívida principal, a fim de evitar que o Beneficiário continue podendo dispor da dívida principal apesar da cessão ou penhora da pretensão à entrega. Como regra geral, a cessão ou penhora da dívida principal abrange também a pretensão à entrega. A situação é diferente em um escrow-substituição, porque a pretensão à entrega é o único objeto da prestação. Ela não constitui um acessório e, portanto, não está sujeita ao princípio da "dupla cessão" ou "dupla penhora".

J. Contrato escrow na execução forçada

70. A possibilidade de a execução recair sobre o bem objeto do escrow deve ser tratada de forma diferente, a depender de se a execução é movida por um terceiro credor do agente escrow ou das partes principais.

71. No escrow-posse, a proteção do bem objeto do escrow não apresenta grandes dificuldades. Se um terceiro credor do agente escrow ou do Beneficiário penhorá-lo, a penhora poderá ser contestada por pertencer a propriedade do bem ao Depositante; o agente escrow apenas tem a posse sobre o bem. Mesmo que a execução seja movida por um credor do Depositante, cabe a objeção porque o bem objeto do escrow terá sido quase sempre objeto de disposição sob condição suspensiva antecipadamente. Se a condição se materializar, atos de disposição no período interimístico (por exemplo, penhoras) podem ser declarados ineficazes. Somente depois que a transferência de propriedade for concluída é que os credores do Legitimado poderão mover execução sobre o bem objeto do escrow.

72. No escrow-direito, podem as partes principais no direito alemão se opor à execução por um credor do agente escrow antes da implementação ou falha da condição, com

fundamento no fato de o bem objeto do escrow estar vinculado à garantia de um crédito. Ambas as partes principais têm interesse na manutenção da garantia. Após a verificação da condição, tanto o Beneficiário quanto o Depositante continuam podendo objetar em um escrow-alternativa, pois o Depositante permanece responsável pela dívida principal se, por qualquer razão, a entrega não for bem-sucedida. Se for um escrow-substituição, o Depositante não pode mais objetar depois de a condição se implementar, pois ele já estará desobrigado. No caso de falha da condição, somente o Depositante pode se opor, porque o Beneficiário não tem mais nenhum interesse no bem objeto do escrow. Em contraste com a *Treuhand* dupla para fins de garantia usual, não ocorre nenhuma excussão do bem objeto do escrow (o Beneficiário tem interesse primário no bem – função de adimplemento) e, assim, os credores do agente escrow não podem executar o produto excedente da excussão do bem.

73. Na execução sobre o bem objeto do escrow em um escrow-direito por um credor das partes principais, tanto as partes principais quanto o agente escrow podem objetar à penhora antes da materialização da condição, no direito alemão, porque todos os envolvidos têm interesse em preservar a garantia. Além disso, o bem não faz parte do patrimônio das partes principais. Os terceiros credores só podem penhorar o direito expectativo do executado. Se a penhora ocorrer após o implemento da condição do escrow por um credor do Depositante, todas as partes de um escrow-alternativa poderão continuar a apresentar objeção contra a penhora até a entrega efetiva, inclusive o Depositante, porque ele ainda não estará liberado de sua obrigação antes disso e, portanto, terá interesse em preservar a garantia; no entanto, ele perde o interesse na garantia após o implemento da condição em um escrow-substituição. Os credores do Beneficiário, todavia, sempre podem fazer a execução recair sobre a pretensão à entrega após o implemento da condição, sem que uma objeção possa ser levantada. Se a condição falhar, somente os credores do Depositante poderão executar a pretensão à devolução do bem objeto do escrow; o agente escrow e o Depositante podem se opor a medidas executivas promovidas por um credor do Beneficiário.

74. No Brasil, o tratamento jurídico do bem objeto de um escrow-direito na execução forçada é diverso. Graças à concepção estrita de propriedade, as penhoras por credores do agente escrow não podem ser contestadas antes da transferência da propriedade ao Legitimado. Para evitar essa situação, as partes principais podem apor uma condição ao negócio de disposição que efetua a transferência do direito ao agente escrow, de modo que a titularidade do bem objeto do escrow passe automaticamente ao Legitimado quando da implementação ou falha da condição. Disposições no período interimístico, como penhoras e arrestos, tornam-se ineficazes

quando a condição se implementar ou falhar. Fora desse arranjo, as partes principais só têm a opção de estipular uma conta escrow notarial – que constitui patrimônio segregado de acordo com o art. 7°-A, § 1°, da Lei n. 8.935/94 – ou de solicitar a substituição da penhora conforme o art. 805 CPC.

75. Se o bem objeto de um escrow-direito no Brasil for penhorado por credores das partes principais e a condição do escrow ainda não tiver ocorrido ou falhado, podem as partes principais e o agente escrow se opor à penhora. Em primeiro lugar, porque a titularidade do bem objeto do escrow não faz parte do patrimônio das partes principais, mas do agente escrow. Em segundo lugar, porque todas as partes têm interesse na preservação da garantia até tal momento. No entanto, é possível penhorar o direito expectativo, extinguindo-se ou intensificando-se para uma penhora do direito pleno, conforme a condição se implemente ou não. Após o momento em que a condição se implementa ou falha, os credores do Legitimado podem executar a pretensão à entrega sem que o agente escrow ou a outra parte principal possa se defender contra isso. Ainda no cenário em que a condição se implementa, o Depositante de um escrow-substituição não poderá mais se opor à penhora por seus próprios credores, pois ele não tem mais interesse no bem devido à produção do efeito de adimplemento; mas todas as partes envolvidas podem se opor à penhora até a entrega, em se tratando de um escrow-alternativa. Por outro lado, se a condição falhar, apenas o agente escrow e o Depositante poderão se opor à penhora pelos credores do Beneficiário.

K. Características especiais do escrow de M&A

76. Na Alemanha, o escrow de M&A (definição no cap. III) é um contrato escrow-direito próprio e multidirecional, que deve ser qualificado como *Treuhand* dupla, ou seja, como um mandato oneroso (*Geschäftsbesorgung*) com caráter de empreitada. No Brasil, ele constitui um escrow-direito impróprio e multidirecional que configura um negócio fiduciário duplo atípico, cujas lacunas contratuais devem ser preenchidas pelos usos do tráfico e aplicação por analogia das normas do mandato e do depósito. Ambos o comprador e o vendedor de participação agem como Depositante e Beneficiário.

77. As vicissitudes do contrato de compra e venda de participação que não estejam refletidas nas instruções somente afetam o escrow de M&A na Alemanha quando atinem ao distrato, à ineficácia ou à reversão do contrato de compra e venda ao *statu quo ante*. Nesse caso, as instruções, incluindo as instruções conjuntas, podem ser revogadas unilateralmente. No Brasil, o escrow de M&A somente é afetado pela ineficácia ou extinção do contrato de compra e

venda, sem prejuízo, é claro, das vicissitudes do contrato de compra e venda contidas nas instruções. A consequência jurídica é surgimento de um dever do agente escrow de devolver os valores depositados em escrow ao comprador.

78. Em caso de dúvida, o escrow de M&A é um escrow-substituição. O Depositante se libera da sua obrigação assim que a condição se implementa ou falha.

79. Exigências de forma podem surgir para o escrow de M&A na Alemanha se ele estiver vinculado a outros negócios sujeitos a exigência de forma. Por exemplo, o escrow de M&A precisa adotar a forma pública, se contiver alterações a um contrato de venda de participação em uma sociedade de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) (§ 15(4) GmbHG). No Brasil, o escrow de M&A precisa da forma pública ou de um escrito particular que atenda aos requisitos do art. 654, § 1°, CC e seja registrado em cartório de títulos e documentos, nos termos do art. 288 CC e art. 129, inc. 9°, da Lei n. 6.015/73 para que a cessão do direito à entrega seja eficaz perante terceiros.

80. Em princípio, as instruções podem ser revogadas unilateralmente pelo comprador da participação antes do depósito e pelo Legitimado depois que a condição se tiver implementado ou falhado (considerando-se que o escrow de M&A é, em regra, um escrow-substituição), pois aí as instruções afetam apenas os interesses da parte principal que revoga. Entre o depósito e a realização ou falha da condição, instruções e revogação de instruções são multilaterais, mas na Alemanha há uma exceção no § 60(3) BeurkG (por analogia): em caso de distrato, ineficácia ou retorno do contrato de compra e venda ao estado anterior, as instruções multilaterais podem ser revogadas unilateralmente. Essa exceção, contudo, tem pouca relevância prática em um escrow de M&A, pois a consequência jurídica seria a retenção da enterga pelo agente escrow, o que já acaba acontecendo em qualquer caso em que a instrução conjunta não é emitida.

81. Embora a retenção do preço em um escrow de M&A sirva para processar o pagamento de pretensões recíprocas decorrentes do contrato de compra e venda, o comprador de participação não pode levantar tais pretensões antes do depósito para reduzir ou postergar o depósito. Essas pretensões devem ser processadas através da conta escrow após a realização do depósito.

82. Em um escrow de M&A, as regras para a distribuição dos frutos gerados pela conta escrow na fase de pendência não devem ser obtidas com base na interpretação do próprio contrato escrow, mas na do contrato de compra e venda. A razão para isso é a estipulação da

instrução conjunta como condição de entrega. O escrow de M&A normalmente não contém uma regulamentação sobre a retroação de efeitos no assunto da distribuição de frutos. Em uma ação para forçar o consentimento à emissão de uma instrução conjunta, o juiz deve inferir do contrato de compra e venda em que momento a propriedade sobre os frutos passa para a outra parte principal. A esse respeito, deve-se observar que a pretensão ao preço, o estorno do valor pago a maior no âmbito de uma pretensão à redução de preço e o depósito em escrow do dinheiro não necessariamente coincidem, do ponto de vista temporal. Além disso, a exigibilidade de pretensões oriundas de violações contratuais e obrigações de garantia pode estar sujeita a prazos de interpelações ou outros prazos. Logicamente devem os frutos passar para a outra parte principal a partir do vencimento de tais pretensões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ADAMEK, Marcelo Vieira von; CONTI, André Nunes; FERRIGNO, Giulia. O seguro W&I (warranties and indemnities) em operações de M&A no Brasil. *in*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; PEREIRA, Rafael Setoguti J. (orgs.), **Fusões e aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 547-580.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato (arts. 472 a 480). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium Editora, 1998.

ALVIM, Agostinho. **Da doação**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. **Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito civil: introdução**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Business Law Section. **Model stock purchase agreement with commentary**. Volume I. 2ª ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2010. 648 p.

ANDERSON, Ronald A.; FOX, Ivan; TWOMEY, David P. **Business Law**. 10ª ed. Cincinatti: South-Western Publishing 1989.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do contrato de depósito. *in*: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). **O novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. Arts. 579 a 652. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANTUNES, João Tiago Morais. **Do contrato de depósito escrow**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. 14ª ed. Nápoles: Jovene, 1987.

ARMBRÜSTER, Christian. §§ 134-138 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER,

Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

ASCARELLI, Tullio. **Negócio jurídico indirecto**. Lisboa: Jornal do Fôro, 1965.

ASSFALG, Dieter. **Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders**. Berlim: De Gruyter Verlag, 1960.

ASSIS, Araken de. Contratos nominados. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AUER-REINSDORFF, Astrid; KAST, Christian R.; DRESSLER, Maximilian. § 38 IT in der Insolvenz, Escrow. *in*: AUER-REINSDORFF, Astrid; CONRAD, Isabell (coords.). **Handbuch IT- und Datenschutzrecht**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____; NICOLAU, Gustavo Rene. Das pessoas e dos bens – arts. 1° a 103. *in*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código civil comentado**. Volume I. São Paulo: Atlas, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1992, vol. 3, p. 78-87.

_____. Depósito de ouro e pedras preciosas feito em 1878. Forma e prova do contrato de depósito. Depósito mercantil e depósito bancário. Mora do credor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 788, 2001, p. 125-134.

_____. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BACHMANN, Gregor. § 241 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 2. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

BARBOSA, Mário Figueiredo. Sobre os contratos atípicos. **Revista Forense**, volume 282 (abr./jun. 1983), p. 29-38.

BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen; STÜRNER, Rolf. **Sachenrecht**. 18ª ed. Munique: C. H. Beck, 2009.

BECKER, Johannes; VOß, Johannes. Muster 1, cap. II.5.g-II.9.f.gg. *in*: KNOTT, Hermann J. **Unternehmenskauf**. 5ª ed. Colônia: RWS Verlag 2017.

BECKER-EBERHARD, Ekkehard. **Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte**. Bielefeld: Gieseking, 1993.

BENETTI, Giovana. **Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BERGER, Klaus Peter. §§ 607-610 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

BESSONE, Darcy. **Da compra e venda – promessa & reserva de domínio**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares, 1960.

_____. **Do contrato: teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

_____. **Direito das coisas**. Volume 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. **Direito das coisas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BIEDER, Marcus; GURSKY, Karl-Heinz. §§ 387-396 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022.

BITTER, Georg. **Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

_____. Die Doppeltreuhand in der Insolvenz. *in*: BERGER, Christian; KAYSER, Godehard; PANNEN, Klaus (orgs.). **Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag**. Munique: C. H. Beck, 2010.

_____. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei besitzlosen Rechten und bei einer (Doppel-)Treuhand am Sicherungsgut. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2015, p. 2249-2259.

BOCHE, Mirjam; LUETTGES, Matthias. Contingent Liability Insurances – Versicherungen für bekannte Risiken in M&A-Transaktionen. **Betriebs-Berater**, Frankfurt am Main, 2020, p.

2764-2770.

BOETIUS, Jan. §§ 203-204 VVG. *in*: LANGHEID, Theo; WANDT, Manfred. **Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz**. Volume 2. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2017.

BORK, Reinhard. Die Doppeltreuhand in der Insolvenz. **Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht**, Munique, 1999, p. 337-344.

_____. §§ 158-163 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020.

BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BÖMER, Roland. "Hinterlegung" von Software. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 1998, p. 3321-3324.

BRAMBRING, Günter. Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** Munique, 1990, p. 615-651.

BREIDENBACH, Stephan. **Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss**. Munique: C. H. Beck, 1989.

BRINKMANN, Moritz. §§ 47-52 InsO. *in*: UHLENBRUCK, Wilhelm *et al*. **Insolvenzordnung Kommentar**. Munique: Franz Vahlen, 2019.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 48ª ed. Munique: C. H. Beck, 2024.

BUNAZAR, Maurício. **A invalidade do negócio jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BUNTE, Hermann-Josef; ZAHRTE, Kai. **AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen Kommentar**. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro - o seguro garantia de obrigação contratual**. São Paulo: Quartier Latin 2006.

BUSCHE, Jan. §§ 139-157 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

_____; §§ 401-413 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers**

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022.

_____. §§ 631-650 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 8ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

BUZAID, Alfredo. **Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Acrefi, 1969.

BÜLOW, Peter. **Recht der Kreditsicherheiten**. 10ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2021.

BYRNE, Thomas M. Escrows and Bankruptcy. **The Business Lawyer**, Chicago, v. 48, p. 761-777, Fev. 1993.

CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. **A novação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 1973, p. 825-833.

_____. Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. *in*: JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (orgs.). **Festschrift für Werner Flume zum 70 Geburtstag**. Volume I. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978.

_____. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz**. 2ª ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1983.

_____. **Bankvertragsrecht**. 1ª Parte. 3ª ed. Berlim, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume III. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação).

_____. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume VIII. 12ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977.

_____. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XI. 11ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1979.

_____. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XIII. 10ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977.

_____. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume XVIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos (sem ano de publicação).

CASTRO NEVES, José Roberto de. As garantias do cumprimento da obrigação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, 2008, v. 11, n. 44, p. 174-213.

CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos reais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2021.

CHEN, Dachuang. **Die Treuhand als Rechtsform für Sondervermögen**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020.

Código civil brasileiro. Trabalhos relativos à sua elaboração, Volumes I, II e III, Rio de Janeiro 1917 (publicação oficial autorizada pelo decreto legislativo n. 3.095, de 12 de janeiro de 1916, e mandada organizar pelo aviso do Ministério da Justiça e Negocios Interiores n. 1.346, de 16 de setembro de 1916).

CLASSEN, Claus Dieter. Arts. 92, 97, 98, 101 GG. *in*: MANGOLDT, Hermann v.; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian *et al*. **Grundgesetz Kommentar**. 7ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018.

COING, Helmut. **Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts**. Munique: C. H. Beck, 1973.

COMIRAN, Giovana Cunha. A exegese do art. 425 do código civil e o método tipológico: notas sobre critérios hermenêutico-integrativos dos contratos atípicos. MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (orgs.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier & Campus Jurídico, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONTI, Bruno Cezar Toledo de. **Garantias fiduciárias**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

COVELLO, Sergio Carlos. **Contratos bancários**. 4ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

DA CRUZ, Gisela Sampaio. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado (arts. 252 a 256). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DAGHLES, Murad M.; HAßLER, Thyl N. Warranty & Indemnity-Versicherungen im Rahmen

von Unternehmenstransaktionen. **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**, Munique, 2016, p. 455-457.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil** – teoria geral. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Tratado do mandato e prática das procurações**. Volumes I e II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DILL, Amanda Lemos. **Contrato de garantia à primeira demanda**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Alienação fiduciária de bens imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, volume 51, ano 24 (jul./dez. 2001), p. 235-252.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DOLL, Natascha; MACKENSEN, Marcus. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018.

DORNIS, Tim W. **Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005.

EICK, Fernando Gemelli. **Redes contratuais no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

EINSELE, Dorothee. §§ 125-132 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Ex Ante Choices of Law and Forum – An Empirical Analysis of Corporate Merger Agreements. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 59, 2006, p. 1975-2014.

EISENHUT, Stefan. **Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte**. Basiléia: Helbing Lichtenhahn, 2009.

ELSING, André. § 13 – Das notarielle Verwahrungsgeschäft. *in*: KILIAN, Matthias;

SANDKÜHLER, Christoph; STEIN, Jürgen vom. **Praxishandbuch Notarrecht**. 3ª ed. Bonn: Deutscher Notarverlag, 2018.

EMMERICH, Volker. § 311 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

ERNST, Wolfgang. **Eigenbesitz und Mobiliarerwerb**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Volume 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

_____. Negócio fiduciário (parecer). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, volume 39, n. 184 (1950), p. 532-542.

_____. **Posse - propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

_____. **Dos contratos nominados no direito civil brasileiro**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; _____. **Curso de direito civil**. Volume 2. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; _____. **Curso de direito civil**. Volume 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; _____. **Curso de direito civil**. Volume 5. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FELDMANN, Cornelia. §§ 311-311a BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FETZER, Rhona. §§ 362-386 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Da representação. *in*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (orgs.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia.** Rio de Janeiro: Aide, 2000.

FLECKNER, Andreas. Mittelt der fremdnützige Verwaltungstreunehmer dem Treugeber den Besitz am Treugut? **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Colônia, 2013, p. 389-398.

FLEISCHER, Holger. **Informationsasymmetrie im Vertragsrecht**. Munique: C. H. Beck, 2001.

FLUME, Werner. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Volume II: Das Rechtsgeschäft. 4ª ed. Berlim: Springer Verlag, 1992.

FONSECA, Fátima. O contrato de depósito escrow. **Revista de Direito das Sociedades**, 9º ano, vol. 4 (2017), p. 801-828.

FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7°. *in*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FÖRSTER, Christian. §§ 1204-1260 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos – direito civil e empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FRANÇA, Pedro Arruda. **Contratos atípicos.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANKEN, Kai. Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf. **Rheinische Notar-Zeitschrift**, Munique, 2010, p. 597-618.

FREITAG, Robert. §§ 607-609 BGB. *in*: MANSEL, Heinz-Peter (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2015.

FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. **Da assunção de dívida e sua estrutura negocial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

FREUND, James. **Anatomy of a Merger**. Nova Iorque: Law Journal Seminars Press, 1975.

FULGÊNCIO, Tito. **Da posse e das ações possessórias**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GANTER, Hans Gerhard. Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 2004, p. 421-437.

_____. §§ 47-52 InsO. *in*: STÜRNER, Rolf; EIDENMÜLLER, Horst; SCHOPPMEYER, Heinrich (coords.). **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Munique: C. H. Beck, 2019.

GARNER, Brian (editor-chefe). **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. St. Paul: West Group, 2009.

GEIBEL, Stefan J. **Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

GEDIEL, José Antônio; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. Interpretações – Art. 113 do Código Civil. *in*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GEHRLEIN, Markus. §§ 311-311c BGB. *in*: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman (coords.). **Beck-online Kommentar BGB.** 68ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

GERNHUBER, Joachim. Die fiduziarische Treuhand. **Juristische Schulung**, Munique, 1988, p. 355-363.

_____. **Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989.

_____. **Die Erfüllung und ihre Surrogate**. 2ª ed. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

GERSTER, Stefan. **Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag**. Zurique: Schulthess, 1991.

GODOY BUENO, Francisco de. Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, volume 6, 2016, p. 55-73.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Contratos**. 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1986 [citado como Contratos (1986)].

_____. **Obrigações**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2008.

_____. **Introdução ao direito civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009.

_____. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2009.

GONDIM DIAS, Regina Bittencourt. **Natureza jurídica da solidariedade**. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

GOTTWALD, Peter. §§ 328-345 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

GÖTZ, Gero. §§ 854-872 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

GRAEBER, Thorsten. §§ 56-59 InsO. *in*: STÜRNER, Rolf; EIDENMÜLLER, Horst; SCHOPPMEYER, Heinrich. **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. Volume 1. 4ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019.

GRAGE, Katja. Ausgewählte Aspekte der Verwaltungstreuhand an Geschäftsanteilen. **Rheinische Notar-Zeitschrift**, Munique, 2005, p. 251-276.

GREZZANA, Giacomo. O qualificador de conhecimento (*knowledge qualifier*) e suas relações com a cláusula de declarações e garantias em alienações de participação societária. *in*: ADAMEK, Marcelo Vieira von; SETOGUTI Julio Pereira, Rafael (orgs.). **Fusões e aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

_____; MAGESTE, Ana Paula; SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. As garantias empresariais atípicas prestadas por terceiros sob a ótica dogmática e econômica. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, volume 9, 2023, p. 165-220.

GRIGOLEIT, Hans-Christoph. Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1999, p. 379-420.

_____. Unentgeltliche Verträge und Gefälligkeitsverhältnisse – die Perspektive des Haftungsrechts. **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2018, p. 769-789.

GRUNDMANN, Stefan. Parte 1 a 3. *in*: GRUNDMANN, Stefan (org.). **Bankvertragsrecht Grundlagen und Commercial Banking**. Volume 1. Berlim: De Gruyter, 2020.

GRÜNEBERG, Christian. §§ 662-676c BGB. *in*: GRÜNEBERG, Christian. **Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**. 82ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

GRÜTZMACHER, Malte. Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge

– Land in Sicht? Die Welten zwischen Mannheim und Karlsruhe. **Computer und Recht**, Colônia, 2006, p. 289-296.

GRZIWOTZ, Herbert; HEINEMANN, Jörn. **Beurkundungsgesetz**. 3ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2018.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. *in*: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Direito das garantias**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUILHARDI, Pedro. **Garantias autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GUTZEIT, Martin. §§ 854-872 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2021.

HAASE, Richard. Ist das Darlehen ein Realvertrag? **Juristische Rundschau**, Berlim, 1975, p. 317-319.

HADDING, Walther; HÄUSER, Franz. §§ 19 a 22. *in*: ELLENBERGER, Jürgen; BUNTE, Herrmann-Josef (orgs.). **Bankrechts-Handbuch**. Volume I. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A autorização no direito privado**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2019.

HARDERS, Dirk. § 42: Treuhand- und Anderkonto. *in*: DERLEDER, Peter; KNOPS, Kai-Oliver; BAMBERGER, Heinz Georg (orgs.). **Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht**. Volume 1. 3ª ed. Berlim, Heidelberg: Springer, 2017.

HEERMANN, Peter W. §§ 675-675b BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

HEINZE, Christian A. §§ 929-984 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020.

HENSSLER, Martin. Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit. **Archiv für die**

civilistische Praxis, Tübingen, 1996, p. 37-87.

_____. §§ 688-704 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

HERGET, Kurt. §§ 766-774 ZPO. *in*: ZÖLLER, Richard. **Zivilprozessordnung** mit FamFG (§§ 1-150, 231-270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. 34ª ed. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2022.

HERRESTHAL, Carsten. §§ 311-311a BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

HERTEL, Christian. Grundsätzlich wörtliche Befolgung der Verwahrungsanweisung: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2000 – IX ZR 41/99. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 2001, p. 856-862.

_____. § 23 BNotO, §§ 57-62 BeurkG. *in*: FRENZ, Norbert; MIERMEISTER, Uwe. **Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar**. 5ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020.

_____. Teil 2, Kap. 2, A-B I-III, B, V, C-E. *in*: LIMMER, Peter; HERTEL, Christian; FRENZ, Norbert. **Würzburger Notarhandbuch**. 6ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2022.

_____. §§ 125-129 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023.

HERWIG, Jörg. Closing Dokumente und typische Nebenvereinbarungen in englischer Sprache mit Anmerkungen in deutscher Sprache. *in*: JALETZKE, Matthias; HENLE, Walter; HARTMANN-RÜPPEL, Marco. **M&A Agreements in Germany**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020.

HILLGRUBER, Christian. Arts. 92, 97, 98, 126 GG. *in*: DÜRIG, Günter; HERZOG, Roman; SCHOLZ, Rupert *et al*. **Grundgesetz Kommentar**. Volume VI. Munique: C. H. Beck, 2022.

HIRSCHBERGER, Helge. **Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung**. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2005.

HOENIG, Klaus Marinus; KLINGEN, Sebastian. Die W&I-Versicherung beim

Unternehmenskauf. Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Munique, 2016, p. 1244-1248.

HOEREN, Thomas. Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – Eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen. **Computer und Recht**, Colônia, 2004, p. 721-724.

HOPT, Klaus J. *et al*. **Handelsgesetzbuch** mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht). 43ª ed. Munique: C. H. Beck, 2024.

HUGHES, Gary A. Escrow. *in*: **American Jurisprudence**. 2ª ed. Vol. 28. Eagan: West Group, 2000.

JAKOBS, Michael; FRANZ, Alexander. Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben? **Versicherungsrecht**, Karlsruhe, 2014, p. 659-665.

JOHNS, Margaret Z.; PERSCHBACHER, Rex R. **The United States Legal System: an Introduction**. 2ª ed. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

JOWITT, Earl. **The dictionary of English Law**. Volume 1. Londres: Sweet & Maxwell, 1959.

KAST, Christian R.; MEYER, Stephan; WRAY, Bea. Software Escrow. **Computer und Recht**, Colônia, 2002, p. 379-386.

KAWOHL, Volker. **Notaranderkonto**. Munique: C. H. Beck, 1995.

KAYO, Grazziella Mosareli. **A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição**: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo, 2019.

KÄSTLE, Florian; OBERBRACHT, Dirk. **Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018.

KELLER, Ulrich. Cap. 1.C. *in*: KELLER, Ulrich (org.). **Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht**. Berlim: Erich Schmidt Verlag, 2024.

KEMP, Peter. Notarrecht – „Sicherstellung“ als Treuhandauflage: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.05.2003 – III ZR 294/02 **Rheinische Notar-Zeitschrift**, Munique, 2003, p. 402-406.

KERN, Christoph Alexander. §§ 362-386 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022.

KIENINGER, Eva-Maria. §§ 398-413 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

KILIAN, Thomas. §§ 20-24 BNotO. *in*: DIEHN, Thomas (org.). **Bundesnotarordnung**. 2ª ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2019.

KLING, Lou R.; NUGENT, Eileen T. **Negotiated acquisitions of companies, subsidiaries, and divisions**. Nova Iorque: Law Journal Press, 1992.

KLINCK, Fabian. §§ 929-936 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

KROPF, Christian. Parte 3.3 a 3.7. *in*: KÜMPEL, Siegfried; MÜLBERT, Peter O.; FRÜH, Andreas; SEYFRIED, Thorsten. **Bank- und Kapitalmarktrecht**. 6ª ed. Colônia: Otto Schmidt, 2022.

KRÜGER, Ulrich. **Kreditsicherungsrecht**. Munique: Franz Vahlen, 2012.

KRÜGER, Wolfgang. §§ 256-274 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 2. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

LACKMANN, Rolf. §§ 704-796 ZPO. in: MUSIELAK, Hans-Joachim; VOIT, Wolfgang. **Zivilprozessordnung**. 20ª ed. Munique: Verlag Franz Vahlen, 2023.

LAKKIS, Panajotta. §§903-905 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

LANDIM, Francisco. O mandato civil sem representação. Campinas: Agá Juris Editora, 2000.

LANGE, Frank-Holger. Treuhandkonten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 2007, p. 2513-2516.

LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. Volume I. 14ª ed. Munique: C. H. Beck, 1987.

LATZEL, Clemens. § 611 BGB. *in*: RIEBLE, Volker (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **Evicção e processo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, volume 16, 2018, p. 121-134.

LIEBICH, Dieter; MATHEWS, Kurt. T**reuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft**. 2ª ed. Berlim/Herne: Neue Wirtschafts-Briefe, 1983.

LIMA, Otto de Sousa. **Negócio fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LIPS, Jörg. Vertragsgestaltung und Verhandlung. in: HETTLER, Stephan; STRATZ, Rolf-Christian; HÖRTNAGL, Robert (orgs.). **Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2013.

LIRA, Ricardo Pereira. **A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa**. Rio de Janeiro: (sem editora), 1970.

LO RÉ POUSADA, Estevan. **Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro**. 2010. Tese (doutorado em direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

LOHSSE, Sebastian. §§ 598-609 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

LOOSCHELDERS, Dirk. §§ 420-432 BGB. *in*: LÖWISCH, Manfred (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022.

_____. §§ 362-371 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

LOPEZ, Teresa Ancona. Arts. 565 a 652. *in*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao código civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Volumes 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÖHNIG, Martin. **Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

LUZ, Aramy Dornelles da. Os contratos de depósito e a "*actio depositi*" no crédito rural. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1989, ano 78, vol. 650, p. 239-245.

LWOWSKI, Hans-Jürgen; FISCHER, Gero; GEHRLEIN, Markus. **Das Recht der**

Kreditsicherung. 10ª ed. Berlim: Eric Schmidt Verlag, 2018.

MADAUS, Stephan. §§ 765-778 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **As condições no direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANN, Richard A.; ROBERTS, Barry S. **Smith & Roberson's Business Law**. 13ª ed. St. Paul: Thomson West, 2006.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Notas sobre o negócio jurídico fiduciário. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 5, volume 20 (out./dez. 2004), p. 35-63.

_____. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARMITT, Arnaldo. **Mandato**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

MARTINEK, Michael. Traditionsprinzip und Geheißerwerb. **Archiv für die zivilistische Praxis**, Tübingen, 1988, p. 573-648.

_____. **Moderne Vertragstypen**. Volume I. Munique: C. H. Beck, 1991.

_____; OMLOR, Sebastian. §§ 662-675b BGB. *in*: RIEBLE; Volker (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2017.

MARTINS-COSTA, Fernanda. **Condição suspensiva**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

_____. **Execução diferida nos contratos de M&A**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

MARTINS-COSTA, Judith. Do direito das obrigações. Adimplemento e da extinção das obrigações (arts. 304 a 388). *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. O trust e o direito brasileiro. **Revista de direito civil contemporâneo**, São Paulo, vol. 12 (2017), p. 165-209.

MASCARENHAS MENCK, José Theodoro (org.). **Código civil brasileiro no debate**

parlamentar – elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. Tomos 1 e 2. Brasília: edições Câmara, 2012.

MATIES, Martin. §§ 611-614 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2011.

MAYER, Anja. Abschnitt 6 – Verwahrung. *in*: ARMBRÜSTER, Christian; PREUß, Nicola. **BeurkG mit NotAktVV und DONot** - Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 9ª ed. Bonn: Deutscher Notar Verlag, 2023.

MEDICUS, Dieter; PETERSEN, Jens. **Allgemeiner Teil des BGB**. 11ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.

_____; LORENZ, Stephan. **Schuldrecht I – Allgemeiner Teil**. 22ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

MELLER-HANICH, Caroline. §§ 929-936 BGB. *in*: GRZIWOTZ, Herbert *et al*. **Nomos Kommentar BGB**. Volume 3. 5ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da eficácia, 1ª parte**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERKLE, Barbara. §§ 631-650o. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

MEYER-SPARENBERG, Wolfgang; JÄCKLE, Christof. **Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions.** 2ª ed. Munique: C.H. Beck & HLV Verlag, 2022.

MICHL, Fabian. „Datenbesitz“ – ein grundrechtliches Schutzgut? **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 2019, p. 2729-2733.

MIRANDA, Beatriz Conde. Assunção de dívida (arts. 299 a 303). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.): **A parte geral do código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Volume 1. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, volume 309 (jan/mar 1990), p. 33-61.

_____. A causa do contrato. **Revista civilistica.com**, volume 1, ano 2 (2013), p. 1-24.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1987.

_____. **Direito romano**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MURRAY JR., John Edward. **Murray on Contracts**. 3ª ed. Charlottesville: Michie Publishing 1990.

MUTHER, Theodor. **Sequestration und Arrest im römischen Recht**. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1856.

MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd. Kapitel 9: Konto. *in*: SCHWINTOWSKI, Hans-Peter (org.). **Bankrecht**. 6ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2022.

MÜLLER-FELDHAMMER, Ralf. Einwendungen und Aufrechnung beim Treuhandauftrag. **Juristische Rundschau**, Berlim, 2009, p. 136-141.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Extinção das obrigações sem pagamento: novação, compensação, confusão e remissão (arts. 360 a 388). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEUHAUS, Martin; KIEM, Roger. Grundelemente einer Kaufpreisregelung. *in*: KIEM, Roger (org.). **Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

NEUNER, Jörg. **BGB Allgemeiner Teil**. 12ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas contratuais e interpretação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____. Parte IV.1: Comentário ao artigo 113 §§1º e 2° do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. *in*: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coords.). **Direito privado na lei da liberdade econômica – comentários**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

NOBER, Robert. §§ 828-882i. *in*: ANDERS, Monika; GEHLE, Burkhard.

Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen. 81ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

OECHSLER, Jürgen. §§ 929-936 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Arts. 79 a 137. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLZEN, Dirk. §§ 241-241 BGB. *in*: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017.

_____. **Instituições de direito civil**. Volume II. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017.

_____. **Instituições de direito civil**. Volume III. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017.

_____. **Instituições de direito civil**. Volume IV. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2017.

PETERS, Stephan. Teil 12 – Digital Escrow. *in*: LEUPOLD, Andreas; WIEBE, Andreas; GLOSSNER, Silke. **IT-Recht**. 4ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

PINTER, Rafael Wobeto. A aplicação da *parol evidence rule* em procedimentos arbitrais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, volume 58 (Jul./Set. 2018), p. 181-208.

PINTO E SILVA, Fábio Rocha. **Garantias das Obrigações**. São Paulo: Editora do IASP, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Volumes II, III, V, VI, X, XIV, XV, XIX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXXVIII, XXXIX, XLII, XLIII. Nova edição de 2012, São Paulo: Revista do Tribunais.

PREUß, Nicola. **Die notarielle Hinterlegung**. Berlim: Duncker & Humblot, 1995.

_____. Erfüllungseintritt bei Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto. **Juristische Schulung**, Munique, 1996, p. 103-106.

RAAB, Thomas. **Austauschverträge mit Drittbeteiligung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REGELSBERGER, Ferdinand. Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 1880, p. 157-207.

REITHMANN, Christoph. **Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte**. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1989.

RENTERIA, Pablo. **Penhor e autonomia privada**. São Paulo: Atlas, 2017.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REYMANN, Christoph. §§ 158-163 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

RIESENHUBER, Karl. §§ 662-674 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

RITTER, Thomas. Auslegungsbedürftigkeit von Urkunden und Notarhaftung. **Neue juristische Wochenschrift**, Munique, 2004, p. 2137-2139.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. Volume 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil**. Volume 2. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil**. Volume 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil**. Volume 5. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. **Direitos das coisas**. Volume I. Brasília: Edições do Senado Federal, 2004.

ROTH, Herbert. §§ 139-144 BGB. *in*: HERRLER, Sebastian (red.) **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2023.

RÜGER, Schirin. **Die Doppeltreuhand zur Insolvenzsicherung von Arbeitnehmeransprüchen**. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2010.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANCHES, Sydney. Os contratos atípicos no direito privado e seu tratamento judicial e extrajudicial. **Revista da AJURIS**, vol. XVII (mar./1990), n. 48, p. 170-178.

SANDKÜHLER, Gerd. § 23 BnotO. *in*: ARNDT, Herbert; LERCH, Klaus; SANDKÜHLER, Gerd. **Bundesnotarordnung Kommentar**. 8ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2016.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. Do mandato. *in*: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). **O novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Contratos nominados II. 2ª ed. *in*: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). **Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. Volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Ernanes Fidélis dos. Arts. 1.196 a 1.224. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XV. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SCHÄFER, Frank L. §§ 657-674 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 6. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

_____. §§ 854-872, 1204-1296 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 8. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2023.

SCHLINKER, Steffen. §§ 688-700 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

SCHLÜTER, Martin. §§ 387-397. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 3. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

SCHMIDT, Karsten. Das Rätsel Treuhandkonto – Gedanken über "Unmittelbarkeit", "Mittelherkunft" und "Offenkundigkeit" als Kriterien der Verwaltungstreuhand. *in*: BUCHER, Eugen; CANARIS, Claus-Wilhelm; HONSELL, Heinrich; KOLLER, Thomas (coords.). **Norm und**

Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag. Munique, Berna: C. H. Beck e Stämpfli Verlag, 2005, p. 933-963.

_____. §§ 171-237. *in*: DRESCHER, Ingo; FLEISCHER, Holger; SCHMIDT, Karsten. **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch**. Munique: C. H. Beck, 2019.

_____; BRINKMANN, Moritz. §§ 766-793 ZPO. *in*: RAUSCHER, Thomas; KRÜGER, Wolfgang (coords.). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Volume 2. 6ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020.

SCHNEIDER, Jochen. 5.L Hinterlegung von Software, Escrow. *in*: GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich (org.). **Software-Erstellungsverträge**. 2ª ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2014.

SCHUBERT, Claudia. §§ 164-181. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

SEIBT, Christoph H.: **Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2011.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil**. Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora 1943.

_____. **Curso de direito civil**. Volume I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971.

SERVATIUS, Wolfgang. Capítulo 35: Einlagengeschäft. *in*: LANGENBUCHER, Katja; BLIESENER, Dirk; SPINDLER, Gerald (orgs.). **Bankrechts-Kommentar**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2020.

SIEBERT, Wolfgang. **Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis**. 2ª ed. Marburg: N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1933.

SILVA GOMES, André. **Interpretação e analogia no direito tributário**. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

SILVA NETO, Antônio Carlos da. O contrato de compra e venda de quotas e a escrow account. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 3 (2017), v. 4, p. 183-216.

SILVA PINTO, Paulo J. da. Dos contratos atípicos. **Revista Forense**, volume 95 (jul./1943), p. 14-19.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. **O direito de retenção nas relações contratuais**. 2024.

Tese (doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

SINGER, Joseph William. **Introduction to Property**. 2ª ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2005.

SKAMEL, Frank. §§ 387-397 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

SOARES, Alice dos Santos. Pagamento indireto ou especial (arts. 334 a 359). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA NETO, José Soriano de. **Da novação**. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1937.

STÖBER, Kurt; RELLERMEYER, Klaus. **Forderungspfändung – Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte**. 17ª ed. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020.

STÖBER, Michael. §§ 441-445 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2022.

TEICHMANN, Christoph. § 675 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Arts. 653 a 756. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume X. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____; _____; _____. **Código Civil Interpretado**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____; _____; _____. **Código Civil Interpretado**. Volume III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Compartilhamento de garantias imobiliárias

por meio da titularidade fiduciária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, n. 21 (2019), p. 208-231.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Volume I. 45ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TIMMERBEIL, Sven; PFEIFFER, Gero. **Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen: Ancillary Agreements**. 2ª ed. Munique: C. H. Beck, 2019.

UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, volume 29 (jan./mar. 1984), p. 81-94.

ULRICH, Stefan. § 27 DONot. *in*: WEINGÄRTNER, Helmut. **Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar**. 14ª ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2021.

ULRICI, Bernhard. §§ 372-387 BGB. *in*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMANN, Christoph (coords.). **Beck-online Grosskommentar BGB**. Munique: C. H. Beck, 2022.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). *in*: TEPEDINO, Gustavo (coord.): **A parte geral do código civil - estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Arts. 1.196 a 1.368. *in*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código civil comentado**. Volume XII. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio. Arts. 1.225 a 1.510. *in*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Volume XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VOLHARD, Rüdiger. Amtspflichten des Notars bei Eingriffen in den Vertragsvollzug. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1987, p. 523-551.

VON ROSENBERG, Oliver. Der Unternehmenskauf durch einen Private-Equity-Investor (Grundmodell). *in*: EILERS, Stephan; KOFFKA, Nils Mathias; MACKENSEN, Markus; PAUL, Markus. **Private Equity**. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 2018.

WAISBERG, Ivo; GORNATI, Gilberto. **Direito bancário – contratos e operações bancárias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

WALD, Arnoldo. Considerações sobre a assunção de dívida. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, volume 59, 1985, p. 5-12.

_____. Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, volume 51 (jul./dez. 2001), p. 253-279.

_____. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. Volume 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WEBER, Ralph. Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff. BGB. **Juristische Schulung**, Munique, 1998, p. 577-582.

WEINGÄRTNER, Helmut. **Das notarielle Verwahrungsgeschäft**. 2ª ed. Colônia: Heymanns Verlag, 2004.

WEITBRECHT, Jannik. Die Doppeltreuhand – Grundstruktur, Insolvenzfestigkeit, Verwertung. Eine Analyse der Grundstruktur der Doppeltreuhand und ihrer Behandlung in der Treugeberinsolvenz. **Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht**, Munique, 2017, p. 553-560.

WERNER, Stefan. Parte 4. *in*: KÜMPEL, Siegfried; MÜLBERT, Peter O.; FRÜH, Andreas; SEYFRIED, Thorsten. **Bank- und Kapitalmarktrecht**. 6ª ed. Colônia: Otto Schmidt, 2022.

WESTERMANN, Harm Peter. §§ 158-163 BGB. *in*: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut; LIMPERG, Bettina (coords.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. Volume 1. 9ª ed. Munique: C. H. Beck, 2021.

WIEGAND, Daniel. §§ 1204-1296 BGB. *in*: HERRESTHAL, Carsten (red.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Berlim: Otto Schmidt e De Gruyter Verlag, 2022.

WIEGAND, Wolfgang. Die Entwicklung der Übereignungstatbestände einschließlich der Sicherungsübereignung.*in*: CANARIS, Claus-Wilhelm *et al.* (orgs.). **50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft**. Volume I. Munique: C. H. Beck, 2000.

WILHELM, Christopher. **Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich**. Berlim: Duncker & Humblot, 2017.

WILHELM, Jan. **Sachenrecht**. 7ª ed. Berlim: De Gruyter, 2021.

WILHELM, Walter. Begriff und Theorie der Verfügung. *in*: COING, Helmut; WILHELM, Walter (orgs.). **Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert**. Volume II. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977.

WINDSCHEID, Bernhard; KIPP; Theodor. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. Volume 2. 9ª ed. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1963.

WINKLER, Karl. **Beurkundungsgesetz Kommentar**. 20ª ed. Munique: C. H. Beck, 2022.

WITTE, Jürgen; BULTMANN, Britta. Materiell-rechtliche und prozessuale Probleme beim Unternehmenskauf am Beispiel der vertraglich vereinbarten Kaufpreiszahlung auf ein Treuhandkonto (Escrow Account). **Betriebs-Berater**, Frankfurt am Main, 2005, p. 1121-1125.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **A conservação dos contratos nulos por defeito de forma**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ZIMMERMANN, Stefan. Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BnotO. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1980, p. 451-474.

_____. Die vertraglich vorgesehene „Hinterlegung“ des Kaufpreises beim Notar führt in der Regel noch nicht zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.03.1983 – V ZR 168/81. **Deutsche Notar-Zeitschrift**, Munique, 1983, p. 549-557.

Jurisprudência norte-americana

CALIFÓRNIA. Suprema Corte. Relator: J. Crocker. Partes: Dyson v. Bradshaw. 01 de outubro de 1863. California Reports n. 23, p. 528-537.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Partes: Cannon v. Handley. 16 de março de 1887. California Reports 4th n. 72, p. 133-145.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Works. Partes: McDonald v. Huff. 24 de outubro de 1888. California Reports n. 77, p. 279-283.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. James. Partes: Feisthamel v. Campbell. 28 de dezembro de 1921. California Appellate Reports n. 55, p. 774-784.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Richards. Partes: Shreeves v. Pearson. 01 de novembro de 1924. California Reports n. 194, p. 699-712.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Lennon. Partes: Hildebrand v. Beck. 04 de maio de 1925. California Reports n. 196, p. 141-148.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Curtis. Partes: Security Trust & Savings Bank v. Carlsen. 01 de outubro de 1928. California Reports n. 205, p. 309-320.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. P. Cary. Partes: Crum v. City of Los Angeles. 17 de dezembro de 1930. California Reports 4th n. 110, p. 508-517.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Tappaan. Partes: McFate v. Bank of America. 08 de setembro de 1932. California Appellate Reports n. 125, p. 683-687.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Hahn. Partes: Blackburn v. McCoy. 30 de outubro de 1934. California Appellate Reports 2d n. 1, p. 648-660.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. York. Partes: Watts v. Mohr. 17 de junho de 1948. California Appellate Reports 2d n. 86, p. 256-263.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Gibson. Partes: Rianda v. San Benito Title Guarantee Co. 21 de abril de 1950. California Reports 2d n. 35, p. 170-175.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Bray. Partes: Pagan v. Spencer. 05 de junho de 1951. California Appellate Reports 2d n. 104, p. 588-594.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Traynor. Partes: Osborn v. Osborn. 01 de março de 1954. California Reports 2d n. 42, p. 358-376.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Ashburn. Partes: Bice v. Stevens. 18 de outubro de 1955. California Appellate Reports 2d n. 136, p. 368-381.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Ashburn. Partes: Todd v. Vestermark. 24 de outubro de 1956. California Appellate Reports 2d n. 145, p. 374-380.

CALIFÓRNIA. Suprema Corte. Relator: J. Traynor. Partes: Amen v. Merced County Title Co. 9 de outubro de 1962. California Reports 2d n. 58, p. 528-535.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Coughlin. Partes: Spaziani v. Millar. 02 de maio de 1963. California Appellate Reports 2d n. 215, p. 667-685.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Gargano. Partes: Lee v. Title Insurance & Trust Co. 18 de julho de 1968. California Appellate Reports 2d n. 264, p. 160-164.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Bancroft. Partes: Zang v. Northwestern Title Co. 18 de agosto de 1982. California Appellate Reports 3d n. 135, p. 159-169.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. P. Low. Partes: Kirby v. Palos Verdes Escrow Co. 01 de julho de 1986. California Appellate Reports 3d n. 183, p. 57-66.

CALIFÓRNIA. Corte de Apelações. Relator: J. Huffman. Partes: Peterson Development Co. v. Torrey Pines Bank. 09 de agosto de 1991. California Appellate Reports 3d n. 233, p. 103-120.

DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Duffy. Partes: Norton v. Digital Applications, Inc. 14 de março de 1973. Atlantic Reporter 2d n. 305, p. 656-661.

DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: Maurice A. Hartnett. Partes: Xlete, Inc. v. Willey. 06 de junho de 1977. 1977 Del. Ch. LEXIS 196, p. 1-2.

DELAWARE. Suprema Corte. Relator: J. Duffy. Partes: Pathe Industries, Inc. v. Cadence Industries Corp. 02 de janeiro de 1981. Atlantic Reporter 2d n. 425 p. 952-957.

DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Strine. Partes: Fasciana v. Elec. Data Sys. Corp. 27 de fevereiro de 2003. 2003 Del. Ch. LEXIS 19, p. 1-41.

DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Laster. Partes: NAMA Holdings, LLC v. Related WMC LLC. 17 de novembro de 2014. 2014 Del. Ch. LEXIS 232, p. 1-115.

DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: John W. Noble. Partes: East Balt LLC v. East Balt US, LLC. 28 de maio de 2015. 2015 Del. Ch. LEXIS 150, p. 1-10.

DELAWARE. Corte Superior. Juiz: Noel Eason Primos. Partes: Batchelor v. Alexis Props, LLC. 13 de novembro de 2018. 2018 Del. Super. LEXIS 1306, p. 1-19.

DELAWARE. Corte de Chancelaria. Juiz: J. Glasscock. Partes: Elavon, Inc. v. Elec. Transaction Sys. Corp. 07 de março de 2022. 2022 Del. Ch. LEXIS 53, p. 1-8.

NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Andrews. Partes: Stanton v. Miller. 22 de setembro de 1874. New York State Reporter n. 58, p. 192-204.

NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Hiscock. Partes: Stonehill v. Hastings. 2 de maio de 1911. New York State Reporter n. 202, p. 115-122.

NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Crane. Partes: Farago v. Burke. 11 de julho de 1933. New York State Reporter, n. 262, p. 229-233.

NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Rosenman. Partes: Alexander v. Quality Leather Goods Corp. New York County, 7 de fevereiro de 1934. Miscellaneous Reports n. 150, p. 577-582.

NOVA IORQUE. Corte de Apelações. Relator: J. Townley. Partes: Bardach v. Chain Bakers, Inc. 30 de outubro de 1942. Appellate Division Reports 2d n. 265, p. 24-27.

NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Richard D. Simons. Partes: Entertainment & Amusements of Ohio, Inc. v. Barnes. 21 de fevereiro de 1966. Miscellaneous Reports 2d n. 49, p. 316-319.

NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. J. Irwin Shapiro. Partes: Asher v. Herman. Queens County, 8 de março de 1966. Miscellaneous Reports 2d n. 49, p. 475-479.

NOVA IORQUE. Corte Civil da Cidade de Nova Iorque. Juiz: J. William Kapelman. Partes: Doherty v. Elskamp. 3 de julho de 1968. Miscellaneous Reports 2d n. 58, p. 653-654.

NOVA IORQUE. Corte Distrital de Nassau. Juiz: J. Abe M. Lerner. Partes: Menkis v. Whitestone Savings & Loan Ass'n. 31 de maio de 1974. Miscellaneous Reporter 2d n. 78, p. 329-332.

NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Edward J. Greenfield. Partes: Animalfeeds International, Inc. v. Banco Espírito Santo e Comercial de Lisboa. New York County, 13 de março de 1979. Miscellaneous Reports 2d n. 101, p. 379-387.

NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Ross. Partes: Marriott Corp. v. Rogers & Wells. 28 de abril de 1981. Appellate Division Reports 2d n. 81, p. 556-558.

NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Lazer. Partes: Grinblat v. Taubenblat. 22 de janeiro de 1985. Appellate Division Reports 2d n. 107, p. 735-736.

NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Kane. Partes: E.S.P. Adjustment Servs., Inc. v. Asta Group, Inc. 24 de dezembro de 1986. Appellate Division Reports 2d n. 125, p. 849-850.

NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Mangano. Partes: Director Door Corp. v. Marchese & Sallah, P. C. 17 de fevereiro de 1987. Appellate Division Reports 2d n. 127, p. 735-737.

NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. Walter M. Schackman. Partes: National Union Fire Insurance v. Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn. 2 de agosto de 1994. Miscellaneous Reporter 2d n. 165, p. 539-553.

NOVA IORQUE. Suprema Corte. Relator: J. P. Bracken. Partes: McLoughlin v. McLoughlin. 10 de março de 1997. Appellate Division Reporter 2d n. 237, p. 336-337.

NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Goldstein. Partes: Takayama v. Schaefer. 02 de março de 1998. Appellate Division Reporter 2d n. 240, p. 21-29.

NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. Carpinello. Partes: Calcagno v. Drew. 29 de julho de 1999. Appellate Division Reports 2d n. 263, p. 939-941.

NOVA IORQUE. Divisão de Apelações da Suprema Corte. Relator: J. P. Rivera. Partes: Scartozzi v. Scartozzi. 01 de abril de 2008. Appellate Division Reporter 3d n. 50, p. 662-664.

Jurisprudência alemã

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, vol. 46 (1891), 91.

ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença 542/08 VII, de 15 de outubro de 1909, **Juristische Wochenschrift**, 1910, n. 4.

ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença V 352/11 do V Senado Civil, de 20 de março de 1912, **Reichsgericht in Zivilsachen** volume 79, p. 121.

ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 448/13 do VII Senado Civil, de 19 de fevereiro de 1914, **Reichsgericht in Zivilsachen**, volume 84, p. 214.

ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 205/30 do VII Senado Civil, de 27 de fevereiro de 1931, **Recihsgericht in Zivilsachen**, volume 132, p. 183.

ALEMANHA. Tribunal do império. Sentença VII 304/31 do VII Senado Civil, de 10 de junho de 1932, **Reichsgericht in Zivilsachen**, volume 137, p. 23.

ALEMANHA. Tribunal Federal de Finanças. Sentença IV R 125/83, de 30 de janeiro de 1986, **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen**, 1986, p. 1202.

ALEMANHA. Tribunal Federal. Sentença IV ZR 95/53 do IV Senado Civil, de 5 de novembro de 1953. **Neue juristische Wochenschrift**, 1954, p. 190.

ALEMANHA. Tribunal Federal. Sentença VII ZR 56/57 do VII Senado Civil, de 26 de junho de 1958. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen** 1958, p. 1222.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 219/57 do VIII Senado Civil, de 7 de abril de 1959. **Neue juristische Wochenschrift,** 1959, p. 1223.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 148/58 do VIII Senado Civil, de 21 de abril de 1959. **Neue juristische Wochenschrift,** 1959, p. 1536.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 180/58 do III Senado Civil, de 21 de dezembro de 1959. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1960, p. 265.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 145/59 do VIII Senado Civil, de 21 de dezembro 1960. **Neue juristische Wochenschrift,** 1961, p. 777.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 218/61 do II Senado Civil, de 13 de julho de 1964. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen,**

1964, p. 1125.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 120/65 do VII Senado Civil, de 25 de abril de 1966. **Neue juristische Wochenschrift**, 1966, p. 1452.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 214/64 do V Senado Civil, de 20 de maio de 1966. **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1966, p. 749.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 6/67 do V Senado Civil, de 18 de dezembro de 1967. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen**, volume 49, p. 197.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 64/67 do VIII Senado Civil, de 16 de abril 1969. **Juristenzeitung**, 1969, p. 433.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 242/68 do VIII Senado Civil, de 11 de novembro de 1970. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen**, volume 55, p. 20.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 36/69 do VIII Senado Civil, de 16 de dezembro 1970. **Neue juristische Wochenschrift,** 1971, p. 559.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 104/71 do II Senado Civil, de 25 de junho de 1973. **Neue juristische Wochenschrift,** 1973, p. 1754.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 143/74 do V Senado Civil, de 30 de abril de 1976. **Neue juristische Wochenschrift,** 1976, p. 1931.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 176/76 do VI Senado Civil, de 22 de novembro de 1977. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1978, p. 373.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 60/77 do VIII Senado Civil, de 28 de junho de 1978. **Neue juristische Wochenschrift,** 1978, p. 1859.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 211/77 do V Senado Civil, de 6 de outubro de 1978. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1979, p. 306.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 248/77 do VI Senado Civil, de 20 de novembro de 1979. **Neue juristische Wochenschrift,** 1980, p. 1106.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 313/78 do VII Senado Civil, de 6 de dezembro de 1979. **Neue juristische Wochenschrift**, 1980, p. 829.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 12/80 do VII Senado Civil, de 6 de

novembro de 1980. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 78, p. 346.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 168/81 do V Senado Civil, de 25 de março de 1983. **Neue juristische Wochenschrift,** 1983, p. 1605.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 211/82 do V Senado Civil, de 11 de novembro de 1983. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 89, p. 41.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 186/83 do III Senado Civil, de 14 de março de 1985. **Neue juristische Wochenschrift**, 1985, p. 1954.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 240/84 do III Senado Civil, de 5 de maio de 1986. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1987, p. 155.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 247/85 do V Senado Civil, de 10 de outubro de 1986. **Neue juristische Wochenschrift**, 1987, p. 1069.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença NotSt (Brfg) 2/86, de 13 de outubro de 1986. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1987, p. 556.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 166/86 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1987. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1987, p. 560.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 263/85 do III Senado Civil, de 22 de junho de 1987. **Neue juristische Wochenschrift**, 1987, p. 3250.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 306/86 do VII Senado Civil, de 24 de setembro de 1987. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 101, p. 393.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 98/87 do II Senado Civil, de 12 de outubro de 1987. **Neue juristische Wochenschrift**, 1988, p. 709.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 270/86 do VI Senado Civil, de 13 de outubro de 1987. **Neue juristische Wochenschrift,** 1988, p. 263.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 66/87 do IX Senado Civil, de 30 de junho de 1988. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1989, p. 234.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VII ZR 343/88 do VII Senado Civil, de 7 de dezembro de 1989. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report**, 1990,

p. 340.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença de 25.09.1990 - XI ZR 94/89, **Neue juristische Wochenschrift** 1991, 101.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 45/92 do IX Senado Civil, de 19 de novembro de 1992. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report** 1993, p. 301

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 151/92 do IX Senado Civil, de 4 de março 1993. **Neue juristische Wochenschrift,** 1993, p. 2041.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 251/92 do IX Senado Civil, de 01.07.1993. **Neue juristische Wochenschrift,** 1993, p. 2622.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 100/93 do IX Senado Civil, de 9 de dezembro de 1993. **Neue juristische Wochenschrift,** 1994, p. 726.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 158/93 do IX Senado Civil, de 17 de fevereiro de 1994. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1995, p. 125.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença II ZR 100/92 do II Senado Civil, de 6 de junho 1994. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 1994, p. 1314.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 151/95 do IX Senado Civil, de 8 de fevereiro de 1996. **Neue juristische Wochenschrift,** 1996, p. 1543.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 150/95 do IX Senado Civil, de 29 de fevereiro de 1996. **Neue juristische Wochenschrift,** 1996, p. 1823.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 4/96 do V Senado Civil, de 7 de março de 1997. **Neue juristische Wochenschrift,** 1997, p. 2104.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 152/96 do IX Senado Civil, de 20 de novembro de 1997. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 1998, p. 626.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 242/97 do IX Senado Civil, de 19 de março de 1998. **Neue juristische Wochenschrift,** 1998, p. 2134.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZR 17/98 do V Senado Civil, de 20 de novembro de 1998. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht,** 1999, p. 110.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 41/99 do IX Senado Civil, de 10 de fevereiro de 2000. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2001, p. 856.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença I ZR 290/00 do I Senado Civil, de 13 de março de 2003. **Neue juristische Wochenschrift,** 2003, p. 1932.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 75/01 do IX Senado Civil, de 24 de junho de 2003. **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen,** volume 155, p. 227.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 422/04 do III Senado Civil, de 7 de julho de 2005. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht – Wertpapiermitteilungen,** 2005, p. 1796.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença III ZR 292/07 do III Senado Civil, de 10 de julho de 2008. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2009, p. 45.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 219/10 do V Senado Civil, de 20 de janeiro de 2011. **Rheinische Notar-Zeitschrift**, 2011, p. 326.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 49/10 do IX Senado Civil, de 10 de fevereiro de 2011. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 2011, p. 779.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VIII ZR 94/10 do VIII Senado Civil, de 30 de março de 2011. **Neue juristische Wochenschrift,** 2011, p. 2874.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença NotSt(Brfg) 2/14, de 16 de março de 2015. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2015, p. 545.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença IX ZR 272/13 do IX Senado Civil, de 24 de setembro de 2015. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 2016, p. 242.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença VI ZR 271/14 do VI Senado Civil, de 13 de outubro de 2015. **Neue juristische Wochenschrift,** 2016, p. 1094.

ALEMANHA. TRIBUNAL FEDERAL. Sentença V ZB 37/15, de 9 de junho de 2016. **Deutsche Notar-Zeitschrift,** 2016, p. 957.

BRANDENBURG, ALEMANHA. Tribunal superior estadual de Brandenburg. Sentença 4 U 123/19, de 6 de novembro de 2019. **Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report,** 2020, p. 54.

Jurisprudência brasileira

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.013/RJ da 4ª Turma, Min. Rel. Athos Gusmão Carneiro, Brasília/DF, 30 de outubro de 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 47.047/SP da 1ª Turma, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, Brasília/DF, 17 de outubro de 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 57.991/SP da 4ª Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília/DF, 19 de agosto de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 155.242/RJ da 4ª Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília/DF, 15 de fevereiro de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 807.455/RS da 2ª Turma, Min. Rel. Eliana Calmon, Brasília/DF, 28 de outubro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.079.185/MG da 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, Brasília/DF, 11 de novembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.038.800/RJ da 2ª Turma, Min. Rel. Herman Benjamin, Brasília/DF, 20 de agosto de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.821.115/PI da 2ª Turma, Min. Rel. Herman Benjamin, Brasília/DF, 20 de fevereiro 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.015.453/MG da 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, Brasília/DF, 28 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.940.748/SP da 3ª Turma, Min. Rel. Marco Aurélio Bellizze, Brasília/DF, 23 de outubro de 2023.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 0728677-61.2022.8.07.0000 da 1ª Turma Cível, Des. Rel. Teófilo Caetano, Brasília/DF, 16 de dezembro de 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0054324-89.2018.8.16.0000 da 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Octavio Campos Fischer, Curitiba/PR, 20 de novembro de 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0036876-13.2014.8.19.0210 da 15ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Marília de Castro Neves Vieira,

Rio de Janeiro/RJ, 13 de fevereiro de 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2214567-33.2014.8.26.0000 da 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, São Paulo/SP, 4 de fevereiro de 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0111632-08.2012.8.26.0100 da 19ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Mario de Oliveira, São Paulo/SP, 10 de outubro de 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2222323-25.2016.8.26.000 da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Hamid Bdine, São Paulo/SP, 7 de dezembro de 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação de consignação em pagamento n. 1066520-23.2017.8.26.0100 da 9ª vara cível do foro central cível da comarca de São Paulo. Juiz Valdir da Silva Queiroz Junior, São Paulo/SP, 11 de julho de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2109405-10.2018.8.26.0000 da 20ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Rebello Pinho, São Paulo/SP, 3 de setembro 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2161587-36.2019.8.26.0000 da 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Luis Mario Galbetti, São Paulo/SP, 18 de dezembro de 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2027696-79.2020.8.26.0000 da 38ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Eduardo Siqueira, São Paulo/SP, 29 de abril de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2277783-89.2019.8.26.0000 da 11ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Gilberto dos Santos, São Paulo/SP, 11 de maio de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2026144-16.2019.8.26.0000 da 27ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Campos Petroni, São Paulo/SP, 9 de julho de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1046172-13.2019.8.26.0100 da 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Viviani Nicolau, São Paulo/SP, 9 de setembro de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1110268-71.2018.8.26.0100 da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Rel. Ricardo Negrão, São Paulo/SP, 10 de junho de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1110444-16.2019.8.26.0100 da 15ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Jairo Brazil Fontes Oliveira, São Paulo/SP, 10 de novembro de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1016498-27.2018.8.26.0002 da 27ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Alfredo Attié, São Paulo/SP, 23 de março de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1031689-96.2020.8.26.0114 da 13ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Heraldo de Oliveira, São Paulo/SP, 7 de agosto 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2099972-74.2021.8.26.0000 da 21ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Fábio Podestá, São Paulo/SP, 15 de outubro de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1016913-55.2019.8.26.0008 da 38ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Mario de Oliveira, São Paulo/SP, 18 de dezembro de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2073279-19.2022.8.26.0000 da 38ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Anna Paula Dias Costa, São Paulo/SP, 20 de julho de 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1000652-27.2020.8.26.0219 da 5ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Heloísa Martins Mimessi, São Paulo/SP, 17 de outubro de 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2194283-23.2022.8.26.0000 da 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. João Pazine Neto, São Paulo/SP, 18 de outubro de 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1004263-78.2016.8.26.0299 da 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. João Pazine Neto, São Paulo/SP, 23 de maio de 2023.

DEUTSCHE FASSUNG

INHALTSVERZEICHNIS

RESUMO 3
ZUSAMMENFASSUNG 4
ABSTRACT 5
VERSÃO BRASILEIRA 6
DEUTSCHE FASSUNG 418
INHALTSVERZEICHNIS 419
GLOSSAR 427
1. TEIL: EINLEITUNG. BEDEUTUNG UND FUNKTION DES ESCROW-AGREEMENTS 429
I.1. Interessenlage und wirtschaftliche Bedeutung 429
I.2. Charakteristika des Escrow-Agreements im U.S.-amerikanischen Recht 435
I.2.1. Einigung und Bestellung des Escrow-Agenten 437
I.2.2. Unterliegen einer *condition* 439
I.2.3. Verzicht auf den Besitz am Escrow-Gegenstand 439
I.2.4. Pflichten des Escrow-Agenten 440
I.2.5. Veruntreuung des Escrow-Gegenstands 441
I.2.6. Fazit 441
I.3. Aufnahme des Escrow-Agreements in Deutschland und Brasilien. Gang der Untersuchung 442
2. TEIL: DAS ESCROW-AGREEMENT IM ALLGEMEINEN 445
II.1. Umschreibung des Escrow-Agreements 445
II.1.1. Deutschland 445
II.1.2. Brasilien 447
II.1.3. Eigene Umschreibung 449
II.2. Wesentliche Merkmale 449
II.2.1. Bedingte Auslieferung des Gegenstands 450
II.2.1.1. Deutschland 451
II.2.1.1.1. Einteilung als Bedingung 451
II.2.1.1.1.1. Keine Potestativität 452
II.2.1.1.1.2. Begründung eines Anwartschaftsrechts 453
II.2.1.1.2. Auswirkungen auf die Schwebephase 454
II.2.1.1.2.1. Vorzeitige Auslieferung 454
II.2.1.1.2.2. Zwischenverfügungen 455

II.2.1.2. Brasilien ... 456
II.2.1.2.1. Einteilung als Bedingung ... 456
II.2.1.2.1.1. Keine Potestativität ... 459
II.2.1.2.1.2. Begründung eines Anwartschaftsrechts ... 460
II.2.1.2.2. Auswirkungen auf die Schwebephase ... 461
II.2.1.2.2.1. Vorzeitige Auslieferung ... 461
II.2.1.2.2.2. Zwischenverfügungen ... 461
II.2.1.3. Fazit ... 463
II.2.2. Verhinderung von Verfügungen und Besitzübertragungen ... 463
II.2.2.1. Deutschland ... 464
II.2.2.1.1. Übertragung des unmittelbaren Besitzes ... 466
II.2.2.1.1.1. Ungeeignete Gegenstände ... 466
II.2.2.1.1.2. Bewegliche Sachen ... 467
II.2.2.1.2. Vollrechtsübertragung ... 469
II.2.2.2. Brasilien ... 470
II.2.2.2.1. Übertragung des unmittelbaren Besitzes ... 472
II.2.2.2.1.1. Ungeeignete Gegenstände ... 472
II.2.2.2.1.2. Bewegliche Sachen ... 473
II.2.2.2.2. Vollrechtsübertragung ... 477
II.2.2.3. Insbesondere: Software-Escrow ... 478
II.2.2.4. Fazit ... 479
II.2.3. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Escrow-Agenten ... 479
II.2.4. Erfüllungs- und Sicherungszweck ... 484
II.3. Gestaltungsformen ... 487
II.3.1. Besitz-Escrow und Vollrecht-Escrow ... 488
II.3.2. Echtes und unechtes Escrow-Agreement ... 493
II.3.3. Ersatz-Escrow und Alternative-Escrow ... 496
II.3.4. Uni- oder multidirektionales Escrow-Agreement ... 496
II.4. Rechtsnatur ... 499
II.4.1. Deutschland ... 500
II.4.1.1. Escrow-Agreement als doppelnützige Treuhand ... 500
II.4.1.1.1. Treuhandbegriff ... 500
II.4.1.1.2. Treuhandarten ... 503
II.4.1.1.2.1. Nach dem Zweck der Treuhand ... 503
II.4.1.1.2.2. Nach der Interessenausrichtung ... 504

II.4.1.1.2.3. Nach der Art der Rechtsposition am Treugut 507
II.4.1.1.2.4. Nach dem Mittel der Erlangung der Rechtsposition 508
II.4.1.1.3. Zuordnung des Escrow-Agreements zur Treuhand 508
II.4.1.1.3.1. Treuhand als Geschäftsbesorgung 508
II.4.1.1.3.2. Werkvertraglicher Charakter 511
II.4.1.1.4. Escrow-Agreement als gemischter Vertrag? 513
II.4.1.1.5. Der Escrow-Account 515
II.4.1.1.6. Zwischenergebnis 518
II.4.1.2. Notarielle Verwahrung als Analogiequelle 519
II.4.1.2.1. Planwidrige Lücke im Gesetz 519
II.4.1.2.2. Vergleichbarkeit der Interessenlage 521
II.4.2. Brasilien 526
II.4.2.1. Abgrenzung von ähnlichen Figuren 527
II.4.2.1.1. Verwahrungsvertrag 528
II.4.2.1.2. Freiwillige Sequestration 533
II.4.2.1.3. Geschäftsbesorgung 534
II.4.2.1.4. Sicherungsübereignung und -abtretung 539
II.4.2.2. Escrow-Agreement als fiduziarisches Geschäft 541
II.4.2.2.1. Zuordnung zu den fiduziarischen Geschäften 541
II.4.2.2.1.1. Rechtliche Einordnung fiduziarischer Geschäfte 541
a) Würdigung bisheriger Einordnungen 541
b) Eigener Ansatz 546
II.4.2.2.1.2. Arten fiduziarischer Geschäfte 553
II.4.2.2.1.3. Das „doppelfiduziarische“ Rechtsgeschäft 554
II.4.2.2.1.4. Zwischenergebnis 557
II.4.2.2.2. Bestimmung anwendbarer Gesetzesvorschriften 557
II.4.2.2.2.1. Die Methoden 558
II.4.2.2.2.2. Stellungnahme 561
II.4.2.2.2.3. Zwischenergebnis 565
II.4.2.2.3. Insbesondere: der Escrow-Account 565
II.4.2.2.3.1. Bank als Escrow-Agent 565
II.4.2.2.3.2. Notarieller Escrow-Account 568
II.5. Besitzrechtliche Aspekte 569
II.5.1. Deutschland 570
II.5.2. Brasilien 574

II.5.3. Fazit 577
II.6. Verhältnis zum Hauptgeschäft 578
II.6.1. Vertragsverbindung 578
II.6.1.1. Deutschland 579
II.6.1.2. Brasilien 582
II.6.1.3. Fazit 587
II.6.2. Auslegungsstrenge 588
II.6.2.1. Deutschland 588
II.6.2.2. Brasilien 589
II.6.2.3. Fazit 591
II.6.3. Erfüllung des Hauptgeschäfts 591
II.6.3.1. Deutschland 592
II.6.3.1.1. Theorie der Änderung des Leistungsgegenstands 593
II.6.3.1.2. Theorie des gestreckten Erfüllungsvorgangs 595
II.6.3.1.3. Stellungnahme 596
II.6.3.2. Brasilien 600
II.6.3.2.1. Abgrenzung von ähnlichen Figuren 601
II.6.3.2.2. Gläubigerbefriedigung durch Escrow-Agreement 604
II.6.3.2.2.1. Ersatz-Escrow 606
II.6.3.2.2.2. Alternative-Escrow 608
II.6.3.2.2.3. Risikoverteilung 609
II.6.3.3. Fazit 613
II.7. Escrow-Agreement im Innenverhältnis 614
II.7.1. Vertragsentstehung 614
II.7.1.1. Pflicht zum Abschluss des Escrow-Agreements 614
II.7.1.1.1. Deutschland 614
II.7.1.1.2. Brasilien 615
II.7.1.2. Form und Bedürfnis nach Übergabe der Sache 616
II.7.1.2.1. Deutschland 616
II.7.1.2.2. Brasilien 617
II.7.1.2.3. Fazit 623
II.7.2. Sich über das ganze Verhältnis erstreckende Rechte und Pflichten 624
II.7.2.1. Interessenwahrnehmung 624
II.7.2.1.1. Deutschland 624
II.7.2.1.2. Brasilien 627

II.7.2.1.3. Fazit 629
II.7.2.2. Weisungswiderruf 629
II.7.2.2.1. Deutschland 630
II.7.2.2.2. Brasilien 635
II.7.2.2.3. Fazit 637
II.7.2.3. Vergütung des Escrow-Agenten 637
II.7.2.3.1. Deutschland 638
II.7.2.3.1.1. Gesamtschuldnerschaft 638
II.7.2.3.1.2. Aufrechnung 639
II.7.2.3.2. Brasilien 642
II.7.2.3.2.1. Gesamtschuldnerschaft 643
II.7.2.3.2.2. Aufrechnung 643
II.7.2.3.2.3. Exkurs: Retentionsrecht des Escrow-Agenten 646
II.7.2.3.3. Fazit 647
II.7.3. Einlieferungsphase 648
II.7.3.1. Einlieferungs- und Empfangspflichten 648
II.7.3.1.1. Deutschland 648
II.7.3.1.1.1. Anspruch auf Einlieferung 648
II.7.3.1.1.2. Einlieferungszeitpunkt 649
II.7.3.1.1.3. Einreden und Einwendungen des Hinterlegers 650
II.7.3.1.1.4. Empfangspflicht 652
II.7.3.1.2. Brasilien 653
II.7.3.1.2.1. Anspruch auf Einlieferung 653
II.7.3.1.2.2. Einlieferungszeitpunkt 654
II.7.3.1.2.3. Einwendungen des Hinterlegers 654
II.7.3.1.2.4. Empfangspflicht 656
II.7.3.1.3. Fazit 657
II.7.3.2. Rügepflicht 658
II.7.3.2.1. Deutschland 658
II.7.3.2.2. Brasilien 660
II.7.3.2.3. Fazit 661
II.7.4. Schwebephase 661
II.7.4.1. Aufbewahrungspflicht 662
II.7.4.1.1. Deutschland 662
II.7.4.1.2. Brasilien 663

II.7.4.1.3. Fazit 664
II.7.4.2. Rückgabeverbot 665
II.7.4.2.1. Deutschland 665
II.7.4.2.2. Brasilien 666
II.7.4.2.3. Fazit 666
II.7.4.3. Verteilung der Früchte 666
II.7.4.3.1. Deutschland 667
II.7.4.3.2. Brasilien 670
II.7.4.3.3. Fazit 672
II.7.5. Auslieferungsphase 672
II.7.5.1. Auslieferungspflicht 672
II.7.5.1.1. Deutschland 673
II.7.5.1.2. Brasilien 677
II.7.5.1.3. Fazit 680
II.7.5.2. Auslieferung wegen vorzeitiger Beendigung des Vertrags 680
II.7.5.3. Hinterlegung durch den Escrow-Agenten 682
II.7.5.3.1. Deutschland 682
II.7.5.3.2. Brasilien 684
II.7.5.3.3. Fazit 685
II.7.5.4. Abtretung und Pfändung des Auslieferungsanspruchs 685
II.7.5.4.1. Deutschland 686
II.7.5.4.2. Brasilien 688
II.7.5.4.3. Fazit 691
II.8. Escrow-Agreement in der Zwangsvollstreckung 692
II.8.1. Deutschland 693
II.8.1.1. Vollstreckung durch Gläubiger des Escrow-Agenten 694
II.8.1.1.1. Sicherungstreuhand 694
II.8.1.1.2. Erfüllungstreuhand 694
II.8.1.1.3. Verwaltungstreuhand 694
II.8.1.1.3.1 Trennung formellen und materiellen Eigentums 695
II.8.1.1.3.2. Das Unmittelbarkeitsprinzip 695
II.8.1.1.3.3. Ausnahme zur Unmittelbarkeit: offene Treuhandkonten 697
II.8.1.1.3.4. Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips? 699
a) Offenkundigkeit 700
b) Bestimmtheit 700

c) Verdinglichung obligatorischer Rechte 700
d) Sondervermögensbildung 702
e) Theorie der Gefahrtragung 704
II.8.1.1.3.5. Zwischenergebnis 706
II.8.1.1.4. Doppeltreuhand 707
II.8.1.1.5. Konsequenzen für das Escrow-Agreement 707
II.8.1.2. Vollstreckung durch Gläubiger der Hauptparteien 708
II.8.1.2.1. Sicherungstreuhand 708
II.8.1.2.2. Erfüllungstreuhand 709
II.8.1.2.3. Verwaltungstreuhand 709
II.8.1.2.4. Doppeltreuhand 710
II.8.1.2.5. Konsequenzen für das Escrow-Agreement 711
II.8.2. Brasilien 712
II.8.2.1. Vollstreckung durch Gläubiger des Escrow-Agenten 713
II.8.2.2. Vollstreckung durch Gläubiger der Hauptparteien 715
II.8.3. Fazit 721
3. TEIL: DAS ESCROW-AGREEMENT IN DER VERÄUSSERUNG VON GESELLSCHAFTSANTEILEN 724
III.1. Deutschland 725
III.1.1. Rechtsnatur 725
III.1.2. Vertragsverbindung 726
III.1.3. Erfüllungswirkung 726
III.1.4. Form 726
III.1.5. Weisungen 727
III.1.6. Einzahlung des Kaufpreiseinbehalts 727
III.1.7. Früchte des Escrow-Accounts 728
III.2. Brasilien 729
III.2.1. Rechtsnatur 729
III.2.2. Vertragsverbindung 730
III.2.3. Erfüllungswirkung 730
III.2.4. Form 731
III.2.5. Weisungen 731
III.2.6. Einzahlung des Kaufpreiseinbehalts 731
III.2.7. Früchte des Escrow-Accounts 732
4. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN 734

LITERATURVERZEICHNIS 759
ENGLISH SUMMARY 783
APÊNDICE 1 / ANHANG 1 809
APÊNDICE 2 / ANHANG 2 842
APÊNDICE 3 / ANHANG 3 861

GLOSSAR

Berechtigter	Die Hauptpartei, die durch den Eintritt bzw. durch den Ausfall der Escrow-Bedingung zum Herausgabeverlangen des Escrow-Gegenstands berechtigt wird, d. h. den Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten erwirbt.
Begünstigter	Die Partei, deren Forderung gegen den Hinterleger durch das Escrow-Agreement gesichert und erfüllt wird
BeurkG	Das deutsche Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969.
BGB	Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896.
BGH	Der deutsche Bundesgerichtshof.
BORA	Die deutsche Berufsordnung für Rechtsanwälte, Fassung vom 01.10.2023.
BRAO	Die deutsche Bundesrechtsanwaltsordnung vom 01.08.1959.
CC	Das brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch (*Código Civil*) vom 10. Januar 2002 (Gesetz 10.406/2002).
CC1916	Das außer Kraft getretene brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch (*Código Civil*) vom 1. Januar 1916 (Gesetz 3.071/1916).
CPC	Das brasilianische Zivilprozessgesetzbuch (*Código de Processo Civil*) vom 16. März 2015 (Gesetz 13.105/2015).
CVM	Die brasilianische Aufsichtsbehörde des Wertpapiermarkts (*Comissão de Valores Mobiliários*).
GG	Das deutsche Grundgesetz, vom 23. Mai 1949.
GmbHG	Das deutsche Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892.
HGB	Das deutsche Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Hauptforderung	Die aus dem Hauptgeschäft hervortretenden Forderung, die mittels des Escrow-Agreements zu sichern und zu erfüllen ist.
Hauptgeschäft	Das dem Escrow-Agreement zugrunde liegende Rechtsgeschäft zwischen den Hauptparteien. Aus dem Hauptgeschäft stammt die (Haupt-) Forderung des Begünstigten, welche durch die Tätigkeit des Escrow-Agenten abgewickelt wird.
Hauptparteien	Beide der Begünstigte und der Hinterleger zusammen.

Hinterleger	Die Partei, die zur Sicherung und Erfüllung einer Schuld gegenüber dem Begünstigten den Escrow-Gegenstand beim Escrow-Agenten hinterlegt.
InsO	Die deutsche Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994.
KO	Die außer Kraft getretene deutsche Konkursordnung vom 1. Oktober 1879.
LSA	Das brasilianische Aktiengesetz (*Lei das Sociedades por Ações*) vom 15. Dezember 1976 (Gesetz 6.404/76).
M&A	Aus dem Englischen *mergers & acquisitions*, d. h. die Praxis des Anteils- und Unternehmenskaufs sowie Umwandlungen und Verschmelzungen.
M&A-Escrow	Das typischerweise in Anteilskauftransaktionen verwendete Escrow-Agreement, bei dem ein Kaufpreiseinbehalt vereinbart und beim Escrow-Agenten hinterlegt wird, wobei die Auszahlungsbedingung in der Erteilung einer gemeinsamen Instruktion der Hauptparteien besteht. Siehe Kap. III.
PAO	Die deutsche Patentanwaltsordnung vom 07.09.1966.
STJ	Der brasilianische oberste Gerichtshof (*Superior Tribunal de Justiça*).
SUSEP	Die brasilianische Versicherungsaufsichtsbehörde (*Superintendência de Seguros Privados*).
VVG	Das deutsche Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007.
ZPO	Die deutsche Zivilprozessordnung vom 12. September 1950. Stand: 22. Dezember 2023.

1. TEIL: EINLEITUNG. BEDEUTUNG UND FUNKTION DES ESCROW-AGREEMENTS

I.1. Interessenlage und wirtschaftliche Bedeutung

In allen Verträgen ist die Partei dem Leistungsunvermögen der Gegenpartei ausgesetzt. Obwohl die Rechtssysteme Werkzeuge zur Bewältigung solcher Gefahr zur Verfügung stellen (wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags), streben die Parteien oft nach weiteren Schutzmechanismen gegen die Nichterfüllung, wie Absicherungen und Ratenzahlungen. Eine besondere Art des Schutzes gegen Leistungsstörungen ist die zeitliche Verzahnung der Leistungen, sodass eine Partei ihre Leistung nicht vor der Gegenleistung anbieten muss. Das Vorleistungsrisiko könnte z. B. durch die Vereinbarung einer Leistung Zug-um-Zug oder einer aufschiebenden Bedingung erreicht werden. Aber dies trägt nicht vollkommen dem Vorleistungsrisiko Rechnung, da Ansprüche wegen bspw. nicht wie geschuldet erbrachter Leistung erst nach dem Leistungsaustausch entstehen können.

Auf der anderen Seite müssen manche zum Vollzug der Transaktion notwendigen Vorkehrungen vernünftigerweise vor dem Leistungsaustausch durchgeführt werden. Der Grundstücksverkäufer will sich typischerweise nur dann bemühen, die Grundstücksbelastungen im Grundbuch zu löschen, wenn er den Kaufpreis erhalten hat oder die Zahlung wenigstens sichergestellt ist. Vergleichsweise will der Lizenznehmer nur dann die Software installieren lassen und die dazu anfallenden Lizenzgebühren zahlen, wenn sichergestellt wird, dass bei Insolvenz des Lizenzgebers die Software durch den Lizenznehmer ausgeführt werden kann.

In der typischen M&A-Konstellation beabsichtigt der Anteilskäufer den Kaufpreis zum Zeitpunkt des Leistungsaustauschs mindestens teilweise einbehalten, weil Ansprüche aus dem Anteilskauf gegen den Verkäufer erst in der Zukunft entstehen können, etwa in Form von Garantie- und Freistellungsansprüchen. Es wäre ein sinnloser Austausch von Geld

[1], den vollen Preis erst einmal zu zahlen, nur um später Geld vom Verkäufer (zurück) zu verlangen. Das ist besonders wichtig, wenn mehrere Personen auf der Verkäuferseite stehen und gerichtliche Klagen gegen die einzelnen Verkäufer prozessual kompliziert erscheinen. Außerdem besteht die Gefahr, dass die Bonität des Verkäufers bis zum Zeitpunkt der

[1] Für Vereinfachungszwecke bedeutet in dieser Arbeit „Geld“ „Buchgeld“, es sei denn, dass explizit Anderes gesagt wird.

Geltendmachung der Ansprüche nicht anhält (etwa, weil er das Geld verwirtschaftet hat).[2] Um diese Situation zu vermeiden, schlägt der Käufer meistens einen Kaufpreiseinbehalt vor, damit er solche Ansprüche gegen den ausstehenden Preis aufrechnen kann (*Holdback*).[3]

Aus der Sicht des Anteilsverkäufers wäre ein schlichtes Holdback abzulehnen. Denn der Käufer könnte fernliegende Ansprüche erheben, nur um die Auszahlung an den Verkäufer zu verweigern und somit das Geld zurückzuhalten, solange kein Vergleich getroffen oder ein rechtskräftiges Urteil erlassen wird.[4] Der Verkäufer müsste also auf die Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft des Käufers vertrauen.[5] Zum Nachteil des Verkäufers treten Opportunitätskosten hinzu, da er nicht sofort über den vollen Kaufpreis verfügen kann.

Um diese konfligierenden Interessen in Ausgleich zu bringen, hat die Kautelarpraxis mit dem Escrow-Agreement eine bestimmte Praxis der Zahlungsabwicklung entwickelt. Anstatt den Leistungsgegenstand unmittelbar dem Begünstigten zu übertragen, liefert der Schuldner (der Hinterleger) ihn bei einem neutralen, unabhängigen Dritten (den Escrow-Agenten) ein, der sich verpflichtet, dem Gläubiger (dem Begünstigten) den Gegenstand nur beim Eintritt gewisser festgelegten Bedingungen weiterzuleiten. Die Bedingungen sollen sachlogisch Ausbleiben von Ansprüchen des Hinterlegers gegen den Begünstigten sowie Abschluss aller dem vertragsgemäßen Vollzug der Transaktion zugrundeliegenden Vorkehrungen beinhalten.[6] Durch die Leistungsbewirkung über den Escrow-Agenten werden also Vorleistungen vermieden und die Sicherstellung des Leistungsaustauschs bewerkstelligt.

Zum einen vergewissert sich der Begünstigte, dass ihm der Gegenstand nicht mehr verweigert werden kann, denn er wird dem Einfluss des Hinterlegers entzogen[7] und der Escrow-Agent hat strikte Weisungen, bei Bedingungseintritt den Gegenstand weiterzugeben. Zum anderen wird eine Vorleistung seitens des Hinterlegers vermieden, da der Escrow-Agent den Gegenstand nur bei Bedingungseintritt an den Begünstigten weiterleitet, vorausgesetzt dass die Vorbereitungsmaßnahmen zum Leistungsaustausch erfolgreich durchgeführt worden sind und/oder im Hauptgeschäft keine einschlägigen Ansprüche gegen den Begünstigten festgestellt

[2] Vgl. *American Bar Association*, Model Stock Purchase Agreement, Bd. I, S. 53; *Kling/Nugent*, Negotiated Acquisitions of Companies, § 15.06[3]; *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 166.
[3] Vgl. Kiem/*Neuhaus*, Kaufpreisregelungen, § 4, Rn. 64.
[4] Vgl. *Knott*, Unternehmenskauf, Rn. 950.
[5] Vgl. *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf, S. 96.
[6] Vgl. *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen /Paul, Private Equity, Kap. I, 9a)bb), Rn. 4 (Treuhandbetrag und Haltefristen sollen sich sinnvollerweise an den Risiken bzw. Laufzeit der Garantien und Gewährleistungen orientieren).
[7] Vgl. *Byrne*, Escrows and Bankruptcy, S. 761; *American Bar Association*, Model Stock Purchase Agreement, Bd. I, S. 55.

werden. Die Interessen beider Parteien werden mithin berücksichtigt.[8] Ferner benötigen die Hauptparteien keine weiteren Gegenstände – bspw. Realsicherheiten – für die Transaktion, weil der Leistungsgegenstand selbst als Sicherheit fungiert.

In der Praxis werden Gegenstände wie Gesellschaftsanteile, Software und vor allem Geld „in Escrow" abgegeben, vorwiegend zur Zahlungsabwicklung und Transaktionssicherung. Die Geschäftsbranchen, wo das Escrow-Agreement benutzt wird, reichen von Grundstückskäufen über Softwarelizenzverträge bis hin zu M&A-Transaktionen.[9]

In der typischen Konstellation einer M&A-Transaktion einigen sich die Hauptparteien, dass ein Teil des Kaufpreises in einem Escrow-Account unter Obhut des Escrow-Agenten aufbewahrt wird, bis die Hauptparteien beim ihm eine gemeinsame Instruktion einreichen. In anderer Fallgestaltung wird ein bestimmter Zeitpunkt für die Auszahlung festgelegt, es sei denn, dass der Anteilskäufer vor diesem Zeitpunkt einen Anspruch gegen den Verkäufer im Kontext des Anteilskaufs geltend macht. Dann muss der Escrow-Agent den strittigen Betrag behalten und ein gerichtliches Urteil oder einen Vergleich der Hauptparteien abwarten. Erweist sich der Anspruch als begründet, muss er an den Käufer das Geld zurücküberweisen; fehlt aber eine solche Geltendmachung eines Anspruchs bis zum maßgeblichen Zeitpunkt oder wird die Klage des Käufers abgelehnt, so muss das Geld an den Verkäufer weitergeleitet werden.[10]

Das Behalten des Gegenstands beim Escrow-Agenten erstellt, was die strittigen Ansprüche angeht, ein gewisses Gleichgewicht der Verhandlungsmacht zwischen den Hauptparteien. Der Käufer gewinnt so gut wie nichts dadurch, dass er unbegründete Ansprüche erhebt und eine Aufrechnung willkürlich herbeiführt, weil das Geld nicht mehr unter seiner Gewalt steht. Der Verkäufer seinerseits kann ebenfalls nicht das Geld verwenden, solange Käuferansprüche ausstehen. Die Parteien haben demzufolge einen starken Anreiz, einen Vergleich bezüglich der beiderseitigen Ansprüche zu treffen, damit jeder seinen Anteil am hinterlegten Geld schnellstmöglich erlangt.[11]

Das Escrow-Agreement ist nicht die einzige mögliche Absicherung bei M&A-Transaktionen. Um die Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer (etwa aus Garantieversprechen oder Freistellungen) zu sichern, kommen in der Praxis herkömmlich auch Holdbacks,

[8] Vgl. *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen /Paul, Private Equity, Kap. I, 9a)bb), Rn. 3 (sowohl Mängelrechte als auch Kaufpreiszahlungsansprüche werden abgesichert). ähnlich: Kiem/*Neuhaus*, Kaufpreisregelungen, § 4, Rn. 62.
[9] Vgl. *Byrne*, Escrows and Bankruptcy, 762.
[10] Vgl. *Freund*, Anatomy of a Merger, S. 386; *Herwig* in: Jaletzke/Henle, M&A Agreements in Germany, Kap. IV.5, Anm. 7a); *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 183 f.
[11] Vgl. *Kling/Nugent*, Negotiated Acquisitions of Companies § 15.06[3]; *Freund*, Anatomy of a Merger, S. 384.

Bankbürgschaften und Gesellschaftersicherheiten vor.

Holdbacks sind aus Verkäufersicht angesichts der Gründe oben nicht beliebt.

Bankbürgschaften erfordern i. d. R. Rückgarantien und bringen hohe Kosten mit sich.[12] Außerdem müssen die Voraussetzungen der Inanspruchnahme des Bürgen sehr klar und einfach definiert werden, damit die Verwirklichung der Garantie nicht unverhältnismäßig erschwert wird. Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, würde der Käufer wohl eine Garantie auf erstes Anfordern verlangen, welche von ihm leicht missbraucht werden könnte, während der Verkäufer zumindest eine von seiner Bestätigung abhängige Garantie verlangen würde.[13]

Diese Schwierigkeiten können durch die Übernahme einer Bürgschaft oder einer Mithaftung (etwa im Wege einer Gesamtschuld) durch einen Gesellschafter des Verkäufers oder ein Unternehmen desselben Konzerns abgeschwächt werden. Diese Alternative hat für den Verkäufer den Vorteil, dass sie geringe Kosten in sich birgt und keine Rückgarantien erfordert, allerdings den Nachteil, dass der garantiegewährende Gesellschafter im Regelfall diese Mithaftung in seiner Bilanz vermerken muss (§ 251 HGB;[14] Art. 176, § 5º, inc. IV, d, LSA). Für den Käufer hat sie andererseits den Nachteil, dass der Bürge bzw. Mithaftende nicht immer Bonität bzw. Liquidität aufweist und ebenso wenig bereit ist, die Käuferansprüche zu befriedigen, wie der Verkäufer selbst.

Das Escrow-Agreement ist im Vergleich zu diesen herkömmlichen Alternativen vorteilhaft. Erstens sind keine Rückgarantien notwendig, wie im Fall der Bankbürgschaft. Zweitens sind die verbundenen Kosten im Vergleich zur Bankbürgschaft geringer. Drittens werden weder Käufer noch Verkäufer der Bonität und Liquidität sowie der Zahlungsbereitschaft des Vertragspartners ausgesetzt, weil das Geld typischerweise zum Zeitpunkt des *Closings* hinterlegt wird.[15] Auf der Kehrseite können die Parteien während der Laufzeit des Escrow-Agreements nicht auf den hinterlegten Kaufpreisteil zugreifen,[16] was zu Opportunitätskosten führt. Hinzu kommt, dass die Absicherung auf die hinterlegte Summe begrenzt ist,[17] was sich besonders problematisch erweist bei bspw. Umweltgarantien, deren Verletzung enorme Schäden verursachen kann.

Zwischendurch hat sich die *Warranties and Indemnities* Versicherung („W&I-

[12] Vgl. *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659 (661); *Botrel*, Fusões e aquisições, S. 320.
[13] Vgl. *Meyer-Sparenberg/*Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, § 48, Rn. 133.
[14] Vgl. *Meyer-Sparenberg/*Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, § 48, Rn. 134.
[15] Vgl. *Botrel*, Fusões e aquisições, S. 318.
[16] Vgl. *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659 (661).
[17] Wobei dieser Nachteil zumindest teilweise durch die gewöhnliche Vereinbarung von Haftungshöchstgrenzen (sog. *Indemnifitcation Caps*) im Kaufvertrag gemildert wird.

Versicherung“) als Absicherungsalternative für M&A-Transaktionen in Deutschland etabliert[18] und somit die Gestaltungsvariante der Escrow-Agreements weitestgehend verdrängt. Hier muss zwischen der sog. „Käuferpolice“ und der „Verkäuferpolice“ unterschieden werden. Bei einer Käuferpolice bietet der Versicherer dem Käufer Deckung für die aus der Verletzung von Garantievereinbarungen und Gewährleistungen des Kaufvertrags resultierende Eigenschäden an. Diese Police ist also als Eigenschadensversicherung zu qualifizieren.[19] Auf den Regress gegen den Verkäufer – soweit dieser nicht mit Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gehandelt hat – verzichtet der Versicherer.[20] Bekannte und sich sicher realisierende Risiken werden nicht durch W&I-Versicherung abgedeckt.[21] Bei einer Verkäuferpolice wird eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen: Der Verkäufer haftet weiterhin für die Gewährleistungen und Garantieversprechen des Kaufvertrags, wird aber für seine Haftung gegenüber dem Käufer abgedeckt.[22] Die Verkäuferpolice kommt aber mittlerweile selten vor.[23]

Die W&I-Versicherung kann für beide Parteien sehr vorteilhaft sein. Auf der einen Seite wird der Verkäufer durch den Einsatz einer W&I-Versicherung begünstigt, indem ihm z. B. ein „Clean-Exit“ ohne Haftungsrücklagen ermöglicht wird. Das ist besonders von Bedeutung für Investmentfonds, die nach Empfangnahme des Kaufpreises aufgelöst werden müssen und dementsprechend lange Haftungszeiten nach der Transaktionsdurchführung vermeiden wollen.[24] Außerdem kann der Verkäufer sofort über den vollen Kaufpreis verfügen und somit Opportunitätskosten minimieren. Ferner braucht der Verkäufer nicht, um jedes Wort der Garantien zu „kämpfen“, um seine eigene Haftung weitestgehend zu vermeiden; umgekehrt hat er einen Anreiz zur Offenbarung von Informationen, weil er dadurch das Risiko einer Handlung mit Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit – die gerade nicht abgedeckt werden – minimiert.

Auf der anderen Seite bietet die W&I-Versicherung auch für den Käufer zahlreiche Vorteile. Er kann auf das (wohl größere) Vermögen des Versicherers zurückgreifen, um seine Ansprüche zu befriedigen.[25] Überdies gibt es bei W&I-Versicherungen einen größeren Verhandlungsspielraum in Hinsicht auf die Haftungshöchstgrenze, die Laufzeit der Versicherung und die Bagatellgrenzen (*de minimis*),[26] nur um einige Beispiele zu nennen. Der Wettbewerb

[18] Vgl. *Daghles/Haßler*, GWR 2016, 455.
[19] Vgl. *Doll/Mackensen* in: Eilers/Koffka/Mackensen /Paul, Private Equity, Kap. I, 6, Rn. 3.
[20] Vgl. *Hoenig/Klingen*, NZG 2016, 1244 (1246).
[21] Die Möglichkeit besteht trotzdem, bekannte Risiken mittels einer sog. *Contingent Liability Insurance* Police zu decken. Siehe ausführlich dazu: *Boche/Luettges*, BB 2020, 2764.
[22] Vgl. *Doll/Mackensen* in: Eilers/Koffka/Mackensen /Paul, Private Equity, Kap. I, 6, Rn. 5.
[23] Vgl. *Hoenig/Klingen*, NZG 2016, 1244 (1245).
[24] Vgl. *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659 (661 f.); *Hoenig/Klingen*, NZG 2016, 1244 (1245).
[25] Vgl. *Hoenig/Klingen*, NZG 2016, 1244 (1245).
[26] Vgl. *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659 (660).

zwischen den Versicherern wirkt sich begünstigend auf die Höhe der Versicherungsprämie aus.[27] Ferner schont die Geltendmachung der Käuferansprüche gegen den Versicherer die Beziehung mit dem Verkäufer, der möglicherweise nach dem Abschluss der Transaktion weiter in der Geschäftsführung der Zielgesellschaft arbeiten wird.[28]

Angesichts dieser Vorzüge, die die W&I-Versicherung zu einer zügigen Verbreitung vorangetrieben haben, verbleibt dem Escrow-Agreement ein eher kleiner Nutzungsbereich in der deutschen M&A-Praxis. Das Escrow-Agreement wird aber weiterhin eingesetzt, wenn bspw. kein Versicherer bereit ist, bei einer Transaktion Deckung anzubieten, etwa weil die damit verwandten Risiken zu hoch sind. In Bereichen außerhalb M&A besteht das Escrow-Agreement weiterhin als wichtige Absicherungsmöglichkeit, etwa im Fall von Softwarelizenzverträgen.[29]

In Brasilien ist hingegen die Nutzung von Versicherungsprodukten in M&A-Transaktionen unüblich. Obwohl Versicherungsdeckungen für Gewährleistungsansprüche und Garantieverletzungen aus M&A-Transaktionen seit 2014 in Brasilien vermarktet werden, hat sich diese Absicherungsart bisher nicht durchgesetzt.[30] Die Ursachen dafür sind nicht leicht nachvollziehbar. Regulatorische Gründe bilden am wahrscheinlichsten das größte Hindernis für die Verbreitung der W&I-Versicherung in Brasilien. Bis zum 1. Mai 2022[31] galt laut Kreismeldung Nr. 477/2013 der Versicherungsaufsichtsbehörde (*Circular SUSEP 477/2013*) eine strikte Regelung für die sog. Garantie-Versicherungen (*Seguros Garantia*), unter welche die W&I-Versicherung fällt.[32] Die Versicherungsgesellschaften hatten wenig Gestaltungsspielraum, ein den Marktbedürfnissen angepasstes Versicherungsprodukt zu schaffen. Um einige Beispiele zu nennen, musste mit wenigen Ausnahmen die Laufzeit der Police der Frist der versicherten Pflicht entsprechen (Art. 8), und Selbstbehalte sowie Karenzzeiten waren nicht erlaubt (Art. 10). Wohl wegen der bisherigen geringen Nachfrage ist in der brasilianischen

[27] Vgl. *Daghles/Haßler*, GWR 2016, 455 (456) (ca. 0,75% bis 2% der Versicherungssumme); *Hoenig/Klingen*, NZG 2016, 1244 (1248) (ca. 1-2 % der Deckungssumme; bei weniger risikoträchtigen Transaktion sogar unter 1 %); *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659 (665) (ca. 1-1,75 %).
[28] Vgl. *Jakobs/Franz*, VersR 2014, 659 (664).
[29] Zum Einsatz von Escrow-Agreements im Kontext von Softwarelizenzverträgen siehe Kap. II.2.2.3.
[30] Vgl. *Adamek/Conti/Ferrigno*, O seguro W&I, S. 549 (dieses Thema „krabbelt" noch in Brasilien). Die erste durch die Versicherungsaufsichtsbehörde („*SUSEP – Superintendência de Seguros Privados"*) zugelassene Police wurde durch AIG Seguros Brasil S.A. angeboten (SUSEP-Verfahren Nr. 15414.900394/2013-36).
[31] Davor waren die *Seguros Garantia* der Regelungen von Kreismeldungen 214/2002 (vom 18.3.2003 bis 3.6.2003) und 232/2003 (vom 4.6.2003 bis 30.9.2013) unterworfen.
[32] Nach Arts. 2, 4 und 5 der Kreismeldung Nr. 477/2013 bezweckt die *Seguro Garantia*, die Erfüllung der Schuldnerpflichten aus einem Vertrag mit dem Versicherten zu sichern. Nach allgemeiner Auffassung fallen dementsprechend die Versicherungsdeckungen für Privatunternehmen gegen Nichterfüllungsrisiken aus Rechtsbeziehungen mit Dritten z. B. aus Kaufverträgen unter den Begriff des *Seguro Garantia* (vgl. *Buranello*, Do contrato de seguro, S. 192 f.).

rechtswissenschaftlichen Literatur vermutlich nur eine Arbeit über dieses Thema zu finden.[33]

Diese regulatorische Lage hat sich mit Inkrafttreten der Kreismeldung Nr. 662/2022 am 2. Mai 2022 geändert. Die Versicherer haben jetzt mehr Spielraum, um das eigene Vertragswerk für *Seguros Garantia* zu schaffen, und einige Beschränkungen wie die zwangsläufige Entsprechung der Laufzeit der Pflicht im Grundgeschäft mit der Police (Art. 7) sowie das Verbot von Selbstbehalten und Karenzzeiten (Art. 14) wurden aufgehoben. Man kann daher erwarten, dass die Marktdurchdringung der W&I-Versicherungen in Brasilien in der Zukunft zunimmt. Nicht alle Hindernisse für die W&I-Versicherung sind aber dadurch gelöst worden. Die *Seguros Garantia* müssen stets als Versicherung für fremde Rechnung ausgestaltet werden – nach Art. 2, incs. II, IV, IX und Art. 3, *caput* ist der Versicherungsnehmer zwangsläufig der Schuldner, der Versicherte stets der Gläubiger des Grundgeschäfts. Ferner mindert die beharrliche Verkehrsgewohnheit, bei *Seguros Garantia* vom Versicherungsnehmer Rückgarantien zu verlangen (wie ausdrücklich in Art. 32 der Kreismeldung Nr. 662/2022 und früher in Art. 21 der Kreismeldung 477/2013 zugelassen), die Attraktivität eines solchen Produkts.

Das Escrow-Agreement ist also immer noch eine der meistbenutzten Absicherungen in M&A-Transaktionen in Brasilien. Herkömmliche Absicherungen wie Holdbacks, Bankbürgschaften und Gesellschaftersicherheiten werden immer noch verwendet. Aufgrund der oben erwähnten Schwachstellen werden sie allerdings hintangestellt, soweit der konkrete Fall es erlaubt. Ganz subsidiär kommen auch Pfandrechte an beweglichen Sachen, Hypotheken und Sicherungsübereignungen in Betracht, jedoch macht die diesen Sicherungsarten innewohnende schwierige Verwertung[34] sie unattraktiv.

I.2. Charakteristika des Escrow-Agreements im U.S.-amerikanischen Recht

Das Escrow-Agreement stammt aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum. Das Wort „Escrow“ selbst kann auf das alt-englische „escrowl“ oder „scrowl“ zurückgeführt werden, welche sich aus dem normannisch-französischen „escrit“ oder dem lateinischen „scriptum“ mit dem englischen „roll“ zusammensetzt. „Roll“ steht für Schriftrolle, während „escrit“ und „scriptum“ Schriftstück bedeuten.[35] Ursprünglich stand Escrow für ein Schriftstück, das einem Dritten zur Aufbewahrung übergeben wurde und bei Erfüllung gewisser Bedingungen an einen Begünstigten weiterzuleiten war. Dort sollte es dann Wirkungen als Urkunde entfalten.[36] Diese

[33] Nämlich die Arbeit von *Adamek/Conti/Ferrigno*, O seguro W&I, *passim*.
[34] Vgl. *Botrel*, Fusões e aquisições, Kap. 4.8.4-5.
[35] Vgl. Black’s Law Dictionary, S. 624; *Gerster*, Das Escrow Agreement, S. 5.
[36] Vgl. *Jowitt*, The Dictionary of English Law, Bd. 1, S. 732; *Byrne*, Escrows and Bankruptcy, 761 f.

Wortherkunft entspricht der heutigen Verwendung von Escrow-Agreements im Geschäftsverkehr zwar nicht gänzlich, sie stimmen aber in Grundzügen überein.

Die Implementierung des Escrow-Agreements in den römisch-germanischen Rechtskreis setzt dessen richtiges Verständnis im Herkunftsrechtskreis voraus, um seine Funktion aufzugreifen und die heimischen Rechtsinstitute der Aufnahmerechtsordnung zu identifizieren, die eine solche Funktion umsetzen können. Ziel dieses Kapitels ist es also, die wesentlichen Züge des Escrow-Agreements in den Vereinigten Staaten darzustellen. Die Wahl der amerikanischen Rechtsordnung unter den *Common Law*-Systemen rechtfertigt sich wegen der großen Einflussnahme der U.S.-amerikanischen Vertragsmodelle in Brasilien.

Das U.S.-amerikanische Zivilrecht ist wegen der Zuständigkeitsverteilung der Gerichte überwiegend auf Bundeslandesebene anzusetzen.[37] Die Rechtssätze, die das Escrow-Agreement regeln, sind dementsprechend aus den gerichtlichen Entscheidungen des jeweiligen Bundesstaates zu schöpfen. Da eine Analyse der Rechtsprechung aller U.S.-amerikanischen Bundesländer in dieser Arbeit nicht möglich wäre, werden hier nur die wichtigsten Entscheidungen aus Delaware, New York und Kalifornien angesprochen, weil sie zu den bedeutendsten Bundesländern für M&A zählen.[38]–[39]

Im Allgemeinen setzt das Escrow-Agreement im U.S.-amerikanischen Recht folgende Merkmale voraus: (1) die Einigung, dass der Leistungsgegenstand beim einen Dritten einzuliefern ist, der also die Stelle des Escrow-Agenten übernimmt; (2) die Weitergabe des Gegenstands an den Begünstigten unter gewissen Bedingungen (*conditions*); und (3) den Verzicht auf Besitz über den Gegenstand durch den Hinterleger (*relinquishment*), sodass der Gegenstand unter der Gewalt des Escrow-Agenten bleibt.[40] Die wesentlichen, in der Rechtsprechung entwickelten Merkmale werden im Folgenden erläutert.

---

[37] Landesgerichte sind in den Vereinigten Staaten für Streitsachen über Vertrags-, Eigentums-, Delikts-, Familien- und Erbrecht zuständig (vgl. *Johns/Perschbacher*, The United States Legal System, S. 105 f.).

[38] Siehe dazu die Studie von *Eisenberg* und *Miller*, wo die Relevanz dieser drei Jurisdiktionen bei der Wahl des anwendbaren Rechts und des zuständigen Gerichts hervorgehoben wird (*Eisenberg/Miller*, Ex Ante Choices of Law and Forum, S. 1985 ff.).

[39] Das Escrow-Agreement ist in den Vereinigten Staaten in zahlreichen Branchen verwendet. Manche wichtigen, hier zitierten Entscheidungen beziehen sich daher nicht auf M&A-Fälle, sondern auf Sachverhalte wie Immobilienerwerb und Erbschaft.

[40] Diese systematische Darstellung hat sich in dem New York-Fall *Menkis* v. *Whitestone Whitestone Savings & Loan Ass'n,* (78 Misc. 2d 329, 330 Nassau Dist. Ct. (1974)) niedergeschlagen. Ähnliche Voraussetzungen können auch in der Rechtsprechung Kaliforniens (*Cannon* v. *Handley*, 72 Cal. 133, 139 (1887)) und Delawares (*Batchelor* v. *Alexis Props., LLC*, 2018 Del. Super. LEXIS 1306, *17) getroffen werden. Das kalifornier Bürgerliche Gesetzbuch definiert den Begriff „Escrow" in § 1057 wie folgt: „*A grant may be deposited by the grantor with a third person, to be delivered on performance of a condition, and, on delivery by the depositary, it will take effect. While in the possession of the third person, and subject to condition, it is called an escrow*". Siehe auch Am. Jur. 2d, Bd. 28, Escrow, § 3.

I.2.1. Einigung und Bestellung des Escrow-Agenten

Bei der Ermittlung der Einigung über das Escrow-Agreement ist im Allgemeinen der Parteienwille maßgeblich.[41] Die Bestellung des Escrow-Agenten ist ein wesentlicher Bestandteil der Einigung. Die schriftliche Form ist in der Regel nicht notwendig.[42]

Die Rechtsstellung des Escrow-Agenten ist in der Rechtsprechung der Vereinigten Staaten nicht einheitlich geklärt. In den gerichtlichen Entscheidungen wird er teilweise als *trustee,*[43] *fiduciary*[44] oder als *agent* bezeichnet.[45] Im U.S.-amerikanischen Recht hat der *trustee* die rechtliche Inhaberschaft auf ein Vermögensgut (*legal title*), während dessen wirtschaftlicher Genuss (*equitable title*) dem *beneficiary* zusteht. Die Hauptaufgaben eines *trustees* bestehen in der Förderung und sorgfältige Verwaltung des Trusts sowie in dem Treubleiben dem *beneficiary* gegenüber.[46] Der *fiduciary* hingegen verpflichtet sich, in bestimmten Angelegenheiten im Interesse eines anderen zu handeln.[47] Schließlich zeichnet sich der *agent* durch die Befugnis aus, im Namen eines *principals* zu handeln, einschließlich beim Vertragsschluss.[48]

Insbesondere in der Rechtsprechung Kaliforniens hat sich die Theorie der sog. „limited

---

[41] Vgl. Am. Jur. 2d, Bd. 28, Escrow, § 7.

[42] Vgl. in Kalifornien: *Zang* v. *Northwestern Title Co.*, 135 Cal. App. 3d 159, 167 (nicht schriftliche Instruktionen verpflichten den Escrow-Agenten). Siehe auch: Am. Jur. 2d, Bd. 28, Escrow, § 6. Zahlreiche, hier nicht wiederzugebende Entscheidungen behaupten, das Escrow-Agreement besteht in der Abgabe einer schriftlichen Urkunde an den Escrow-Agenten für die Weitergabe an den Begünstigten beim Bedingungseintritt. Das betrifft aber die Form des Escrow-Gegenstands, und nicht die Form des Escrow-Agreements. Nach wie vor scheint dies eher die traditionelle Konstellation zu beschreiben, anstatt eine Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrags zugrunde zu legen. Es ist weit anerkannt, dass Gelder, Aktien und viele andere Sachen Gegenstand eines Escrow-Agreements sein können (siehe Am. Jur. 2d, Bd. 28, Escrow, § 5).

[43] Vgl. in New York: *Farago* v. *Burke*, 262 N.Y. 229, 233 (1933); *Takayama* v. *Schaefer*, 240 A.D.2d 21, 25, 669 N.Y.S.2d 656 (1998) (Escrow-Agent al *trustee*, *fiduciary* und *agent*). In Kalifornien: *Feisthamel* v. *Campbell*, 55 Cal. App. 774, 781 (1921) (Escrow-Agent als *agent* des jeweiligen Vertragsteils und *trustee*); *Hildebrand* v. *Beck*, 196 Cal. 141, 145 (1925).

[44] Vgl. in New York: *Animalfeeds International, Inc.* v. *Banco Espirito Santo e Comercial de Lisboa*, 101 Misc. 2d 379, 383 (1979) („a fiduciary relationship, and assuming some of the characteristics of a trust"); *National Union Fire Insurance* v. *Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn*, 165 Misc. 2d 539, 544 N.Y.S. (1994) (Escrow-Agent handelt als *trustee* und die Rechtsbeziehung hat „fiduciary nature"). In Kalifornien: *Spaziani* v. *Millar*, 215 Cal. App. 2d 667, 682 (1963) („fiduciary relationship"); *Kirby* v. *Palos Verdes Escrow Co.*, 183 Cal. App. 3d 57 (1986) („limited agent and fiduciary of all parties to an escrow"). In Delaware: *Xlete, Inc.* v. *Willey*, 1977 Del. Ch. LEXIS 196, *2 („fiduciary relationship"); *East Balt LLC* v. *East Balt US, LLC*, 2015 Del. Ch. LEXIS 150, *10 („fiduciary relationship").

[45] Vgl. in New York: *Takayama* v. *Schaefer*, 240 A.D.2d 21, 27, 669 N.Y.S.2d 656 (1998) (Escrow-Agent als *trustee*, *fiduciary* und *agent* für beide Parteien). In Kalifornien: *Cannon* v. *Handley*, 72 Cal. 133, 140 (1887) (*agent* für beide Parteien); *McDonald* v. *Huff*, 77 Cal. 279, 282 (1888) (*agent* für beide Parteien). In Delaware: *NAMA Holdings, LLC* v. *Related WMC LLC*, 2014 Del. Ch. LEXIS 232, *54.

[46] Vgl. *Mann/Roberts,* Smith & Roberson's Business Law, S. 1065, 1067; *Anderson/Fox/Twomey*, Business Law, S. 1159.

[47] Vgl. Black's Law Dictionary, S. 702.

[48] Vgl. *Mann/Roberts,* Smith & Roberson's Business Law, S. 326 f.; *Anderson/Fox/Twomey*, Business Law, S. 850.

agency“ durchgesetzt, um die Rechtsstellung des Escrow-Agenten zu erklären. Angenommen, dass das Escrow-Agreement ein *agency*-Verhältnis zwischen Escrow-Agenten einerseits und Hauptparteien andererseits begründet, müssen die sich daraus ergebenden Pflichten des Escrow-Agenten gegenüber jeder einzelnen Hauptpartei eingeschränkt werden, weil die Hauptparteien widerstreitende Interessen haben. Die Pflichten des Escrow-Agenten zu einer Hauptpartei dürfen nicht mit den Pflichten zu der anderen konfligieren. Dieser Konflikt wird durch die Befolgung der im Escrow-Agreement enthaltenen Weisungen gelöst. In diesem Sinne ist der Escrow-Agent tatsächlich ein *agent* für beide Hauptparteien.[49] Nach Eintritt der *condition* wandelt sich das *limited agency* in zwei „normale“ *agency*-Verhältnisse mit jeweiliger Hauptpartei um, und zwar nur in Bezug auf den Gegenstand, der der jeweiligen Hauptpartei gebührt.[50] Beim Kauf eines Grundstücks z. B. käme nach Eintritt der *condition* ein *agency*-Verhältnis bezüglich des Kaufpreises mit dem Verkäufer und ein *agency*-Verhältnis bezüglich der Verkaufsurkunde mit dem Käufer zustande.

Trotz der Debatte um die Rechtsstellung des Escrow-Agenten ist es allgemein anerkannt, dass er im Interesse beider Parteien handelt.[51] Damit dieses Ziel erreicht wird, darf der Escrow-Agent typischerweise nicht am Hauptgeschäft beteiligt sein – das ist schon aus der Voraussetzung jedes Escrow-Agreements ersichtlich, dass der Gegenstand bei einem Dritten hinterlegt wird.[52–53] Trotzdem ist es in New York und Kalifornien innerhalb gewisser Grenzen erlaubt, dass der Anwalt oder *agent* einer Hauptpartei diese Rolle übernimmt: In New York muss er die Zustimmung beider Hauptparteien einholen und seine Pflichten als Anwalt oder *agent* dürfen dem nicht entgegenstehen,[54] während er in Kalifornien ein etwaiges eigenes Interesse an der Transaktion vor der Benennung offenlegen muss.[55]

---

[49] Vgl. maßgebend dazu *Blackburn* v. *McCoy*, 1 Cal. App. 2d 648, 655 (1934). In diesem Sinne auch: *Cannon* v. *Handley*, 72 Cal. 133, 140 (1887); *Lee* v. *Title Insurance & Trust Co.*, 264 Cal. App. 2d 160, 162 (1968).
[50] Vgl. grundlegend *Shreeves* v. *Pearson*, 194 Cal. 699, 707 (1924). In diesem Sinne auch: *Cannon* v. *Handley*, 72 Cal. 133, 140 (1887); *Todd* v. *Vestermark*, 145 Cal. App. 2d 374, 377 (1956).
[51] Vgl. in New York: *Farago* v. *Burke*, 262 N.Y. 229, 233 (1933) („trustee for both parties“); *National Union Fire Insurance* v. *Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn*, 165 Misc. 2d 539, 551 N.Y.S. (1994) („trustee of both“); *Takayama* v. *Schaefer*, 240 A.D.2d 21, 27, 669 N.Y.S.2d 656 (1998) („acts for the benefit of both parties“). In Kalifornien, siehe oben, Fn. 49 zur *Limited Agency* Lehre. In Delaware: *Norton* v. *Digital Applications, Inc.*, 305 A.2d 656, 660, Delaware Court of Chancery (1973) („serves both parties“).
[52] „Dritter“ bedeutet ein Fremder im Verhältnis zu dem Geschäft, sodass er frei von Einflussnahmen seine Pflichten gegenüber beiden Hauptparteien erfüllen kann (siehe: Am. Jur. 2d, Bd. 28, Escrow, § 21).
[53] Die amerikanische juristische Literatur empfiehlt deshalb die Benennung eines neutralen und parteiunabhängigen Escrow-Agenten. Siehe: *Freund*, Anatomy of a Merger, S. 387; *Kling/Nugent*, Negotiated Acquisitions of Companies, §15.06[3][d].
[54] Vgl. *Entertainment & Amusements of Ohio, Inc.* v. *Barnes*, 49 Misc. 2d 316, 317 N.Y.S.C. (1966).
[55] Vgl. *McFate* v. *Bank of America*, 125 Cal. App. 683, 687 (1932); *Peterson Development Co.* v. *Torrey Pines Bank*, 233 Cal. App. 3d 103, 118 (1991).

I.2.2. Unterliegen einer *condition*

Die Gegenstandweiter- bzw. -rückgabe muss einer *condition*[56] unterstellt sein.[57] Enthält der Vertrag keine *condition*, so würde er möglicherweise nicht als Escrow-Agreement, sondern als *bailment*[58] qualifiziert werden.[59] Die Gegenstandweitergabe setzt den absoluten Eintritt der *condition* voraus.[60]

Schwierigkeiten treten auf, wenn die Parteien über den Eintritt der *condition* streiten. Nach der Rechtsprechung New Yorks soll der Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand weiter behalten, bis die vertraglich vereinbarten *conditions* endgültig eintreten bzw. ausfallen – d. h. bis keine Faktenfragen oder umsetzbaren Ansprüche verbleiben.[61] In Kalifornien kann sich der Escrow-Agent in solchen Fällen von Haftung entlasten, indem er den Gegenstand behält, bis ein Vertragsteil Klage erhebt, dann kann er den gegnerischen Vertragsteil in die Klage einberufen (Kalifornier Civil Code of Procedure, Section 386(a)).[62] Falls er vor der endgültigen Streitbeilegung zugunsten eines Nichtberechtigten über den Gegenstand verfügt, macht er sich schadensersatzpflichtig.[63] M&A-Escrows erlauben normalerweise, im Fall einer Streitigkeit den Gegenstand für eine längere als im Vertrag bestimmte Dauer zurückzuhalten.[64]

I.2.3. Verzicht auf den Besitz am Escrow-Gegenstand

Nach Einlieferung des Gegenstands beim Escrow-Agenten und bis Eintritt der *condition* bleibt der Hinterleger Inhaber bzw. Eigentümer des Gegenstands.[65] Er überträgt nur den Besitz

---

[56] Als *Condition* beschreibt man in den Vereinigten Staaten ein Ereignis, dessen Eintritt unsicher ist und zur Entstehung einer Pflicht führt. Sowohl ein durch eine Partei herbeizuführendes als auch ein externes Ereignis (außerhalb der Kontrolle der Parteien) können eine *condition* darstellen (vgl. *Murray Jr.*, Murray on Contracts, S. 539 ff.).

[57] Vgl. in New York: *Menkis* v. *Whitestone Savings & Loan Ass'n*, 78 Misc. 2d 329, 330 Nassau Dist. Ct. (1974). In Kalifornien: *Cannon* v. *Handley*, 72 Cal. 133, 139 (1887). In Delaware: *Elavon, Inc.* v. *Elec. Transaction Sys. Corp.*, 2022 Del. Ch. LEXIS 53, *4.

[58] Unter *bailment* versteht man die Besitzübergabe einer Sache durch den *bailor* an den *bailee* ohne Eigentumsübertragung und mit der Verpflichtung des Letztgenannten, sie in einer bestimmten Weise zu nutzen und in einem bestimmten Zeitpunkt zurückzugeben (vgl. *Singer*, Introduction to Property, § 16.2.4).

[59] Vgl. *Byrne*, Escrows and Bankruptcy, S. 762.

[60] Vgl. in New York: *Farago* v. *Burke*, 262 N.Y. 229, 233 (1933). In Kalifornien: *Dyson* v. *Bradshaw*, 23 Cal. 528, 536 (1863); *Watts* v. *Mohr*, 86 Cal. App. 2d 256, 262 (1948) („in the law governing performance of escrow agreements, there is no doctrine of substantial compliance to be found "). In Delaware: *Norton* v. *Digital Applications, Inc.*, 305 A.2d 656, 660 Delaware Court of Chancery (1973).

[61] Vgl. *E.S.P. Adjustment Servs., Inc.* v. *Asta Group, Inc.*, 125 A.D.2d 849 (1986).

[62] Vgl. *Security Trust & Savings Bank* v. *Carlsen*, 205 Cal. 309, 315 (1928).

[63] Vgl. in New York: *Takayama* v. *Schaefer*, 240 A.D.2d 21, 25 – 669 N.Y.S.2d 656 (1998). In Kalifornien: *Security Trust & Savings Bank* v. *Carlsen*, 205 Cal. 309, 315 (1928).

[64] Vgl. *American Bar Association*, Model Stock Purchase Agreement, Bd. I, S. 53 f.

[65] Vgl. in New York: *Stanton* v. *Miller*, 58 N.Y. 192, 201 (1874); *Alexander* v. *Quality Leather Goods Corp.*, 150 Misc. 577, 579 N.Y.S.C. (1934). In Kalifornien: *Osborn* v. *Osborn*, 42 Cal. 2d 358, 363 (1954). In Delaware: *Norton* v. *Digital Applications, Inc.*, 305 A.2d 656, 660, Delaware Court of Chancery (1973).

und die Verfügungsgewalt über den Gegenstand (*relinquishment*) und demzufolge darf er vom Escrow-Agenten den Gegenstand nicht mehr verlangen (*irrevocability*).[66] Eine weitere Frage ist, ab welchem Zeitpunkt die Inhaberschaft bzw. das Eigentum auf den Begünstigten übergeht. Sollte dies schon beim Eintritt der *condition* oder erst nach Weitergabe des Gegenstands stattfinden? Während in Kalifornien die erste Alternative bevorzugt wird,[67] wird in Delaware die tatsächliche Weitergabe an den Begünstigten gefordert.[68] In New York ist die Frage umstritten, mit Entscheidungen in beiden Richtungen.[69]

I.2.4. Pflichten des Escrow-Agenten

Die Pflichten des Escrow-Agenten ergeben sich wie in jedem Schuldverhältnis grundsätzlich aus dem Vertrag. Eine Ableitung von weiteren Pflichten erfolgt in geringem Umfang, denn die im Escrow-Agreement erteilten Weisungen dienen dazu, die Eingriffsmöglichkeiten des Escrow-Agenten einzuschränken.[70] Gleichwohl ergeben sich aus dem *fiduciary relationship* oder aus dem *agency*-Verhältnis gewisse Pflichten. So sind z. B. in Kalifornien eine allgemeine Sorgfaltspflicht (*duty of diligence*)[71] und in New York eine Treuepflicht (*duty* of *loyalty*) anerkannt.[72] In New York werden dem Escrow-Agenten auch Pflichten zur produktiven Nutzung der in Escrow eingezahlten Gelder[73] sowie zum Einsatz erforderlicher Maßnahmen zur Schonung des Parteiinteresses bezüglich des Escrow-Gegenstands[74] auferlegt. Umstritten ist

---

[66] Vgl. in New York: *Farago* v. *Burke*, 262 N.Y. 229, 233 (1933); *Menkis* v. *Whitestone Savings & Loan Ass'n,* 78 Misc. 2d 329, 331, Nassau Dist. Ct. (1974). In Kalifornien: *McDonald* v. *Huff*, 77 Cal. 279, 282 (1888). In Delaware: *Pathe Industries, Inc.* v. *Cadence Industries Corp.*, 425 A.2d 952, 955, Supreme Court of Delaware (1981).

[67] Vgl. *Cannon* v. *Handley*, 72 Cal. 133, 140 (1887); *Osborn* v. *Osborn*, 42 Cal. 2d 358, 363 (1954); *Todd* v. *Vestermark*, 145 Cal. App. 2d 374, 377 (1956).

[68] Vgl. *Norton* v. *Digital Applications, Inc.*, 305 A.2d 656, 660 Delaware Court of Chancery (1973).

[69] Die erste Alternative bejahend: *Marriott Corp.* v. *Rogers & Wells*, 81 A.D.2d 556, 557 (1981); *McLoughlin* v. *McLoughlin*, 237 A.D.2d 336, 337, 654 N.Y.S.2d 407 (1997); *Calcagno* v. *Drew*, 263 A.D.2d 939, 940, 694 N.Y.S.2d 248 (1999). Für die zweite Alternative: *Stanton* v. *Miller*, 58 N.Y. 192, 201 (1874); *Stonehill* v. *Hastings*, 202 N.Y. 115, 121 (1911); *Scartozzi* v. *Scartozzi*, 50 A.D.3d 662, 663, 856 N.Y.S.2d 154 (2008).

[70] Vgl. in New York: *National Union Fire Insurance* v. *Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn*, 165 Misc. 2d 539, 545 N.Y.S. (1994); *Entertainment & Amusements of Ohio, Inc.* v. *Barnes*, 49 Misc. 2d 316, 318 N.Y.S.C. (1966). In Delaware: *Fasciana* v. *Elec. Data Sys. Corp.*, 2003 Del. Ch. LEXIS 19, Fn. 44 („in essence, an escrow agent is agent to the terms of the escrow contract"). In Kalifornien kann diese einschränkende Sichtweise der *limited agency*-Theorie entnommen werden. Bspw. musste der Escrow-Agent im Fall *Blackburn v. McCoy* (1 Cal. App. 2d 648 (1934)) der Zweitkäuferin den Preis des Erstkaufs nicht mitteilen, weil eine solche Pflicht in den Weisungen des Escrow-Agreements nicht enthalten war.

[71] Vgl. *Rianda* v. *San Benito Title Guarantee Co.*, 35 Cal. 2d 170, 173 (1950) (auf *agency*-Verhältnis basierend); *Spaziani* v. *Millar*, 215 Cal. App. 2d 667, 682 (1963) (auf beide *fiduciary relationship* und *agency*-Verhältnis basierend).

[72] Vgl. beide auf *fiduciary relationship* basierend: *Bardach* v. *Chain Bakers, Inc.*, 265 A.D. 24, 27 (1942); *Director Door Corp.* v. *Marchese & Sallah, P. C.*, 127 A.D.2d 735, 737 (1987).

[73] Vgl. *Takayama* v. *Schaefer*, 240 A.D.2d 21, 28, 669 N.Y.S.2d 656 (1998).

[74] Vgl. *Grinblat* v. *Taubenblat*, 107 A.D.2d 735, 736 (1985); *National Union Fire Insurance* v. *Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn*, 165 Misc. 2d 539, 551 N.Y.S. (1994).

aber, ob der Escrow-Agent die Hauptparteien über die mit dem Escrow-Verhältnis zusammengehörigen Ereignisse zu benachrichtigen hat. In New York bestätigt die Rechtsprechung diese Pflicht zumindest in Täuschungsfällen;[75] in Kalifornien ist die Rechtsprechung dahingegen strittiger.[76]

I.2.5. Veruntreuung des Escrow-Gegenstands

Die Darstellung der wesentlichsten Merkmale des Escrow-Agreements im U.S.-amerikanischen Recht schließt mit der Behandlung des Falles der Veruntreuung des Gegenstands durch den Escrow-Agenten in der New Yorker und kalifornischen Rechtsprechung. Da er im Interesse beider Hauptparteien verfährt und der Wechsel der Rechtsinhaberschaft bzw. Eigentum am Escrow-Gegenstand mindestens den Eintritt der *condition* voraussetzt, schadet die Veruntreuung demjenigen, der zu diesem Zeitpunkt Inhaber bzw. Eigentümer des Escrow-Gegenstands war.[77] Das bedeutet: Vor Inhaberwechsel ist der Hinterleger der Leidtragende und nach dem Wechsel der Begünstigte.

I.2.6. Fazit

Aus der Betrachtung der wesentlichen Merkmale des Escrow-Agreements im U.S.-amerikanischen Recht kann gefolgert werden, dass das Escrow-Agreement eine besondere Art der Zahlungsabwicklung über einen Dritten ist, welche drei Hauptfunktionen erfüllt. Nämlich: (1) es verhindert faktisch jedwede Verfügung über den Gegenstand während der Schwebezeit; (2) es erhöht die Wahrscheinlichkeit einer vertragsgemäßen Pflichtenerfüllung durch den Einbezug eines vertrauensvollen Dritten; und (3) es gewährleistet, dass die Pflicht des Hauptgeschäfts nur unter gewissen Voraussetzungen erfüllt wird, und zwar mittels Weitergabe des Gegenstands.

In den drei untersuchten nordamerikanischen Jurisdiktionen führt das Escrow-Agreement diese Funktionen anhand dreier Rechtsmechanismen durch, spiegelbildlich: (1) Besitzübergabe (*relinquishment* und *irrevocability*); (2) Unterstellung einem *fiduciary* und/oder

---

[75] Vgl. *Bardach* v. *Chain Bakers, Inc.*, 265 A.D. 24, 27 (1942); *Director Door Corp.* v. *Marchese & Sallah, P. C.*, 127 A.D.2d 735, 737 (1987).

[76] Die Benachrichtigungspflicht bejahend: *Amen* v. *Merced County Title Co.*, 58 Cal. 2d 528, 534 (1962); *Spaziani* v. *Millar*, 215 Cal. App. 2d 667, 684 (1963). Verneinend: *Blackburn* v. *McCoy*, 1 Cal. App. 2d 648, 655 (1934); *Bice* v. *Stevens*, 136 Cal. App. 2d 368, 380 (1955); *Lee* v. *Title Insurance & Trust Co.*, 264 Cal. App. 2d 160, 163 (1968) (mit der Begründung, dass eine Benachrichtigungspflicht zu einem Dilemma für den Escrow-Agenten führen würde, indem er einerseits wegen mangelnder Benachrichtigung verklagt werden, andererseits nicht ganz sicher über den Wahrheitsgehalt der Information sein könnte).

[77] Vgl. in New York: *Asher* v. *Herman*, 49 Misc. 2d 475, 478 (1966); *Doherty* v. *Elskamp*, 58 Misc. 2d 653 (1968). In Kalifornien: *Shreeves* v. *Pearson*, 194 Cal. 699, 711 (1924); *Crum* v. *City of Los Angeles*, 110 Cal. App. 508, 514 (1930); *Pagan* v. *Spencer*, 104 Cal. App. 2d 588, 590 (1951).

agency relationship; und (3) Bedingung (*condition*). Die Besitzübergabe an den Escrow-Agenten, verbunden mit dem Rückgabeverbot seitens des Escrow-Agenten, entzieht den Gegenstand der Verfügungsgewalt des Hinterlegers und mithin werden Verfügungen über den Gegenstand durch beide Hauptparteien verhindert. Dem Escrow-Agenten Treue- und Loyalitätspflichten im Zug eines *trusts*, *fiduciary* und/oder *agency relationship* zu beiden Hauptparteien aufzuerlegen stellt sicher, dass der Escrow-Agent die wechselseitigen Interessen der Hauptparteien aus dem Hauptgeschäft hinreichend berücksichtigt. Schließlich stellt der Eintritt der Bedingung das Vorliegen der Voraussetzungen fest, die den Vollzug des Hauptgeschäfts rechtfertigen und demzufolge das Vorleistungsrisiko ausräumen.

I.3. Aufnahme des Escrow-Agreements in Deutschland und Brasilien. Gang der Untersuchung

In Deutschland ist die Abwicklung von Zahlungen über Dritte, insbesondere über Notaranderkonten bei Immobilientransaktionen, seit langem etabliert.[78] Die o. a. Funktionen des Escrow-Agreements im U.S.-amerikanischen Recht lassen sich in Deutschland ohne weiteres in das Rechtsinstitut der Treuhand übertragen, und es ist kaum verwunderlich, dass die M&A-Handbücher den Escrow-Account regelmäßig als Treuhandkonto bezeichnen.[79] Dem deutschen Juristen sind die Begriffe „Escrow-Agreement“ und „Escrow-Account“ sogar überflüssig, denn er kann die gleichen Rechtsprobleme mit Rückgriff auf die Treuhandlehre leichter handhaben. Diese hat das deutsche Schrifttum seit jeher intensiv diskutiert,[80] sodass dem Rechtsanwender solide Rechtssätze zur Verfügung stehen, auch wenn viele umstritten sind. Hinzu kommt, dass der deutsche Gesetzgeber und manche deutschen Berufsaufsichtsbehörden (Bundesrechtsanwaltskammer, Patentanwaltskammer, Bundessteuerberaterkammer und Wirtschaftsprüferkammer) übliche Konstellationen der Zahlungsabwicklung über einen Dritten geregelt haben, sodass der Abschluss der allgemeineren Treuhandvereinbarung durch den Abschluss des typisierten Vertrags ersetzt oder um solche Normen ergänzt werden kann.

[78] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 4; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 2 („Verwahrung und Ablieferung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten ist seit jeher Aufgabe der Notare“).
[79] So z. B. *Meyer-Sparenberg*/Jäckle, Beck’sches M&A-Handbuch, §48, Rn. 136; *Seibt*, Beck’sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, C.II.2, Nr. 47; Knott/*Becker/Voß*, Unternehmenskauf, Teil II, Rn. 952 f.; *Lips* in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck’sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, §3, Rn. 183 ff.; *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen/Paul, Private Equity, I, 9, a), bb), Rn. 3; *Herwig* in: Jaletzke/Henle/Hartmann-Rüppel, M&A Agreements in Germany, IV.5, Nr. 2 (Treuhandvertrag); *Timmerbeil*/*Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 166 (Treuhandvereinbarung).
[80] Die Treuhand ist in Deutschland mindestens seit dem 19. Jahrhundert Gegenstand wissenschaftlicher Debatte, als man die Simulationseinrede gegen die Durchführung von Sicherungsverkäufen und Vollindossament von Wertpapieren zu Inkassozwecken erhoben hat. Siehe historisch dazu *Löhnig*, Treuhand, § 2.

Bedeutendstes Beispiel davon ist die notarielle Verwahrung der §§ 57 ff. BeurkG.

Der deutsche Jurist sieht das Escrow-Agreement eher als die englische Bezeichnung einer vielleicht besonderen Art der Treuhand, aber immerhin nur eine Treuhand. Dies hat sowohl zu einer systemkonformen Qualifizierung des Escrow-Agreements als auch zur Ausgestaltung der Transaktionen anhand heimischer Rechtsinstitute geführt, d. h. meistens werden Notare als Escrow-Agent bestellt.[81]

Trotzdem ist die Untersuchung des Escrow-Agreements in Deutschland nicht belanglos. In gewissen Konstellationen, wie im Software-Escrow, werden Akteure zum Escrow-Agenten ernannt, die sich weder der gesetzlichen Regeln des BeurkG noch der Berufsaufsichtsregeln für Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer unterstellen. In diesem Fall lohnst es sich zu analysieren, wie die Rechtssätze der Treuhand auf die Eigenheiten des Escrow-Agreements angepasst bzw. konkretisiert werden können.

In Brasilien war das Escrow-Agreement bis vor einigen Jahrzehnten praktisch unbedeutend. Ihre Verwendung hat durch die Einflussnahme der angelsächsischen M&A-Praxis zugenommen und sich von M&A aus auf andere Geschäftsbranchen wie Immobilien- und Kreditgeschäfte ausgeweitet. Mangels vorangegangenen Gebrauchs haben die Praktiker das angelsächsische Institut ohne sorgfältige Einarbeitung in die inländischen Institute mehr oder weniger bloß wiedergegeben. Das zeigt sich etwa in der geringen Menge von juristischen Arbeiten zu diesem Thema[82] sowie in der fehlenden Erwähnung von inländischen Rechtsinstituten in brasilianischen Escrow-Agreements, welche die typischen Funktionen des Letzteren ausführen könnten.

Der brasilianische Jurist neigt dementsprechend dazu, das Escrow-Agreement entweder als eine besondere Erscheinung oder als eine Mischform des Verwahrungsvertrags anzusehen.[83] Die Bedeutung der gegenüberliegenden Untersuchung ist offensichtlich: Die richtige Einteilung in die Institute des brasilianischen Rechts sowie die Erarbeitung anwendbarer Rechtsgrundsätze

[81] Mit Hinweisen zur Einbeziehung eines Notars als Escrow-Agent siehe z. B.: *Becker/Voß* in: Knott, Unternehmenskauf, Rn. 949, 952; *Meyer-Sparenberg/*Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, § 48, Rn. 136; *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen /Paul, Private Equity, Kap. I, 9a)b, Rn. 3.

[82] In diesem Kontext sind zwei wissenschaftliche Arbeiten über juristische Aspekte des Escrow-Agreements zu erwähnen, nämlich *Kayos* Masterarbeit über Escrow-Accounts und *Silva Netos* Aufsatz, der sich überwiegend mit steuerrechtlichen Aspekten von Anteilskauftransaktionen befasst (siehe im Literaturverzeichnis). Übrigens sind nur verstreute Kurzhinweise auf das Escrow-Agreement in Buchkapiteln zu sehen, bspw. *Marino*, Contratos coligados, S. 182 ff.; *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 48 f.; *Botrel*, Fusões e aquisições, S. 318 f.; *Comparato*, Ensaios e pareceres, S. 363 f.

[83] Bspw. *Silva Neto*, RJLB 2017 (4), 183 (202 f.) (Verwahrungsvertrag); *Marino*, Contratos coligados, S. 182, 184 (akzessorischer Verwahrungsvertrag im Rahmen einer Vertragsverbindung); *Kayo*, A conta vinculada, S. 66 ff. (gemischter Vertrag).

dienen nicht nur der Rechtssicherheit, sondern auch der Entwicklung des Escrow-Agreements.

Wie das Escrow-Agreement in einem römisch-germanisch geprägten Rechtssystem wie dem deutschen aufgenommen wurde, stellt einen angemessenen Vergleichsgegenstand für das Vorhaben dieser Doktorarbeit. Im Folgenden wird untersucht, wie zwei Rechtssysteme des römisch-germanischen Rechtskreis das angelsächsische Gepräge des Escrow-Agreements überbrücken. Methodisch soll dieses Vorhaben zunächst mit der Ermittlung der Rechtsinstitute beginnen, die die Funktionen des Escrow-Agreements im deutschen und im brasilianischen Recht erfüllen. Anhand dieser Ergebnisse sind Lösungen für konkrete Fragen des Escrow-Agreements herauszuarbeiten.

Diese Arbeit ist in vier Teilen gegliedert. Nach dieser Einleitung (Kapitel I) werden die Merkmale des „allgemeinen“ Escrow-Agreements angesichts der deutschen und brasilianischen Rechtsordnungen untersucht (Kapitel II). Anschließend werden im Kapitel III die Ergebnisse solcher Untersuchung spezifisch auf die typische Erscheinungsform des Escrow-Agreements in M&A-Transaktionen angewendet. Die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit fasst Kapitel IV zusammen.

2. TEIL: DAS ESCROW-AGREEMENT IM ALLGEMEINEN

Dieser Teil befasst sich mit den Grundzügen, die in allen Escrow-Verhältnissen anwesend sind. Die Konkretisierungen bzw. Anpassungen dieser allgemeinen Grundzüge auf das M&A-Escrow sind Gegenstand des dritten Teils. Im jeweiligen Kapitel dieses Teils wird als erstes dargestellt, wie das Escrow-Agreement im deutschen Recht rechtstechnisch umgesetzt wird. Unter anderem werden einige Vorschläge zur Behandlung von Escrow-Agreements in Deutschland gemacht. Anschließend wird das Gleiche im brasilianischen Recht gemacht.

II.1. Umschreibung des Escrow-Agreements

Das Escrow-Agreement hat weder in Deutschland noch in Brasilien eine eigene gesetzliche Typisierung. Daher kann kaum die Rede von einem festen Escrow-Begriff sein. Hier geht es darum, die gemeinsamen Züge eines in der Rechtspraxis etablierten Gebrauchs, der gewöhnlich unter der Bezeichnung „Escrow“ auftritt, darzulegen. Davon zu unterscheiden sind Konstellationen wie die notarielle Verwahrung und die Aufbewahrung von Fremdgeldern durch Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in Deutschland. Solche Erscheinungsformen der Zahlungsabwicklung über Dritte kommen nur in bestimmten Bereichen vor, und für sie gelten andere Rechtssätze.[84]

II.1.1. Deutschland

Escrow-Agreements werden in Deutschland hauptsächlich bei Softwarelizenz- und Anteilskaufverträgen genutzt. Bei Softwarelizenzverträgen ist ein Escrow-Agreement sinnvoll, wenn sich der Softwareanwender vor dem Ausfall von Wartungs- und Pflegemaßnahmen sowie Aktualisierungen und technische Unterstützung durch den Softwarehersteller schützen möchte, bspw. wenn er in die Insolvenz gerät. Der Softwarehersteller hinterlegt dann den Quellcode und dessen Updates bei einem Escrow-Agenten, der sich verpflichtet, ihn aufzubewahren und bei den im Vertrag bestimmten Fällen ihn dem Softwareanwender herauszugeben.[85] In Anteilskäufen dient das Escrow-Agreement zur Sicherung von Ansprüchen der Kaufvertragsparteien (Kaufpreisanspruch des Verkäufers sowie Ansprüche aus bspw. Garantieversprechen oder

[84] Mehr zu dieser Unterscheidung unten in Kap. II.4.1.2.1.
[85] Vgl. *Auer-Reinsdorff/Kast/Dressler* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 38, Rn. 59 ff.

Freistellungen des Käufers) mittels Hinterlegung eines Kaufpreiseinbehalts.[86]

Meistens geht das Schrifttum von einem Treuhandverhältnis aus, ohne eine Definition des Escrow-Agreements zugrunde zu legen.[87] Die wenigen Definitionen weisen mehr oder weniger auf ähnliche Merkmale hin. *Timmerbeil* und *Pfeiffer* bezeichnen das Escrow-Agreement im M&A als eine dreiseitige Treuhandvereinbarung, bei der ein neutraler Dritte (i. d. R. eine Bank oder ein Notar) den Treuhandbetrag im Interesse beider Kaufvertragsparteien verwaltet.[88] *Auer-Reinsdorff*, *Kast* und *Dressler* beschreiben das Software-Escrow als die Hinterlegung des Quellcodes nebst Dokumentation durch den Softwareanbieter bei einem unabhängigen Escrow-Agenten, der sie verwahrt und in bestimmten vertraglich geregelten Fällen dem Softwareanwender herausgibt.[89] Nach der Auffassung von *Kast*, *Meyer* und *Wray* ist das Software-Escrow ein Vertrag, in dem sich das Softwareunternehmen zur Hinterlegung des Quellcodes bei einem neutralen Dritten verpflichtet, und der Softwareanwender bei Eintritt festgelegter Bedingungen den Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes erlangt.[90] Im Bereich Software-Escrow sind Umschreibungen aus anderen Fundstellen den oben erwähnten Beispielen ähnlich.[91]

Man kennt in Deutschland sowohl das dreiseitige als auch vor allem im IT-Bereich das zweiseitige Escrow-Agreement. Beim dreiseitigen Vertrag („klassische Vertragssituation") schließen Softwarehersteller, Softwareanwender und Escrow-Agent den Vertrag ab, und eine direkte Beziehung zwischen den drei Parteien kommt zustande. Beim zweiseitigen Escrow – der als Vertrag zugunsten Dritter zu qualifizieren ist – geht der Softwarehersteller nur mit dem Escrow-Agenten den Vertrag ein. Der Escrow-Agent ist befugt, dem Softwareanwender den Quellcode herauszugeben, und dieser vereinbart im Hauptgeschäft solches Recht mit dem Hersteller. In der letzten Konstellation darf der Softwareanwender direkt vom Escrow-Agenten den

---

[86] Es ist zwar nicht zu leugnen, dass im Escrow-Agreement die Sicherungsinteressen des Käufers überwiegen, und vielleicht weisen deswegen viele M&A-Handbücher nur auf die Sicherstellung der Käuferansprüche hin (so bspw. *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf, S. 96; *Lips* in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, §3, Rn. 181; *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen/Paul, Private Equity, I, 9, a), bb), Rn. 3). Aber auch der Verkäufer wird durch die Einzahlung in einen Escrow-Account gesichert, weil der Kaufpreiseinbehalt nicht mehr im Besitz des Käufers liegt, sondern bei einem neutralen Dritten. Zur typischen Interessenlage der Hauptparteien in M&A, siehe oben Kap. I.1.

[87] Z. B. Kiem/*Neuhaus*, Kaufpreisregelungen, § 4, Rn. 59; *Meyer-Sparenberg/*Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, § 48, Rn. 136; *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen /Paul, Private Equity, Kap. I, 9a)bb), Rn. 3; *Seibt*, Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, C.II.2, Nr. 47; *Becker/Voß* in: Knott, Unternehmenskauf, Teil II, Rn. 952 f.; *Lips* in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, §3, Rn. 188; *Herwig* in: Jaletzke/Henle/Hartmann-Rüppel, M&A Agreements in Germany, IV.5, Nr. 2; *Witte/Bultmann*, BB 2005, 1121.

[88] Vgl. *Timmerbeil*/*Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 166.

[89] Vgl. *Auer-Reinsdorff/Kast/Dressler* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 38, Rn. 59.

[90] Vgl. *Kast/Meyer/Wray*, CR 2002, 379, 379 u. 381.

[91] Bspw. *Bömer*, NJW 1998, 3321 ff.; *Hoeren*, CR 2004, 721; *Grützmacher*, CR 2006, 289 ff.; *Schneider*/Graf von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 5. Kapitel, L, Rn. 29 ff.

Quellcode verlangen, ohne eine direkte vertragliche Bindung zu ihm zu haben.[92] Die zweiseitige Ausgestaltung kann auch als Sammel- oder Rahmenvertrag zwischen einem primären Vertragspartner und dem Escrow-Agenten benutzt werden, mit der Möglichkeit, dass der dritte Vertragspartner später dem Escrow beitritt. Dadurch können Verhandlungszeiten, Kosten und Vertragsüberprüfungen verkürzt werden, insbesondere dann, wenn der Lizenzgeber für eine große Anzahl von Kunden Quellcodes hinterlegt.[93]

Aus den obigen Definitionen treten folgende Wesensmerkmale für die Umschreibung des Escrow-Agreements hervor: (1) ein Gegenstand wird bei einem neutralen Escrow-Agenten[94] hinterlegt; (2) der Escrow-Agent verpflichtet sich, den Gegenstand nur in den im Vertrag bestimmten Fällen auszukehren. Zwei weitere nicht explizite Wesensmerkmale können auch dem inneren Sinn dieser Definitionen entnommen werden: (3) die Hauptparteien dürfen und können während der Vertragslaufzeit keine Verfügungen über den Gegenstand treffen; und (4) das Escrow-Agreement ist mit einem Hauptgeschäft verknüpft, dessen Sicherung und Erfüllung es durchführt. Diese Merkmale entsprechen weitgehend denjenigen des U.S.-amerikanischen Escrow-Agreements.[95]

II.1.2. Brasilien

Wie bereits erörtert, werden Escrow-Agreements in Brasilien meistens im Kreditwesen, in Immobiliengeschäften und in Anteilskauftransaktionen genutzt. Im Kreditwesen tritt der Kreditnehmer dem Kreditgeber Forderungen oder Wertpapiere zu Sicherungszwecken mit der Absprache ab, dass der Kreditnehmer sicherstellen muss, die Forderungsschuldner tilgen ausschließlich in einen Escrow-Account. Der Escrow-Agent ist die kontoführende Bank selbst und zahlt aus dem Escrow-Account nur aus, wenn gewisse Voraussetzungen eintreten, üblicherweise der Zahlungsausfall oder die Erteilung einer gemeinsamen Instruktion durch die Hauptparteien.[96] In Immobiliengeschäften wird ein Teil des Kaufpreises in einen Escrow-Account eingezahlt, wo er zur Absicherung von Mängelansprüchen bzw. von dem Grundstück anhaftenden Schulden aufbewahrt wird. Escrow-Agent ist auch hier die kontoführende Bank selbst.

---

[92] Vgl. *Auer-Reinsdorff/Kast/Dressler* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 38, Rn. 96 ff.; *Schneider*/Graf von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, 5. Kapitel, L, Rn. 99.

[93] Vgl. *Peters* in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Teil 12, Rn. 43 f. Siehe auch *Schneider/*Graf von Westphalen, Software-Erstellungsverträge, Kap. 5.L, Rn. 35 f.

[94] Obwohl die deutsche Praxis auch Software-Escrows kennt, bei denen den Quellcode beim Softwareanwender selbst hinterlegt wird (vgl. *Grützmacher*, CR 2006, 289, Kap. II.1), scheint es zweifelhaft, dass dieses Konstrukt tatsächlich ein Escrow-Agreement darstellt. Denn ein entscheidendes Merkmal ist der Gewinn an Sicherheit durch die Einschaltung eines Dritten, dem die Hauptparteien vertrauen.

[95] Zu den Charakteristiken des Escrow-Agreements in den Vereinigten Staaten siehe oben Kap. I.2.

[96] Siehe bspw. die Verträge im Anhang 1.

Auszahlungsvoraussetzung ist normalerweise die Nichtentstehung solcher Ansprüche oder die Geltendmachung einer Schuld, die dem Grundstück anhaftet, oder eine gemeinsame Instruktion.[97] In M&A-Transaktionen wird das Escrow-Agreement in den bereits oben erklärten Weisen verwendet.[98] Da in diesen drei Konstellationen die kontoführende Bank selbst der Escrow-Agent ist, wird das Escrow-Agreement meistens als dreiseitiger[99] Girokontoeröffnungsvertrag abgeschlossen. Dieser enthält Einschränkungen bezüglich Überweisungen aus dem Konto und gewisse Weisungen zum Umgang mit dem Betrag (bspw. erlaubte Anlagen). Der Kontoinhaber ist i. d. R. eine der Hauptparteien allein.

Definitionen des Escrow-Agreements sind in der Literatur spärlich zu finden. Nennenswert ist *Silva Netos* Umschreibung des Escrow-Agreements, nach der die Hauptparteien eine Sache (meistens Geld) bei einem Dritten hinterlegen, der sich verpflichtet, die Sache aufzubewahren und gemäß den Bestimmungen des Escrow-Vertrags, sie zurückzugeben. Der hinterlegte Betrag fungiert also als Sicherheit für beide Käufer und Verkäufer.[100] Auch zu erwähnen ist die Umschreibung *Kayos*, wonach der Escrow-Account eine Hinterlegung mit Sicherungsfunktion wäre und nur gemäß den Bestimmungen des Escrow-Vertrags durch die kontoführende Bank gebucht werden dürfte.[101] *Oliva* weist darauf hin, dass die Verwahrung eine Sicherungsfunktion erfüllen kann, wenn die Parteien einen Gegenstand bei einem Dritten hinterlegen und ihm anweisen, unter gewissen Voraussetzungen den Gegenstand weiter- oder zurückzugeben.[102] Schließlich unterstreicht *Marino* die akzessorische Natur und die Einbindung des Escrow-Agreements in eine breitere Vertragsverbindung.[103_104]

Das Escrow-Agreement kann auch in Brasilien in Form eines zweiseitigen Vertrags vorkommen, der dann als Vertrag zugunsten Dritter (*estipulação em favor de terceiro*)[105] zu betrachten ist. Das passiert meistens in *project finance*-Transaktionen. Dabei beauftragt der

[97] Siehe bspw. die Verträge im Anhang 2.
[98] Siehe Einleitung zu Kap. III und die Vertragsbeispiele im Anhang 3.
[99] Vgl. *Kayo*, A conta vinculada, S. 27.
[100] Vgl. *Silva Neto*, RJLB 2017 (4), 183 (202 f., 205 f.).
[101] Vgl. *Kayo*, A conta vinculada, S. 28.
[102] Vgl. *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 48.
[103] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 182 f.
[104] Eine ähnliche Umschreibung gab es im Art. 38, inc. VII, ‚b)' der jetzt widerrufenen CVM Verordnung Nr. 356/2001. Die seit 2. Oktober 2023 in Kraft getretene CVM Verordnung enthält einen ähnlichen Begriff im Art. 2, inc. VII, ihres Anhangs II, ohne aber die Bezeichnung „Escrow-Account" (*conta escrow*), wie in CVM Verordnung 356/2001, sondern mit dem Begriff „vinkuliertes Konto" (*conta-vinculada*).
[105] Zu Unrecht teilt *Botrel* die häufig bei M&A-Transaktionen auftretende Form des Escrow-Agreements in die Verträge zugunsten Dritter ein (Fusões e aquisições, S. 318). Dies wird schon daran ersichtlich, dass Parteien des Escrow-Agreements sind, als Escrow-Agent, die Bank und, als Hauptparteien, der Käufer und der Verkäufer. Der Vertrag ist also in dieser üblichen Form dreiseitig.

Bauherr einen neutralen Dritten mit der Überweisung von Beträgen an den Unternehmer, die Subunternehmer und die externen Dienstleister, welche keine Partei des Escrow-Agreements sind.[106]

Die Umschreibungen oben stimmen im Wesentlichen überein und ermöglichen den Schluss auf folgende erhebliche Merkmale: (1) Ein Gegenstand wird bei einem neutralen Escrow-Agenten eingeliefert; (2) der Escrow-Agent verpflichtet sich, den Gegenstand nur beim Eintritt der im Vertrag bestimmten Voraussetzung weiter- oder zurückzugeben; und (3) dieser Vorgang sichert die Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem Hauptgeschäft. Ein viertes impliziertes Merkmal muss hinzugefügt werden, nämlich dass (4) das Escrow-Agreement Verfügungen über den Escrow-Gegenstand verhindert.

II.1.3. Eigene Umschreibung

Die Umschreibungen oben haben gezeigt, dass unter der Bezeichnung „Escrow-Agreement" eine Vielfalt von Konstellationen in unterschiedlichen Geschäftsbereichen fällt. Dennoch können in beiden Ländern gemeinsame Merkmale gesehen werden, die sich in der folgenden Umschreibung zusammensetzen:

> „*ein zwei- oder dreiseitiger Vertrag, vermöge dessen der Schuldner (oder dieser gesamt mit dem Gläubiger) einen unabhängigen und unparteilichen Dritten zum Empfang, zur Aufbewahrung und zur bedingten Weiter- bzw. Rückgabe eines dem Schuldner gehörenden oder sich unter Besitz des Schuldners befindenden Gegenstands bestellt, wobei zur Sicherung und Abwicklung der Erfüllung einer vorbestehenden Pflicht des Schuldners jedwede Möglichkeit von Verfügungen über den Gegenstand und von Besitzübertragungen entzogen wird*".

Die hier vorgeschlagene Umschreibung enthält die Merkmale, die den im Geschäftsverkehr typischen Escrow-Agreements entsprechen und für die Abgrenzung gegenüber ähnlichen Figuren ausreichen. Dieser Arbeit wird das dreiseitige Escrow-Agreement zugrunde gelegt, weil es den häufigsten Fall in M&A-Transaktionen darstellt.

II.2. Wesentliche Merkmale

Die wesentlichen Merkmale eines Escrow-Agreements, die aus der oben geschilderten Umschreibung entnommen werden können, können so umformuliert werden: (i) bedingte

[106] Vgl. *Kayo*, A conta vinculada, S. 74 ff.

Weiter- bzw. Rückgabe des Gegenstands; (ii) Verhinderung von Verfügungen über den Escrow-Gegenstand und von Besitzübertragungen; (iii) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Escrow-Agenten; und (iv) Zweck der Sicherung sowie der Abwicklung der Erfüllung einer vorbestehenden Schuldnerpflicht. Diese Merkmale werden weiter unten einzeln untersucht.

II.2.1. Bedingte Auslieferung des Gegenstands

Das Escrow-Agreement zielt auf das Erreichen eines Endzustandes ab, der erst mit der Weiter- bzw. Rückgabe des Escrow-Gegenstands herbeigeführt wird. Der Gegenstand bleibt nur zeitweilig beim Escrow-Agenten. Im Gegensatz zur Verwahrung (§ 688 BGB; Art. 627 CC) ist hier die Gegenstandaufbewahrung nicht Zieltätigkeit; die Aufbewahrung ist nur das technische Mittel zum Erreichen des Endzustands.

Die Aufbewahrung des Gegenstands „in Escrow“ ist mit der Unterstellung der Auslieferung des Gegenstands an gewisse Voraussetzungen verbunden, welche im Escrow-Agreement selbst enthalten sind. Vor dem Eintritt bzw. Ausfall solcher Voraussetzungen darf keine Hauptpartei die Herausgabe verlangen. Im Folgenden wird dargelegt, dass solche Voraussetzungen (meistens aufschiebende) Bedingungen im Sinne von § 158 BGB und Art. 121 CC bilden. Diese Einteilung ist nicht nur für den Schutz vor Zwischenverfügungen (§ 161 BGB, Art. 126 CC) wichtig, sondern auch für die Verteilung der in der Schwebezeit erzeugten Früchte gemäß der Rückbeziehung der Bedingung (§ 159 BGB, Art. 126 CC). Am wichtigsten strukturiert die Bedingung das Escrow-Verhältnis in seiner Gesamtheit: Keine Hauptpartei darf in der Schwebephase Auslieferung des Gegenstands verlangen oder Verfügungen über den Gegenstand treffen, denn der Anspruch auf Auslieferung ist noch nicht in die volle Wirksamkeit gelangt. In dieser Dissertation wird den Fall angenommen, dass die Auslieferung sofort nach Eintritt oder Ausfall der Escrow-Bedingung verlangt werden darf, sodass die Entstehung eines Anspruchs (und nicht bloß eines Rechts) anzusehen ist, es sei denn, dass in der einschlägigen Stelle eine andere Fallgestaltung zugrunde liegt.

Die Berechtigung am Gegenstand – also, wer im Hauptgeschäft eine Leistung verlangen darf bzw. keine Leistung zu bewirken hat – bestimmt sich allein nach dem Inhalt des Hauptgeschäfts, nicht nach dem des Escrow-Agreements. Wenn das Escrow-Agreement sinnvoll ausgestaltet ist, wird der die Berechtigung im Hauptgeschäft feststellende Tatbestand in Form einer Bedingung auf das Escrow-Agreement übertragen, sodass die Weiter- bzw. Rückgabe des

Gegenstands solche Berechtigung fingiert.[107] Jedoch beeinflussen die Umstände des Hauptgeschäfts meistens nicht die Abwicklung des Escrow-Verhältnisses. Dieses richtet sich in aller Regel nach seinen eigenen Maßstäben. Alle nötigen Umstände des Hauptgeschäfts müssen in der Escrow-Bedingung enthalten sein.

Beim Escrow-Agreement ist die Bedingung stets als eine Alternative aufgebaut: Entweder bekommt die eine oder die andere Hauptpartei den Gegenstand, aber stets nur eine von ihnen. Das schlägt sich in der Entweder-oder-Formulierung nieder: Entweder tritt die Bedingung ein oder sie fällt aus. Handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung, so bedeutet der Bedingungseintritt i. d. R., dass der Begünstigte zum Gegenstandempfang berechtigt ist, und der Bedingungsausfall spiegelt die Berechtigung des Hinterlegers wider.[108] So wird sichergestellt, dass nur eine Hauptpartei den Escrow-Gegenstand erlangt.

II.2.1.1. Deutschland

II.2.1.1.1. Einteilung als Bedingung

Eine Bedingung ist in Deutschland ein Vertragsbestandteil, der den Eintritt bzw. das Fortbestehen der Wirkungen eines Rechtsgeschäfts von einem im Grundsatz zukünftigen und ungewissen Ereignis abhängig macht.[109] Die Ungewissheit der Bedingung betrifft das Ob (*incertus an*), aber nicht den Zeitpunkt des Ereigniseintritts, der gewiss (*certus quando*) oder ungewiss (*incertus quando*) bleiben darf.[110] Das Ereignis, das über die Weiter- bzw. Rückgabe des Escrow-Gegenstands entscheidet, passt ohne weiteres zu dieser Definition.[111] Unschädlich

---

[107] Vgl. *Auer-Reinsdorff/Kast/Dressler* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 38, Rn. 108 ff. („Synchronisierung" des Softwareüberlassungsvertrags mit dem Hinterlegungsvertrag). In der notariellen Hinterlegung sehen die Auszahlungsvoraussetzungen normalerweise vor, was bei einer Direktzahlung erfolgen müsste, vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, BeurkG § 57, Rn. 72; Frenz/Miermeister/*Hertel*, BeurkG § 57, Rn. 49.

[108] Die gleiche Entweder-oder-Formulierung ist in der doppelnützigen Treuhand für Sicherungszwecke zu finden, siehe *Bitter*, ZIP 2015, 2249 (2256 f.). Zur Einordnung des Escrow-Agreements als doppelnützige Treuhand in Deutschland, siehe unten Kap. II.4.1.1.3.

[109] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, § 38, 1, a).

[110] Vgl. *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil, Rn. 828.

[111] In der Notarrechtslehre wird eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage regelmäßig gemieden, ob die Auszahlungsvoraussetzungen (bzw. Rückzahlungsvoraussetzungen) aufschiebende Bedingungen im Sinne von § 158 BGB darstellen. Gelegentlich wird diese Eigenschaft unterstellt. So bspw. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 83 ff.; *Preuß*, JuS 1996, 103 (105); *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 18; *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451 (471); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 42, 114 (Auszahlungsreife bedingt aufschiebend den Eintritt der Erfüllungswirkung. Der Autor vertritt die Auffassung, dass die Erfüllungswirkung durch Auszahlungsreife, und nicht durch tatsächliche Auszahlung, bewirkt wird); *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 212 (Verkäufer hat einen bedingten Anspruch auf Auszahlung). Auch bei der doppelnützigen Treuhand zur Insolvenzsicherung von Arbeitnehmeransprüchen ist am Eintritt der Insolvenz eine aufschiebende Bedingung anzusehen (vgl. *Rüger*, Die Doppeltreuhand, S. 192 f.). Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Frage wurde aber vom *Ganter* in DNotZ 2004, 421 (430 f.) unternommen, mit einem ähnlichen Ergebnis, wie hier vertreten.

ist, wenn eine Zeitgrenze dafür festgelegt ist: Es ist zwar gewiss, bis wann das Ereignis eintreten darf, aber nicht, ob es überhaupt eintreten wird (*incertus an*) bzw. der genaue Zeitpunkt des Ereigniseintritts innerhalb dieses Zeitraums (*incertus quando*).

Was eigentlich in einem Escrow-Agreement unter Bedingung steht, ist nicht der Escrow-Vertrag selbst, sondern die Weisung der Hauptparteien zur Auslieferung des Escrow-Gegenstands. Andere Weisungen können im Escrow-Agreement mit inbegriffen sein, nur aber die Auslieferung muss bedingt werden. Stünde die Auslieferung nicht unter einer Bedingung, könnte der Sicherungs- und Erfüllungszweck nicht erfüllt werden. Das Weisungsrecht ist anerkanntermaßen ein Gestaltungsrecht,[112] welches durch empfangsbedürftige Willenserklärung[113] auszuüben und somit als einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft[114] zu qualifizieren ist. Dieses Rechtsgeschäft knüpft an ein ungewisses künftiges Ereignis an, welches deswegen als Bedingung zu qualifizieren ist. Bedingungsbeispiel in einem Escrow-Agreement könnte in der Anweisung gesehen werden, dem Hausverkäufer den Kaufpreis nur nach Empfang der Schlüssel zu überweisen.

Auch die Bestimmung, den Betrag im Escrow-Account nur entsprechend gemeinsam erteilter Instruktionen zu überweisen, ist als Bedingung zu qualifizieren. Obwohl die gemeinsame Instruktion nichts anderes als Teil einer Weisung und dementsprechend der Ausübung eines Gestaltungsrechts ist, stellt sie auch ein ungewisses künftiges Ereignis dar. Es kann durchaus passieren, dass sich die Hauptparteien wegen Interessengegensätzlichkeit über die Instruktion nicht einigen. Obwohl die Auslieferungspflicht bereits im Escrow-Agreement vereinbart wird, hängt sie von der Abstimmung der Hauptparteien ab. Diese Abstimmung schlägt sich in der Instruktion nieder, welche dann als Bedingung für die Weiter- oder Rückgabe des Escrow-Gegenstands fungiert.

II.2.1.1.1.1. Keine Potestativität

Die üblichen Erscheinungsformen des Escrow-Agreements beinhalten eine zulässige Potestativbedingung. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass das zum Gegenstand der Bedingung gewordene Ereignis in einem Tun oder Unterlassen besteht, das dem Willen eines Vertragsteils unterliegt. Ein objektives Ereignis knüpft also an den Willen.[115] Sie ist nicht mit der Wollensbedingung zu verwechseln, dessen Zulässigkeit strittig ist, weil sie ausschließlich auf das

[112] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 665 BGB, Rn. 12; Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 665 BGB, Rn. 19.
[113] Vgl. Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 665 BGB, Rn. 19.
[114] Vgl. Staudinger/*Martinek*/*Omlor*, § 665 BGB, Rn. 6.
[115] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 684; MünchKomm/*Westermann*, § 158 BGB, Rn. 19.

Wollen einer Partei, das Geschäft gelten zu lassen, ankommt.[116] Da die Escrow-Bedingung üblicherweise auf die Erfüllung einer Gegenpflicht der anderen Hauptpartei im Hauptgeschäft (wie die Schlüsselübergabe im vorigen Beispiel) anknüpft, hängt gewissermaßen die Erfüllung der Bedingung vom tatsächlichen Willen ab, diese Pflicht zu vollziehen. Werden gemeinsame Instruktionen der Hauptparteien als Bedingung errichtet, dann könnte theoretisch jede Hauptpartei durch die bloße Verweigerung ihrer Unterschrift die Gegenstandweiter- bzw. -rückgabe verhindern. Die Bedingung wird aber nicht deswegen zu einer Wollensbedingung, weil die Zufügung der Unterschrift an Instruktionen i. d. R. nicht willkürlich vorenthalten werden kann. Die Bedingung im Escrow-Agreement spiegelt normalerweise den Verlauf des Hauptgeschäfts wider. In den meisten Fällen ist die betroffene Hauptpartei eigentlich nach Maßgabe des Hauptgeschäfts zur Unterschrift verpflichtet. Die Willenserklärung knüpft also an ein objektives Ereignis an.

II.2.1.1.1.2. Begründung eines Anwartschaftsrechts

In der Schwebezeit hat der bedingt Berechtigte nur die Aussicht, bei Eintritt der Bedingung ein Recht zu erwerben, es zu verlieren oder von einer Belastung befreit zu werden. Diese Lage ist nur zeitweilig und wird erst mit dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung endgültig entschieden. Solche Aussicht wird im deutschen Recht Anwartschaft genannt. Eine unter gewissen Umständen gesicherte Rechtsstellung ist eine verselbständigte Rechtsstellung, das sog. Anwartschaftsrecht.[117] Diese Rechtsstellung ergibt sich daraus, dass das Geschäft für die Partei, von welcher der Berechtigte das Recht erwirbt, nicht mehr einseitig verhindert werden kann, und dass die Rechtsordnung den Rechtserwerb beim Eintritt der Bedingung gewährleistet.[118] Nach einer bekannten BGH-Formel lässt sich das Anwartschaftsrecht so definieren: „dass von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsposition des Erwerbers gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr durch eine einseitige Erklärung zu zerstören vermag“.[119] Hängt der Bedingungseintritt jedoch von einem Verhalten der Gegenpartei ab, so gibt es eine Anwartschaft aber kein Anwartschaftsrecht, weil die Rechtsstellung des Beteiligten gerade noch einseitig beseitigt werden kann.[120] Die Bezeichnung der Rechtsposition des aufschiebend bedingt Berechtigten als Anwartschaftsrecht hat praktische Bedeutung, weil

[116] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, § 38, 2, d); MünchKomm/*Westermann*, § 158 BGB, Rn. 21 ff.
[117] Vgl. Staudinger/*Bork*, Vorb. § 158 BGB, Rn. 53.
[118] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 702.
[119] BGHZ 49, 197, Rn. 11.
[120] Vgl. Staudinger/*Bork*, Vorb. § 158 BGB, Rn. 54 f.

sie dieser Rechtsposition eine gewisse Verselbständigung gewährt, obwohl sie während der Schwebezeit weder ein schuldrechtliches noch ein dingliches Vollrecht bildet. Somit sind z. B. die Übertragbarkeit, die Pfändbarkeit und der Schutz des Anwartschaftsrechts gegenüber der Gegenpartei allgemein anerkannt im deutschen Recht.[121]

Ob das Escrow-Agreement ein Anwartschaftsrecht für den Begünstigten begründet, kann nicht einheitlich beantwortet werden, denn es kommt auf die Natur der Bedingung an. Bei M&A-Transaktionen ist der Anspruch auf Auslieferung des Gegenstands regelmäßig an die Bedingung geknüpft, dass versteckte Verbindlichkeiten aufgedeckt werden. In diesem Fall kann von einem Anwartschaftsrecht gesprochen werden, weil keine Hauptpartei dies einseitig steuern kann. In einem unidirektionalen Escrow-Agreement (zu dieser Klassifikation siehe unten Kap. II.3.4), bei dem der Begünstigte seine Gegenleistung erbringen muss, um vom Escrow-Agenten Auslieferung verlangen zu können, kann auch ein Anwartschaftsrecht angesehen werden. Anders z. B., wenn in einem unidirektionalen Escrow-Agreement die Auszahlung des Escrow-Betrags davon abhängt, dass der Hinterleger Vergleiche mit den Inhabern der die Kaufsache belastenden Pfandrechten trifft, um die Pfandforderungen zu verringern, damit der hinterlegte Kaufpreis sämtliche der Forderungen befriedigt.

II.2.1.1.2. Auswirkungen auf die Schwebephase

II.2.1.1.2.1. Vorzeitige Auslieferung

Für Verpflichtungsgeschäfte sieht § 160 BGB vor, dass der bedingt Berechtigte Schadensersatz von dem anderen Teil verlangen kann, wenn dieser das aufschiebend bedingte Recht durch Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt, und die Bedingung tatsächlich eintritt. Die Anspruchsgrundlage für diese Schadensersatzpflicht sieht die h. L. nicht in der Verletzung der aufschiebend bedingten Pflicht, sondern in der Verletzung von Verhaltens- und Leistungstreuepflichten aus § 241 Absatz 2 BGB (sog. Vorwirkungen) an, obschon dies auch auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nach § 280 Absatz 1 BGB gestützt werden könnte.[122] In diesem Sinne hat § 160 Absatz 1 BGB eher einen deklaratorischen Charakter.[123] Dasselbe gilt für die auflösende Bedingung nach § 160 Absatz 2 BGB. Folglich, wenn der Escrow-Agent vorzeitig den Escrow-Gegenstand ausliefert, macht er sich schadensersatzpflichtig nach den Maßgaben

[121] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Bork*, Vorb. § 158 BGB, Rn. 69 ff.
[122] Vgl. MünchKomm/*Westermann*, § 160 BGB, Rn. 1 f.
[123] Vgl. MünchKomm/*Westermann*, § 160 BGB, Rn. 3; *Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, § 52, Rn. 46 („nur eine klarstellende Bedeutung“).

der o. g. Vorschriften.

II.2.1.1.2.2. Zwischenverfügungen

Der Bedingungseintritt hat gemäß § 159 BGB keine Rückwirkung. Die Bedingung wirkt nicht dinglich zurück, die Parteien dürfen aber vereinbaren, dass sie schuldrechtlich einander so stellen müssen, als wäre die Bedingung zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten.[124] Diese Vorschrift erfasst sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäfte.[125] Für die Verteilung der Nutzungen und Lasten zwischen den Parteien während der Schwebezeit erlangt § 159 BGB große praktische Bedeutung.[126] Unten wird analysiert, wie sich dieser Grundsatz auf die Verteilung der vom Escrow-Gegenstand in der Schwebephase erzeugten Früchte auswirkt (Kap. II.7.4.3.1).

Trotz des Grundsatzes, dass der Bedingungseintritt nicht rückwirkt, schreibt § 161 Absatz 1, 2 BGB vor, dass jede weitere Verfügung über den Gegenstand während der Schwebezeit unwirksam ist, wenn solche Verfügung die von der Bedingung abhängige Wirkung vereitelt oder beeinträchtigt, und die Bedingung eintritt. Es gilt also der Prioritätsgrundsatz.[127] Dementsprechend fällt zum Bedingungseintritt an den bedingt Berechtigten das Recht, über das in der Schwebezeit verfügt worden ist; falls es sich um ein Recht an einer Sache handelt, muss der Zwischenerwerber sie herausgeben,[128] mindestens dann, wenn der Besitz des bedingt Berechtigten dadurch beeinträchtigt wird. Im Wesentlichen verhindert § 161 BGB Verfügungen durch den „Noch"-Berechtigten im Schwebezeitraum, sofern die Bedingung tatsächlich eintritt. Es handelt sich um eine absolute, und nicht nur relative Unwirksamkeit, wie bei den Veräußerungsverboten in §§ 135, 136 BGB.[129] Auch Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter in der Schwebezeit erfolgen, sind nach § 161 Absatz 1 Satz 2 BGB unwirksam. Mit Eintritt der Bedingung werden also Rechte wie das Pfändungspfandrecht unwirksam.[130] Der bedingt Berechtigte kann auf der Grundlage eines die Veräußerung hindernden Rechts seine Rechtsposition mit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO verteidigen.[131] Nicht von § 161 Absatz 1 Satz 2 BGB erfasst ist

[124] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, § 39, 1.
[125] Vgl. Beck-OGK/*Reymann*, § 159 BGB, Rn. 4.
[126] Vgl. Beck-OGK/*Reymann*, § 159 BGB, Rn. 4, 8.
[127] Vgl. *Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, § 52, Rn. 51.
[128] Vgl. Beck-OGK/*Reymann*, § 161 BGB, Rn. 39 f.
[129] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Bork*, § 161 BGB, Rn. 12.
[130] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Bork*, § 161 BGB, Rn. 9.
[131] Vgl. m. w. N. Keller/*Keller*, Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, Kap. 1, Rn. 633.

der Erwerb durch einen Dritten aufgrund eines Hoheitsakts, etwa in der Zwangsversteigerung durch den Gerichtsvollzieher, weil die Eigentumsbegründung dann als originärer Erwerb gilt.[132] Ohnehin stellen §§ 160, 161 BGB dispositives Recht dar und dürfen abbedungen werden. Sie ergänzen die Regelung der Schwebezeit nur in einer dem Parteiwillen entsprechenden Weise.[133]

Die Regelung der Schwebezeit liefert dem Berechtigten in einem Escrow-Agreement bereits eine erste Schicht von Schutz vor Zwischenverfügungen. Sofern die Bedingung einem Verfügungsgeschäft (und nicht einer schlichten schuldrechtlichen Pflicht) anhaftet, kann der Berechtigte schon die Unwirksamkeit etwaiger Zwischenverfügungen des Escrow-Agenten oder der anderen Hauptpartei geltend machen. Den wichtigsten Schutz liefert diesbezüglich aber die Übergabe des unmittelbaren Besitzes der Sache oder die Übertragung des Vollrechts an den Escrow-Agenten, wie es im Kapitel II.2.2.1 gezeigt wird. Im Außenverhältnis des Escrow-Agreements ist die Einteilung als Bedingung vor allem deswegen von Belang, weil sie es erlaubt, Pfändungen des Vollrechts zu verhindern, welche beim Bedingungseintritt das Recht des Berechtigten vereiteln oder beeinträchtigen. Die Trennung des Anwartschaftsrechts vom Vollrecht ermöglicht auch die Bestimmung des sich im Vermögen jeder Hauptpartei befindenden Rechts, welches von Drittgläubigern in der Schwebephase gepfändet werden kann.

II.2.1.2. Brasilien

II.2.1.2.1. Einteilung als Bedingung

Eine Bedingung ist in Brasilien eine Vertragsklausel, die die Wirkung eines Rechtsgeschäfts dem Eintritt eines künftigen und ungewissen Ereignisses unterstellt (Art. 121 CC). Wichtig für diese Einteilung ist das „Ob“ (*incertus an*) und nicht das „Wann“ (*incertus quando*).[134] Es ist auch möglich, dass ein gewisses Ereignis eine Bedingung darstellt, wenn ein zusätzliches Element hinzugefügt wird, das den Eintritt des Ereignisses ungewiss macht, z. B. der Tod einer Person vor einem bestimmten Zeitpunkt.[135] Unproblematisch kann vereinbart werden, dass eine Pflicht eines Vertragsteils zu Bedingung wird. Die Vertragsklausel hat dann Doppelcharakter. Auf der einen Seite unterliegt sie den Regeln des allgemeinen Schuldrechts, was die Entwicklung einer Verpflichtung angeht; auf der anderen Seite wird sie als eine Bedingung des allgemeinen Teils des Código Civil behandelt. Solche Erscheinungen werden geläufig

[132] Vgl. BGHZ 55, 20 (Rn. 41); m. w. N. Staudinger/*Bork*, § 161 BGB, Rn. 9.
[133] Vgl. MünchKomm/*Westermann*, § 160 BGB, Rn. 8.
[134] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 165.
[135] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. I, S. 450. Nach *Vicente Ráo* wäre eine implizite Zeitbestimmung sogar ein unverzichtbarer Bestandteil jeder Potestativbedingung (vgl. *Ráo*, Ato jurídico, Rn. 119, c, e).

„Vehikelpflicht“ genannt (*obrigação-veículo*).[136] Wichtig ist, dass die Vehikelpflicht nicht vollkommen der Willkür des Verpflichteten unterliegt, sonst könnte sie eine unzulässige reine Potestativbedingung darstellen.

Die Voraussetzungen für die Weiter- oder Rückgabe des Escrow-Gegenstands lassen sich ohne weiteres dieser Bedingungsdefinition subsumieren. Die Auslieferung des Escrow-Gegenstands ist nichts anderes als die Ausführung einer Weisung der Hauptparteien durch den Escrow-Agenten. Die Weisung bestimmt und gestaltet die Ausführung der Interessenwahrnehmung durch den Escrow-Agenten[137] und ist insoweit die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Sie erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung[138] und bildet also ein einseitiges Rechtsgeschäft.[139] Dieser Grundsatz vermag in der überwiegenden Mehrheit der Fälle richtig sein, weil die Weisungen meistens nur aus einem Pol des Rechtsverhältnisses kommen. Wenn sich aber die Weisung aus dem Zusammentreffen mehrerer Pole mit gegensätzlichen Interessen ergeben muss und der Auftragnehmer nicht irgendein Interesse des Auftraggebers, sondern nur solche Interessen wahrzunehmen hat, die in der Schnittmenge beider Interessensphären liegen, dann ist die Ausübung des Gestaltungsrechts nicht mehr einseitig, sondern zweiseitig und es ist keineswegs gewährleistet, dass eine solche Ausübung überhaupt gelingt. Um diese Schwierigkeit umzugehen, erteilen die Hauptparteien die Weisung im Voraus und knüpfen die volle Wirksamkeit der Weisung an den Eintritt eines künftigen Ereignisses. Die Auslieferungspflicht existiert schon im Keim, aber ihre Ausführung und die Bestimmung des Gläubigers sind dem Eintritt dieses Ereignisses – welches sodann als Bedingung zu beobachten ist – unterworfen.[140] Es ist zwar sicher, dass der Escrow-Gegenstand entweder weiter- oder zurückgegeben werden wird, aber der Eintritt des zum Escrow-Gegenstand berechtigenden Ereignisses ist in sich selbst ungewiss. Oft wird eine Pflicht des Hauptgeschäfts auf das Escrow-Agreement als Bedingung übertragen. Dann ist nur die Bedingungsfacette der Vehikelpflicht für das Escrow-Agreement erheblich; etwaige schuldrechtliche Auswirkungen einer Pflichtverletzung bleiben auf der Ebene des Hauptgeschäfts.

Auch andere Weisungen sind im Escrow-Agreement enthalten, bspw. die Weisungen

---

[136] Vgl. *Martins-Costa*, Execução diferida, S. 104 f.
[137] Vgl. *De Plácido e Silva*, Tratado do mandato, Bd. II, Rn. 437 (im Geschäftsbesorgungsrecht).
[138] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. VI, S. 169.
[139] *Pontes de Miranda* sagt nicht explizit, aber man kann seinem Werk den Grundgedanken entnehmen, dass die Ausübung von Rechten Rechtsgeschäfte (*negócios jurídicos*), rechtsgeschäftsähnliche Akte (*atos jurídicos stricto sensu*) und sogar Realakte (*atos-fatos jurídicos*) darstellen können. Siehe bspw. Tratado de direito privado, Bd. VI, S. 187, 192.
[140] Ähnlich: *De Plácido e Silva*, Tratado do mandato, Bd. II, Rn. 441 (bedingte Ausführung des Auftrags, ohne die Beifügung einer Bedingung an die Weisung zu erwähnen).

zur Aufbewahrung und zur Ziehung von Früchten aus dem Escrow-Gegenstand. Diese müssen aber nicht notwendigerweise an eine Bedingung geknüpft sein. Die Auslieferung des Escrow-Gegenstands muss dagegen immer zwingend unter Bedingung vereinbart werden, sonst erfüllt das Escrow-Agreement seinen Sicherungs- und Erfüllungszweck nicht.

Man könnte versuchen, die Einteilung als Bedingung mit der Begründung zu widersprechen, dass die Auslieferungspflicht von keinem künftigen und ungewissen Ereignis abhängt, weil nur die Person des Gläubigers solcher Auslieferungspflicht ungewiss wäre, nicht aber die Auslieferungspflicht selbst. Ein solcher Einwand hält nicht stand. Das Código Civil hat bei der Bedingungsdefinition eine breite Formulierung verwendet („die Wirkung des Rechtsgeschäfts einem künftigen und ungewissen Ereignis unterstellt"). Darunter sind nicht nur das Ob und Wann der Wirkung, sondern auch das Wie und sogar Teile davon zu verstehen. Meistens wird die volle Wirksamkeit (Ob und Wann) eines Vertrages oder einer Verpflichtung der Bedingung unterstellt, aber nichts spricht dagegen, dass nur die Bestimmung des Leistungsgegenstands oder die Bestimmung des Gläubigers bedingt wird. Ein gutes Beispiel davon liefern die Wahlschulden (*obrigações alternativas*) nach Art. 252 CC. Da gibt es nur ein Rechtsverhältnis und eine Schuld und beide sind von Anfang an gewiss, nur der Leistungsgegenstand ist zeitweilig als eine Alternative (Entweder-Oder) aufgebaut und mithin unbestimmt.[141] Dieser wird normalerweise auf Wahl einer der Parteien bestimmt, aber kann auch durch Ereignisse, die außerhalb des Parteienwillens liegen,[142] wie eine Bedingung,[143] bestimmt werden.[144] Auch die Person des Gläubigers kann innerhalb eines einzigen Rechtsverhältnisses zeitweilig unbestimmt bleiben und als eine Alternative zwischen der einen oder der anderen Partei aufgestellt werden. Diese Konstellation ist in der Rechtswissenschaft „disjunktives" Schuldverhältnis genannt.[145] Nachdem die Person des Gläubigers bestimmt wird, richtet sich die Schuldnerpflicht ausschließlich auf diesen Gläubiger, und der andere scheidet vom Schuldverhältnis aus.[146] Das Escrow-Agreement stellt also ein disjunktives Schuldverhältnis dar, weil die Schuld des Escrow-Agenten (die Auslieferung) und der Leistungsgegenstand (der eingelieferte Escrow-Gegenstand) bereits

[141] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. II, S. 119; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXII, S. 198.
[142] Vgl. Tepedino/*da Cruz*, Obrigações, S. 157 (bspw. durch eine Auslosung).
[143] Vgl. *Wald*, Direito civil, Bd. 2, S. 57.
[144] Zu Unrecht verneinen *Pontes de Miranda* (Tratado de direito privado, Bd. XXII, S. 197 f.) und *Gomes* (Obrigações, S. 92) diese Möglichkeit. Beide Rechtswissenschaftler scheinen aber nicht abzulehnen, dass die Bestimmung des Leistungsgegenstands von einer Bedingung abhängt; nur wäre dieser Sachverhalt nicht als Wahlschuld zu qualifizieren.
[145] Vgl. *Gondim Dias*, Natureza jurídica da solidariedade, S. 7; *Gomes*, Obrigações, S. 89 (allerdings beschränkt auf disjunktive Schuldverhältnisse auf Schuldnerseite).
[146] Vgl. *Gomes*, Obrigações, S. 89 (allerdings erwähnt er nur die Personenmehrheit auf Schuldnerseite).

beim Vertragsschluss gewiss sind, nur die Person des Gläubigers (des Berechtigten) ist vorläufig unbestimmt und vom Eintritt oder Ausfall der Escrow-Bedingung abhängig.

Einen Grenzfall stellen Escrow-Agreements dar, die die Erteilung von gemeinsamen Instruktionen als Bedingung errichten. Handelt es sich wirklich um eine Bedingung? Selbst wenn es sich dabei um eine bloße Handlung der Hauptparteien handelt, ist die Vornahme solcher Handlung wegen der widerstreitenden Interessen zweifelhaft. Obwohl ein Gestaltungsrecht im Endeffekt ausgeübt wird, basiert diese Ausübung auf einer Abstimmung der Weisungsbefugten. Dass diese Abstimmung erfolgreich herauskommt, ist alles andere als sicher, und in diesem Sinne bildet sie ein künftiges und ungewisses Ereignis. M. a. W. ist es unklar, ob die Erteilung einer gemeinsamen Instruktion erfolgen wird. Die gemeinsame Instruktion ist somit als Bedingung zu betrachten: Das die Ausübung des Gestaltungsrechts auf Weisungserteilung verkörpernde Rechtsgeschäft wird zum Zeitpunkt des Abschlusses des Escrow-Agreements unter der Bedingung vollzogen, dass die Hauptparteien sich über die Person des Gläubigers einigen und dies in einer Instruktion niederlegen.

II.2.1.2.1.1. Keine Potestativität

Potestativbedingungen werden in der brasilianischen Rechtslehre normalerweise in zwei Klassen unterteilt, nämlich die schlichte und die reine Potestativbedingung. In beiden Klassen ist die Wirksamkeit des Geschäfts einem vom Willen eines Vertragsteils abhängigen Ereignis unterworfen. Bei der schlichten Potestativbedingung basiert solcher Wille auf Umständen, die ein erhebliches Interesse des Vertragsteils verkörpern.[147] Der Geschäftswille ist also rechtsverbindlich. Die reine Potestativbedingung unterwirft demgegenüber die Wirksamkeit des Geschäfts der bloßen Willkür eines Vertragsteils (*si voluero*). Der Geschäftswille ist hier nicht seriös.[148] Nur die schlichte Potestativbedingung ist im brasilianischen Recht zulässig.[149] Wenn die Bedingung an objektive Kriterien für die Beurteilung des Parteienwillens anknüpft, so liegt keine unzulässige Bedingung vor.[150]

Die Bedingung des Escrow-Agreements knüpft manchmal nicht an den Willen einer

[147] Zu Recht weist *Martins-Costa* auf die Erheblichkeit des der schlichten Potestativbedingung zugrundeliegenden Interesse hin, um die Frage zu lösen, ob die Erfüllung einer Pflicht eine schlichte oder reine Potestativbedingung darstellt. Die bloße Bilateralität des Vertrags reicht nicht aus. Vgl. *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 73 f.
[148] Vgl. *Monteiro*, Curso de direito civil, Bd. 1, S. 312.
[149] Vgl. *Lotufo*, Código civil comentado, Bd. 1, S. 348.
[150] Vgl. *Martins-Costa*, Execução diferida, S. 100. Ähnlich: Tepedino/*Vencelau*, A parte geral do código civil, S. 209 (wenn die Handlung des Schuldners von den Umständen beeinflusst wird, sodass solche Handlung nicht seiner Willkür ausgesetzt ist, ist die Bedingung nicht rein potestativ).

Partei an, bspw. wenn die Auszahlung vom Escrow-Account von einer behördlichen Genehmigung abhängt. Hier kann nicht die Rede nicht von Potestativität sein. In anderen Fällen knüpft sie an den Willen eines Vertragsteils (z. B. an eine Vehikelpflicht oder an eine gemeinsame Instruktion), diese Bedingung ist trotzdem meistens nur schlicht potestativ und nicht rein potestativ. Die Erfüllung einer Pflicht des Hauptgeschäfts bildet ein erhebliches Interesse beider Hauptparteien und knüpft an objektive Kriterien an. Der Geschäftswille im Escrow-Agreement ist unzweifelhaft seriös, denn die Nichterfüllung einer Pflicht im Hauptgeschäft macht das Escrow-Agreement nicht zunichte, sondern beeinflusst nur die Bestimmung des Gläubigers der Auslieferung (siehe Kap. II.6.1.2). Besteht die Bedingung in der Erteilung einer gemeinsamen Instruktion, so ist das auch keine reine Potestativbedingung, weil die Einwilligung in die Instruktion nicht willkürlich vorenthalten werden darf. Ansonsten kann der Berechtigte kann die Einwilligung bei der gegnerischen Hauptpartei einklagen.[151]

II.2.1.2.1.2. Begründung eines Anwartschaftsrechts

Im brasilianischen Recht entfaltet das aufschiebend bedingte Geschäft schon während der Schwebezeit eine Mindestwirkung (*efeito mínimo*). Der bedingt Berechtigte hat noch nicht das Forderungsrecht (*direito de crédito*), aber schon das Recht auf eine Forderung (*direito a crédito*) – auch Anwartschaftsrecht (*direito expectativo*) genannt.[152] Dieses hat seine Verselbständigung und integriert das Vermögen des bedingt Berechtigten. Verfügungen über das Anwartschaftsrecht, wie Übertragungen und Belastungen, sind dementsprechend zulässig.[153] Der bedingt Berechtigte darf auch sein Anwartschaftsrecht durch vorbeugende Maßnahmen schützen, gemäß Art. 130 CC.[154] Im Gegensatz zu Deutschland ist für das Anwartschaftsrecht in Brasilien die Voraussetzung der Nichtbeeinflussung der Entstehung des Forderungsrechts durch den anderen Beteiligten entbehrlich. Das Anwartschaftsrecht tritt immer zu Tage, wenn das Forderungsrecht bedingt ist. Man kann daher behaupten, der bedingte Auslieferungsanspruch im Rahmen eines Escrow-Agreements stellt immer ein Anwartschaftsrecht dar.

---

[151] Die Rechtsprechung muss dies meistens nicht ausdrücklich sagen, weil die brasilianischen Escrow-Verträge das Erlassen einer rechtskräftigen Entscheidung als Bedingung vorsehen. Siehe bspw. TJSP, Berufung 1110268-71.2018.8.26.0100, Tenor Ricardo Negrão, 06.10.2020; TJSP, Berufung 1004263-78.2016.8.26.0299, Tenor João Pazine Neto, 23.05.2023.

[152] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 198 f.; *Amaral*, Da irretroatividade da condição, S. 98 f.; *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 104. Die Existenz eines Anwartschaftsrechts wird in anderen Orten nicht direkt angesprochen, aber vermutet, bspw. Tepedino/*Vencelau*, A parte geral do novo código civil, S. 218; *Maluf*, As condições no direito civil, S. 97, 106 (fälschlich „*expectativa de direito*“ genannt).

[153] Vgl. m. w. N. *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 104.

[154] Vgl. *Amaral*, Direito civil, S. 577.

II.2.1.2.2. Auswirkungen auf die Schwebephase

II.2.1.2.2.1. Vorzeitige Auslieferung

Das Código Civil beinhaltet keine explizite Schadensersatzregelung für die Schwebezeit. Art. 129 CC ist eng auf den Tatbestand zugeschnitten, dass die vom Eintritt der Bedingung bevorteilte Partei ihn arglistig herbeiführt, oder dass die von ihm benachteiligte Partei ihn arglistig verhindert. Der Schadensersatzanspruch kann sich aber aus einem breiteren Spektrum von Sachverhalten ergeben. Bspw. kann der Bedingungseintritt nicht arglistig, sondern fahrlässig verursacht werden. Außerdem muss der benachteiligte Vertragsteil nicht unbedingt Art. 129 CC geltend machen, wenn dies für ihn ungünstig ist. Die allgemeine Schadensersatzpflicht nach Arts. 186, 927 CC bleibt somit in der Schwebezeit anwendbar.[155] Wenn der Escrow-Agent seiner Weisung zuwider vorzeitig den Gegenstand ausliefert, kann ihn die benachteiligte Hauptpartei wegen Pflichtverletzung verklagen und Schadensersatz verlangen.

II.2.1.2.2.2. Zwischenverfügungen

Heikler ist die Frage des Schutzes des bedingt Berechtigten in der Schwebezeit vor Zwischenverfügungen. Nach Art. 126 CC sind Zwischenverfügungen unwirksam, wenn die aufschiebende Bedingung eintritt und die Zwischenverfügung mit der Bedingung unvereinbar ist. Voraussetzungen dafür sind dementsprechend (1) das Vorbestehen einer Erstverfügung, (2) die Unvereinbarkeit der Erstverfügung mit der Zwischenverfügung und (3) der Eintritt der Bedingung.[156] Handlungen von Dritten, die einer Zwischenverfügung vergleichbar sind, wie die Pfändung und der Arrest durch das Gericht, sind von Art. 126 CC miterfasst,[157] sodass die Pfändung unwirksam wird, wenn die Bedingung eintritt. Der benachteiligte Dritte kann in diesem Fall die Pfändung mit der Drittwiderspruchsklage (*embargos de terceiro*) nach Art. 674, *caput*, CPC beanstanden. Wenn aber die Pfändungssache gerichtlich veräußert wird (*alienação judicial*), schadet die die Pfändungssache anhaftende Bedingung den Erwerb des Dritten nicht mehr, weil der Erwerb dann originär erfolgt.[158]

---

[155] Vgl. *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 136 ff.

[156] Über die Möglichkeit der Zufügung einer Bedingung zu einem Verfügungsgeschäft, also auf dinglicher Ebene, siehe *Couto e Silva*, A obrigação como processo, S. 59.

[157] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 241; *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 163 f.; *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. III, S. 90.

[158] Der originäre Charakter des Erwerbs bei der gerichtlichen Veräußerung ist vom STJ mehrmals behauptet worden (bspw. STJ, REsp 1.038.800/RJ, Tenor Min. Herman Benjamin, 20.08.2009; STJ, REsp 807.455/RS, Tenor Min. Eliana Calmon, 28.10.2008).

Keine Einigkeit besteht über den Grund der Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen. Einige Stimmen im Schrifttum rechtfertigen es mit der Rückwirkung der Erstverfügung.[159_160] Andere sehen darin keine Rückwirkung, sondern eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Verfügenden.[161] Diese Frage spielt eine wichtige Rolle bei der Verteilung der in der Schwebezeit erzeugten Früchte (siehe unten Kap. II.7.4.3.2).[162] Es ist nicht Gegenstand dieser Arbeit, die Grundlagen des Art. 126 CC eingehend zu untersuchen. Wichtig ist zum einen die Regel, dass Zwischenverfügungen unwirksam sind, wenn die damit unvereinbaren Bedingung eintritt; zum anderen, dass selbst wenn man annimmt, dass die Bedingung dinglich rückwirkt, wären die in der Schwebezeit erzeugten Früchte eine Ausnahme,[163] sodass eine anderweitige Verteilung der Früchte nur schuldrechtlich passieren kann.

Mit diesen Überlegungen im Sinn wird ersichtlich, dass der Berechtigte in einem Escrow-Agreement vor Zwischenverfügungen geschützt ist. Ein stärkerer Schutz wird allerdings durch die Verhinderung von Verfügungen durch die Übergabe der Escrow-Sache bzw. Übertragung des Vollrechts an den Escrow-Agenten erreicht (wie im Kap. II.2.2.2 weiter ausgeführt). Vor allem aber im Außenverhältnis des Escrow-Agreements ist der Schutz vor Zwischenverfügungen von Belang, da eine Verstrickung im Auftrag von Drittgläubigern des Escrow-Agenten in einem Besitz-Escrow zwangsläufig mangels Inhaberschaft des Escrow-Gegenstands ins Leere läuft (Kap. II.8.2.1). Den Drittgläubigern der Hauptparteien bleibt auf der

---

[159] Vgl. *Monteiro*, Curso de direito civil, Bd. 1, S. 318 f.; *Beviláqua*, Theoria geral do direito civil, S. 302. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. III, S. 90 f.

[160] So vielfältig sind die Meinungen zur Frage der Rückwirkungen, dass eine Auseinandersetzung mit ihnen in dieser Arbeit nicht möglich ist. Die bedeutendsten Meinungen lassen sich in drei Kategorien gruppieren. Zum einen gibt es Stimmen für die Gestattung von Rückwirkungen (vgl. *Monteiro*, Curso de direito civil, Bd. 1, S. 316 f.; *Beviláqua*, Theoria geral do direito civil, S. 300; *Dantas*, Programa de direito civil, S. 266; *Lotufo*, Código civil comentado, Bd. 1, S. 357; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. I, S. 258; *Maluf*, As condições no direito civil, S. 131; Tepedino/*Vencelau*, A parte geral do novo código civil, S. 219 f. (trotzdem gäbe es so viele Ausnahmen zur allgemeinen Regel, dass man kaum noch von einer Regel sprechen könnte). Einige Stimmen akzeptieren Rückwirkungen dann, nur wenn dies vereinbart wird (vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. I, S. 454; *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. III, S. 90). Zum anderen gibt es diejenigen, die dem Bedingungseintritt nur *ex nunc* Effekte beimessen (vgl. Teixeira/*Oliveira*, Comentários ao novo código civil, Bd. II, S. 329; *Serpa Lopes*, Curso de direito civil, Bd. I, Rn. 348; *Amaral*, Da irretroatividade da condição, Rn. 109). Eine Variante dieser Lehre lässt schuldrechtliche, aber nicht dingliche Rückwirkungen zu (vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 212 f., 228, 238). Schließlich gewährt eine dritte Meinungsrichtung dem Bedingungseintritt *ex nunc* oder *ex tunc* Wirkungen je nach dem Wesen des Rechtsverhältnisses (Vgl. *Gomes*, Introdução ao direito civil, Rn. 233; *Ráo*, Ato jurídico, Rn. 122; *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 144 f.).

[161] Vgl. *Amaral*, Direito civil, S. 585; *Amaral*, Da irretroatividade da condição, Rn. 95; *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 163.

[162] Vgl. *Dantas*, Programa de direito civil, S. 266; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 238; *Beviláqua*, Theoria geral do direito civil, S. 301; Tepedino/*Vencelau*, A parte geral do novo código civil, S. 218; *Ráo*, Ato jurídico, Rn. 122, C.

[163] Vgl. *Martins-Costa*, Condição suspensiva, S. 143; *Ráo*, Ato jurídico, Rn. 122, C.

anderen Seite nur die Pfändung des Anwartschaftsrechts oder, wenn sie Gläubiger des „Noch-Inhabers“ des Vollrechts sind, müssen sie sich den Bestimmungen des Escrow-Agreements unterwerfen (Kap. II.8.2.2).

II.2.1.3. Fazit

Die Voraussetzungen für die Auslieferung des Escrow-Gegenstands bilden in Deutschland und in Brasilien eine Bedingung. Bedingt wird nicht der Escrow-Vertrag selbst, sondern die Weisung zur Auslieferung des Gegenstands. Das bedeutet, das Gestaltungsrecht auf Erteilung einer Weisung wird im Einklang mit seiner Rechtsnatur als zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Bedingung ausgeübt. Die Ausübung des Weisungsrechts verschafft dem Escrow-Agenten die Pflicht zur Auslieferung, welche zur vollen Wirksamkeit gelangt, wenn die Bedingung eintritt. In der Schwebephase haben die Hauptparteien in Brasilien nur ein Anwartschaftsrecht (*direito expectativo*); in Deutschland muss im konkreten Fall das Vorliegen eines Anwartschaftsrechts geprüft werden, weil dafür die Unmöglichkeit der einseitigen Beseitigung der Rechtsstellung des Berechtigten erforderlich ist.

In beiden Rechtsordnungen ist der Berechtigte in ähnlicher Weise während der Schwebezeit geschützt. Bei Vereitelung oder Beeinträchtigung des von der Bedingung abhängigen Rechts kann eine Schadensersatzpflicht entstehen. Ferner sind die in dieser Zeitspanne getroffenen Verfügungen (Pfändungen und sonstige Verstrickungen des Escrow-Gegenstands eingeschlossen) unwirksam, wenn sie mit dem bedingten Recht unvereinbar sind und die Bedingung eintritt.

II.2.2. Verhinderung von Verfügungen und Besitzübertragungen

Verhinderung von Verfügungen oder Besitzübertragungen kann in zweierlei Weise verwirklicht werden: entweder wird dem Escrow-Agenten der schlichte unmittelbare Besitz oder dieser verbunden mit der Vollrechtsinhaberschaft übertragen. Es muss daher angesichts der Voraussetzungen einer wirksamen Verfügung geprüft werden, ob und wie das Escrow-Agreement Verfügungen tatsächlich verhindert.

Für den Zweck der Verfügungsverhinderung genügt nicht, dem Escrow-Agenten die Verfügungsmacht ohne Besitz einzuräumen. Da ein völliger Entzug der Verfügungsmacht des Eigentümers (also des Hinterlegers) nicht möglich ist,[164] könnte er in dem Fall weiterhin

[164] In Deutschland darf die Verfügungsmacht nach § 137 Satz 1 BGB nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen

Verfügungen über den Gegenstand treffen. Fehlt ihm jedoch der Besitz über die Sache, so kann eine notwendige Voraussetzung für die wirksame Verfügung verhindert werden, wie im Folgenden erläutert wird.

Obwohl die Hauptparteien über § 161 Absatz 1 BGB oder Art. 126 CC von einem gewissen Schutz vor Verfügungen in der Schwebephase genießen, bestünde trotzdem die Gefahr eines unsorgfältigen Umgangs mit dem Gegenstand, wenn dieser nicht einem unabhängigen und unparteilichen Dritten übergeben wird. Außerdem könnte die gegnerische Hauptpartei u. U. den gutgläubigen Erwerb des Gegenstands veranlassen. Das Escrow-Agreement bietet somit für beide Hauptparteien einen Schutz an, der anderweitig nicht oder nur schwer zu erreichen wäre.

II.2.2.1. Deutschland

Rechtsübertragungen erfolgen im deutschen Recht durch Verfügungsgeschäfte. Solche sind Rechtsgeschäfte, vermöge dessen ein vorbestehendes Recht geändert, übertragen, belastet oder aufgehoben wird.[165] Von ihnen sind die Geschäfte abzugrenzen, die nur ein Schuldverhältnis nach § 241 Absatz 1 BGB begründen (sog. Verpflichtungsgeschäfte).[166] Verfügungsgeschäfte setzen mindestens ein rechtsgeschäftliches Element voraus. Dieses reicht z. B. bei der Abtretung von Forderungen aus. Kein weiterer Akt ist für die Vervollständigung der Forderungsabtretung nötig. Im Sachenrecht wird aber neben dem rechtsgeschäftlichen ein Vollzugsakt erfordert, nämlich die Übergabe der Sache oder ein Übergabesurrogat bei beweglichen Sachen, und die Grundbucheintragung bei Grundstücken.[167] Man spricht daher von einem Doppeltatbestand, der sich aus Einigung und Übergabe – um die genaue Überschrift des § 929 BGB zu nutzen – bzw. Eintragung zusammensetzt. Die dogmatische Qualifikation des Übereignungstatbestands sowie das Verhältnis von Einigung und Übergabe ist seit langem Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion, so dass es hier einer näheren Untersuchung nicht bedarf.[168]

---

oder beschränkt werden. Eine solche Vereinbarung hätte nur schuldrechtliche, aber nicht dingliche Wirkungen (vgl. MünchKomm/*Armbrüster*, § 137 BGB, Rn. 26). In Brasilien gilt der Grundsatz der Uneinschränkbarkeit der Verfügungsmacht (*princípio da irrestringibilidade do poder de disposição*), welcher nicht ausdrücklich geregelt ist, aber dem Privatrechtssystem entnommen werden kann (vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de Direito Privado, Bd. V, S. 393); *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 164 f. Ähnlich: *Haical*, A autorização no direito privado, S. 146 f. (die Verfügungsermächtigung schränkt die Verfügungsmacht des Ermächtigenden nicht ein).

[165] Für eine Darlegung der Entwicklung dieses Begriffs in der deutschen Rechtswissenschaft, siehe Coing/Wilhelm/*Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts, S. 213, insb. 220 ff.

[166] Vgl. Beck-OGK/*Herresthal*, § 311 BGB, Rn. 37.

[167] Vgl. Staudinger/*C Heinze*, Vorb. § 929 BGB, Rn. 8.

[168] Für eine tiefgreifende Diskussion über das Verhältnis der dinglichen Einigung und Sachübergabe, siehe Canaris/Heldrich/*Wiegand*, FS 50 Jahre BGH, Kap. III.5-III.6.

Im Grundsatz verlangt das BGB in der Konstellation des § 929 Absatz 1 (Sachübergabe) die völlige Besitzaufgabe durch den Veräußerer, sodass der Erwerber Alleinbesitz über die bewegliche Sache erlangt.[169] In der berühmten Begriffsbestimmung des Reichsgerichts muss dem Veräußerer „nicht mehr den geringsten Rest eines Besitzes (im Sinne der tatsächlichen Gewalt) in der Hand“[170] verbleiben. Behält der Veräußerer nach der Sachübergabe den Mitbesitz oder den mittelbaren Besitz, fehlt es an einer Übergabe.[171] Das BGB geht zwar im § 929 Absatz 1 vom sog. Übergabe- oder Traditionsprinzip[172] aus, lässt aber in §§ 929 Absatz 2, 930, 931 drei Formen[173] der Ersetzung der Übergabe der beweglichen Sache zu, nämlich die *traditio brevi manu*, Besitzkonstitut oder Abtretung des Herausgabeanspruchs. Solche sind Übergabesurrogate genannt.[174]

Das Verfügungsgeschäft ist im deutschen Recht im Verhältnis zu dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft abstrakt. Das bedeutet zum einen, dass sich sein Inhalt auf die Herbeiführung der Verfügungswirkungen, die Bestimmung der Beteiligten sowie des Verfügungsgegenstands beschränkt, und zwar ohne Inbezugnahme des Kausalgeschäfts (inhaltliche Abstraktheit). Zum anderen ist das Verfügungsgeschäft vom Vorhandensein oder von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts auch unabhängig (äußerliche Abstraktheit).[175] Im Ergebnis, soweit Einigung und Übergabe bestehen, ist die Rechtsübertragung in der Regel wirksam, ungeachtet des kausalen Verpflichtungsgeschäfts.

Grundstein des Verkehrsschutzes im deutschen Recht ist der gutgläubige Erwerb von einem Nichtberechtigten nach §§ 932 ff. BGB. Dieser setzt eine wirksame dingliche Einigung und die Übergabe voraus.[176] Die Besitzübergabe erfüllt dann die Funktion einer Legitimationsgrundlage für den Schutz des guten Glaubens.[177] In gutem Glauben ist, wer das fehlende Eigentum des Veräußerers ohne grobe Fahrlässigkeit ignoriert. Hat der Erwerber positive Kenntnis, oder kennt er die Tatsachen, deren richtigen Würdigung die Erschließung der mangelnden

[169] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*Oechsler*, § 929 BGB, Rn. 54, 57.
[170] RGZ 137, 23 (25).
[171] Vgl. Staudinger/*C Heinze*, § 929 BGB, Rn. 62.
[172] Traditionsprinzip wäre der Grundsatz, dass die Übereignung erst mit der Sachübergabe vollständig wird. Dem steht das sog. Vertrags- oder Konsensprinzip entgegen, wonach das Eigentum bereits beim Erreichen des Einigseins übergeht, unabhängig von der faktischen Übergabe (vgl. Beck-OGK/*Klinck*, § 929 BGB, Rn. 7, 7.1).
[173] Vgl. *Weber*, JuS 1998, 577 (577).
[174] Ein Teil der Literatur vertritt, man sollte anstatt von Ausnahmen zum Traditionsprinzip eher von einem System sprechen, welches für die Übereignung nur den Wechsel des mittelbaren oder unmittelbaren Eigenbesitzes erfordert. Vgl. Beck-OGK/*Klinck*, § 929 BGB, Rn. 8; *Ernst*, Eigenbesitz, S. 308 f.
[175] Vgl. *Grigoleit*, AcP 1999, 379 (380 f.).
[176] Vgl. MünchKomm/*Oechsler*, § 932 BGB, Rn. 10, 13.
[177] Vgl. Beck-OGK/*Klinck*, § 932 BGB, Rn. 7 ff.

Berechtigung des Veräußerers erlauben würde, so ist er nicht in gutem Glauben, wenn die falsche Einschätzung auf grober Fahrlässigkeit beruht.[178] Jedenfalls wird der Erwerbsvorgang gemäß §§ 932 ff. BGB nur dann vollständig, wenn der Erwerber den Besitz der Sache erlangt – das gilt auch bei Übereignungen durch Übergabesurrogate.

Angesichts dieser skizzierten Systematik des deutschen Rechts stellt sich das Ziel jedes auf bloßer Übertragung unmittelbaren Besitzes basierenden Escrow-Agreements als das faktische Verunmöglichen der Übergabe der Escrow-Sache und der Übergabesurrogate. So wird ein notwendiger Schritt (nämlich der Vollzugsakt) des Verfügungsvorgangs gehemmt, und mithin bleibt der Escrow-Gegenstand beim Escrow-Agenten gesichert. Handelt es sich um ein Escrow-Agreement, dessen Gegenstand in einem Vollrecht besteht, so können die Hauptparteien nach erfolgreicher Einlieferung aufgrund mangelnder Verfügungsmacht keine Verfügungen treffen.

II.2.2.1.1. Übertragung des unmittelbaren Besitzes

Bei der Verhinderung der Verfügungsmöglichkeit durch einfache Besitzübertragung an den Escrow-Agenten wird eine Voraussetzung der wirksamen rechtsgeschäftlichen Verfügung oder die Übertragung des Besitzes faktisch unmöglich gemacht. Dafür ist es notwendig, entweder dass das Gesetz je nach der Natur des Gegenstands die Besitzerlangung für die Verfügung voraussetzt oder dass der Besitz am Gegenstand selbst Inhalt der Schuldnerpflicht im Hauptgeschäft bildet. Nicht immer erfordert das Gesetz aber die Erlangung unmittelbaren Besitzes für den Vollzug der Verfügung, denn diese kann ja durch Übergabesurrogate ersetzt werden. Das Escrow-Agreement muss dementsprechend so aufgebaut werden, dass der Hinterleger auch kein Übergabesurrogat faktisch vollziehen kann. Die Auslieferung besteht dann in der Abgabe des unmittelbaren Besitzes an den Berechtigten.

II.2.2.1.1.1. Ungeeignete Gegenstände

Verfügungen über Grundstücke können nicht mittels Übertragung unmittelbaren Besitzes an den Escrow-Agenten verhindert werden. Die Übertragung und die Belastung vom Eigentum an Grundstücken bedürfen nach § 873 Absatz 1 Alternative 1, 925 Absatz 1 Satz 1 BGB der Auflassung und Eintragung ins Grundbuch. Die Besitzübergabe an einem Grundstück ändert nichts an der dinglichen Rechtslage.[179]

Auch Forderungen können nicht mit der bloßen Überlassung unmittelbaren Besitzes

[178] Vgl. m. w. N. Staudinger/*C Heinze*, § 932 BGB, Rn. 38, 41.
[179] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 19, Rn. 1.

beim Escrow-Agenten gesichert werden. Rechte, inklusive Forderungen, können im Grundsatz nicht Gegenstand des Besitzes sein.[180] Ferner genügt für die wirksame Abtretung einer Forderung nach § 398 ff. BGB, soweit besondere Regeln und Abtretungsverbote nicht eingreifen, der Abtretungsvertrag.[181] Auch hier werden also die Verfügungsmöglichkeiten nicht durch den Besitz berührt.

II.2.2.1.1.2. Bewegliche Sachen

Praktisch kann das Escrow-Agreement mit einfacher Besitzübertragung nur Verfügungen über bewegliche Sachen verhindern. Die rechtsgeschäftliche Veräußerung beweglicher Sachen, gleich wie die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts, etwa eines Pfandrechts (§ 1204 BGB) oder eines Nießbrauchs (§ 1032 BGB), setzt die dingliche Einigung und „das reale Erfordernis der Übergabe der Sache“[182] (§ 929 Satz 1 BGB) oder anstatt der letzten ein Übergabesurrogat (§§ 929 Satz 2, 930, 931 BGB) voraus. Ohne Bedeutung für das Escrow-Agreement ist die Übereignung „kurzer Hand“, weil dafür der Dritterwerber bereits im Besitz der Sache sein müsste, was nicht der Situation eines Escrow-Agreements entspricht. Bei den anderen drei Formen der Besitzübertragung gelingt es dem Escrow-Agreement, Verfügungen durch die Hauptparteien zu verhindern.

Die Übergabe nach § 929 Satz 1 BGB besteht im Regelfall in der vollständigen Aufgabe der Sachherrschaft durch den Veräußerer und Begründung des Besitzes durch den Erwerber.[183] Auch ein gutgläubiger Erwerb nach § 932 ff. BGB erfordert im Grundsatz die Erlangung des unmittelbaren Besitzes. Solange die Sache sich im Besitz des Escrow-Agenten befindet, können die Hauptparteien keinen Besitzerwerb durch Dritte veranlassen. Verfügungen nach § 929 Satz 1 BGB sowie ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 932 ff. BGB werden mithin blockiert. Die Übertragung des dem Veräußerer zustehenden mittelbaren Besitzes ist nicht Gegenstand von § 929 Satz 1 BGB, sondern fällt unter die Regelung des § 931 BGB.[184]

Die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB wird auch durch das Escrow-Agreement verhindert, weil der Anspruch unter einer aufschiebenden Bedingung steht (die

[180] Vgl. Beck-OGK/*Götz*, § 854 BGB, Rn. 34.
[181] Vgl. MünchKomm/*Kieninger*, § 398 BGB, Rn. 3.
[182] Vgl. *Weber*, JuS 1998, 577 (577).
[183] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*Oechsler*, § 929 BGB, Rn. 54, 57.
[184] Die Übereignung unter Beibehaltung des unmittelbaren Besitzes eines „gleichbleibenden“ Besitzmittlers regelt § 931 BGB (vgl. *Martinek*, AcP 188, 573 (587 f.)). Die Verschaffung des mittelbaren Besitzes in der Person des Erwerbers sei aber genug, wenn der Veräußerer selbst unmittelbarer Besitzer ist und den unmittelbaren Besitz einem Besitzmittler des Erwerbers überträgt (vgl. *Martinek*, AcP 188, 573 (594 f.); MünchKomm/*Oechsler*, § 929 BGB, Rn. 57).

Ausgestaltung mit einer auflösenden Bedingung kommt seltener vor, ist aber auch möglich). Diese Vorschrift gestattet die Ersetzung der Sachübergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, wenn die Sache im unmittelbaren Besitz eines Dritten liegt. Das dient dem sog. Vereinfachungsprinzip, weil dann der Erwerber die Sache direkt von dem Dritten erhalten kann.[185] In der Regel befindet sich der Veräußerer im Fall des § 931 BGB in einem Besitzmittlungsverhältnis mit dem unmittelbaren Besitzer, sodass die Abtretung des sich aus dem Besitzmittlungsverhältnis ergebenden schuldrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe der Sache die Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 870 BGB tätigt.[186] Der unmittelbare Besitzer wird durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs allerdings nicht automatisch Besitzmittler für den Erwerber, sondern nur, wenn er die neue Besitzmittlung für den Erwerber annimmt. Lehnt er ab, schadet das dem Eigentumsübergang nicht: Nur hat die Ablehnung zur Folge, dass der mittelbare Besitz des Erwerbers untergeht.[187] Obwohl die Abtretung eines künftigen, aufschiebend bedingten Herausgabeanspruchs für den Übereignungstatbestand im Prinzip ausreicht, versteht die h. L., dass in diesem Fall die Übereignung erst mit Eintritt der vollen Wirksamkeit des Herausgabeanspruchs vollständig wird.[188] Während der Laufzeit des Escrow-Agreements können die Hauptparteien folglich nicht mittels Abtretung des Herausgabeanspruchs nach §§ 398, 870 BGB den Erwerb des Eigentums am Escrow-Gegenstand veranlassen. Der Auslieferungsanspruch ist in der Schwebephase, wie bereits erläutert, aufschiebend bedingt.

Die Übergabe durch Besitzkonstitut gemäß § 930 BGB wird ebenso durch das Escrow-Agreement unmöglich gemacht. Die Vorschrift betrifft den Fall, dass der bisherige Eigentümer nach der Veräußerung weiterhin im unmittelbaren Besitz der Sache bleibt und als Besitzmittler für den Erwerber fungiert, der dann zum mittelbaren Besitzer wird. Dass die Hauptparteien den unmittelbaren Besitz des Escrow-Gegenstands nicht haben, versteht sich aus dem Wesen des Escrow-Agreements. Ist der Veräußerer im mittelbaren Besitz der Sache, so besteht die Möglichkeit eines mehrstufigen Besitzverhältnisses i. S. v. § 871 BGB, in dem der Dritte den unmittelbaren Besitz der Sache behält und der Veräußerer als erststufiger Besitzmittler für den Erwerber handelt, der dann als zweitstufiger mittelbarer Besitzer auftritt.[189] Doch, wenn der Veräußerer trotz Alleineigentum nur den mittelbaren Mitbesitz und keinen Herausgabeanspruch gegen den Mitbesitzer hat, ist die Eigentumsübertragung an den Erwerber nur unter

[185] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 51, Rn. 35.
[186] Vgl. BGH NJW 1959, 1536 (1538); *Weber*, JuS 1998, 577 (581); Beck-OGK/*Götz*, § 870 BGB, Rn. 6.
[187] Vgl. MünchKomm/*Oechsler*, § 931 BGB, Rn. 4; Beck-OGK/*Klinck*, § 931 BGB, Rn. 9.1.
[188] Vgl. m. w. N. Staudinger/*C. Heinze*, § 931 BGB, Rn. 26; MünchKomm/*Oechsler*, § 931 BGB, Rn. 16. Siehe auch: NK-BGB/*Meller-Hannich*, § 921, Rn. 11; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 51, Rn. 38.
[189] Vgl. Staudinger/*C. Heinze*, § 930 BGB, Rn. 9; Beck-OGK/*Klinck*, § 930 BGB, Rn. 20.

Mitwirkung des anderen Mitbesitzers möglich.[190] Die Hauptparteien sind im Escrow-Agreement nur mittelbare qualifizierte Mitbesitzer, den Besitz üben sie nur gemeinschaftlich aus (siehe dazu unten Kap. II.5.1). Folglich vervollständigt sich der Übereignungstatbestand an einen Dritten nur, wenn die andere Hauptpartei bei der Übereignung mitwirkt.

II.2.2.1.2. Vollrechtsübertragung

Wollen die Hauptparteien die Verfügungsmöglichkeit stärker limitieren, können sie an den Escrow-Agenten das Vollrecht, jedenfalls verbunden mit unmittelbarem Besitz, übertragen. Das Vollrecht wird dann zum Escrow-Gegenstand. In Deutschland dürfen Verpflichtungs- und grundsätzlich auch Verfügungsgeschäfte bedingt werden.[191] Das Vollrecht kann an den Escrow-Agenten unter Bedingung (bedingte Verfügung und Auslieferungspflicht) oder unbedingt (nur bedingte Auslieferungspflicht) übertragen werden.

Wenn der Hinterleger aufschiebend bedingt über das Vollrecht zugunsten des Escrow-Agenten verfügt, dann geht die Vollrechtsinhaberschaft beim Bedingungseintritt (oder -ausfall) automatisch auf den Berechtigten über. Mindestens die Vornahme des rechtsgeschäftlichen Elements des Verfügungsgeschäfts zwischen Escrow-Agentem und Berechtigtem ist entbehrlich, und nur der Vollzugsakt (wie die Sachübergabe bei beweglichen Sachen) muss noch durchgeführt werden. Wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Absatz 2 BGB)[192] kann das Eigentum über Grundstücke nicht in dieser Alternative berücksichtigt werden. Wohl aber können die Übereignung beweglicher Sachen[193] und die Abtretung von Forderungen[194] unter Bedingung stehen. Die Auslieferungspflicht des Escrow-Agenten erschöpft sich in der Abgabe unmittelbaren Besitzes an den Berechtigten.

Ist demgegenüber nur der schuldrechtliche Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten bedingt, nicht aber das dem Escrow-Agenten übertragene Vollrecht, so ist der Escrow-Agent beim Bedingungseintritt (oder -ausfall) nur schuldrechtlich auf Verschaffung der Vollrechtsinhaberschaft gebunden. Escrow-Agent und Berechtigter müssen dann die dingliche Einigung und etwaige Vollzugsakte über bewegliche Sachen oder Grundstücke ausführen, um die Verfügung zugunsten des Berechtigten zu vollziehen. Bei Forderungen ist der

[190] Vgl. Beck-OGK/*Klinck*, § 930 BGB, Rn. 19.
[191] Vgl. MünchKomm/*Westermann*, § 158 BGB, Rn. 25.
[192] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 22, II, Rn. 6.
[193] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 57, I, Rn. 2, § 59, Rn. 2 (auflösende Bedingung in der Sicherungsübereignung, aufschiebende Bedingung im Eigentumsvorbehalt).
[194] Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 59, Rn. 4.

Abtretungsvertrag nach § 398 BGB ausreichend.

II.2.2.2. Brasilien

Im brasilianischen Recht gilt die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften. Letztere betreffen Veräußerungen, Belastungen, Änderungen oder das Erlöschen eines vorbestehenden Rechts des Verfügenden.[195] Verpflichtungsgeschäfte hingegen berühren nur die Begründung von Schuldverhältnissen.[196]

Für den wirksamen rechtsgeschäftlichen Erwerb vom Eigentum an beweglichen Sachen ist die Sachübergabe nötig (Art. 1.267, *caput*, CC), wobei sie durch Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs oder *traditio brevi manu* ersetzt werden darf (Art. 1.267, Einzelparagraf, CC). In Anlehnung an das lateinische Wort *traditi*o ist die einfache Sachübergabe reale Übergabe (*tradição real*), und die Übergabesurrogate konsensuale Übergabe (*tradição consensual*) bezeichnet.[197] Bei unbeweglichen Sachen ist die Eintragung ins Grundbuch nötig (Art. 1.245, *caput*, CC), aber im Gegensatz zum deutschen Recht ist keine Auflassung erforderlich, der Veräußerungstitel (*título translativo*), also der Verpflichtungsvertrag selbst wird ins Grundbuch eingetragen. Bei Forderungen ist der Konsens der Parteien,[198] m. a. W. der Abschluss eines Abtretungsgeschäfts, ausreichend; Wirkungen gegenüber Dritten kann der Abtretungsgeschäft aber nur entfalten, wenn es gemäß Art. 288 CC entweder öffentlich beurkundet wird oder in der Form einer Privaturkunde, welche die Voraussetzungen des Art. 654, § 1°, CC genügt und gemäß Art. 221 CC i. V. m. Art. 129, inc. 10°, vom Gesetz 6.015/73 beim Urkundenregisternotar (*cartório de registro de títulos e documentos*) hinterlegt wird.[199]

Über das Verhältnis der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte zum Erwerbsvorgang von Rechten herrscht in der Lehre kein Konsens. Eine tiefgreifende Analyse der Meinungen zu diesem Thema ist aber nicht Gegenstand dieser Arbeit. Hier wird die Theorie der relativen Trennung von schuldrechtlicher und dinglicher Ebene von *Clóvis do Couto e Silva* zugrunde gelegt. Nach *Couto e Silva* wäre neben dem Verpflichtungs- auch das

---

[195] Vgl. *Amaral*, Da irretroatividade da condição, S. 240; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 385 f. (Verlust und Änderung); *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 255 (Veräußerungen und Belastungen).
[196] Vgl. *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 85 f. (die Funktion des Schuldrechts besteht in der Einräumung an den Gläubiger eines ursprünglichen (im Sinne vom nicht derivativen) subjektiven Vermögensrechts, dem eine Handlungspflicht des Schuldners entgegensteht).
[197] Vgl. *Penteado*, Direito das coisas, S. 299 f. Mit etwas verschiedenen Bezeichnungen: *Chalhub*, Direitos reais, S. 111 (konsensuale und symbolische Übergabe wären das gleiche, beide eine fiktive Art der Besitzübertragung).
[198] Vgl. *Haical*, Cessão de crédito, S. 21 f.
[199] Vgl. *Haical*, Cessão de crédito, S. 50 ff.

Verfügungsgeschäft für den Erwerbsvorgang notwendig. Der diesen zwei Geschäften zugrundeliegende Wille wäre aber einheitlich, das heißt, der das Verfügungsgeschäft auffüllende Erfüllungswille würde bereits beim Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts miterklärt.[200] Das Verfügungsgeschäft im brasilianischen Recht wäre demzufolge nicht abstrakt, sondern kausal. In der Kausalität des Verfügungsgeschäfts beruhe u. a. der Grund für das nicht Erwerben des Eigentums an beweglichen Sachen nach Art. 1.268, § 2°, CC, wenn das Grundgeschäft nichtig ist.[201] Dieser Artikel erwähnt zwar nur den Erwerb von beweglichen Sachen, solle jedoch das ganze Eigentumserwerbssystem erfassen.[202] Anhand solcher Überlegungen gelangt *Couto e Silva* zur Schlussfolgerung, das brasilianische System kenne nur eine „relative" Trennung der schuldrechtlichen und dinglichen Ebenen,[203] wobei richtiger wäre, das brasilianische Recht hätte das Trennungs- nicht aber das Abstraktionsprinzip angenommen.[204_205_206]

Der Schutz des gutgläubig Erwerbenden ist in Brasilien sehr beschränkt. Wenn der Veräußerer nach Art. 1.268, *caput*, CC eine bewegliche Sache in der Öffentlichkeit anbietet, sei es in einer Versteigerung oder in seinem Geschäftsraum (*estabelecimento comercial*), sodass er

---

[200] Vgl. *Couto e Silva*, A obrigação como processo, S. 52 f. Diese Sachlage führt *Couto e Silva* weiter aus (S. 53): „*Dieser Erfüllungswille ist auf psychologischer Ebene vom Willen untrennbar, Verpflichtungen zu begründen. Dem verpflichtungsbegründenden Willen würde an Ernsthaftigkeit mangeln, wenn man nicht gleichzeitig solche Verpflichtung erfüllen wollte. Diese Untrennbarkeit von Willen existiert als solche aber nur auf psychologischer Ebene. Auf juristischer Ebene verzweigt sich dieser einheitliche Wille, um zwei Rechtsgeschäfte von verschiedenen Dimensionen zu füllen: das Schuldrechtliche und das die Verpflichtungserfüllende (oder sachenrechtliches Geschäft)*" (freiwillige Übersetzung). Im Original: „*esta vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações. Faltaria seriedade à vontade criadora do dever, se, ao mesmo tempo, não se desejasse adimplir o prometido. Esta inseparabilidade de vontades, entretanto, só existe, como tal, no plano psicológico. No plano jurídico, bifurca-se essa vontade unitária, a fim de encher negócios jurídicos de dimensões diferentes: o obrigacional e o de adimplemento, ou de direito das coisas*". Dieser Lehre folgend: *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 53 ff.; Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 62 f.

[201] Vgl. *Couto e Silva*, A obrigação como processo, S. 55 f.

[202] Vgl. *Couto e Silva*, A obrigação como processo, S. 55.

[203] Vgl. *Couto e Silva*, A obrigação como processo, S. 52 ff.

[204] Vgl. *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 229 f. (insb. Fn. 508 in Seiten 229 f.).

[205] *Pontes de Miranda* hat eine verschiedene, wohl isolierte Meinung vertreten, wonach sich nur ein einseitig auszuübendes Gestaltungsrecht (*direito formativo*) auf Eintragung ins Grundbuch aus dem Verfügungsgeschäft ergebe, wenn es sich um eine unbewegliche Sache handelt. *Pontes de Miranda* folgert, ohne weitere Begründungen, das Verfügungsgeschäft wäre in diesem Fall abstrakt. Bei der Veräußerung von beweglichen Sachen wäre das Verfügungsgeschäft kausal, weil die dingliche Wirksamkeit von der *causa* abhänge. Siehe *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 224 f. *Pontes de Miranda* nimmt die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften an, und insoweit unterscheidet sich seine Meinung von derjenigen *Couto e Silvas* nicht. Nur in Bezug auf die teilweise Abstraktheit des Systems gäbe es eine Meinungsverschiedenheit.

[206] Nach einer dritten Auffassung gäbe es nicht zwei, sondern nur ein Rechtsgeschäft beim Erwerb vom Eigentum (bspw. Kaufvertrag). Die Eintragung ins Grundbuch oder die Sachübergabe wären ein Element, das dieses Rechtsgeschäft integriert, nicht aber Teil eines getrennten Verfügungsgeschäfts. Der Kaufvertrag vereinige also das schuldrechtliche und das dingliche Element. Siehe dazu: *Bessone*, Da compra e venda, Kap. III (insb. §§ 24-26); *Leite*, Evicção e processo, § 12.

gegenüber dem gutgläubigen Erwerber gleich wie gegenüber jeder anderen Person als Eigentümer erscheint, dann geht das Eigentum trotz mangelnder Verfügungsmacht des Veräußerers auf den Erwerber über. Das Código Civil erwähnt zwar die Gutgläubigkeit des Erwerbenden an anderen Stellen, etwa in Arts. 307, Einzelparagraf,[207] und 1.268, § 1°[208], es ist aber nicht eindeutig, dass ein echter gutgläubiger Eigentumserwerb in diesen Fällen zutage tritt. Für die Zwecke dieser Arbeit kann die weitere Frage dahingestellt bleiben.

Die Herausforderung, die dieses System dem Escrow-Agreement stellt, besteht in der faktischen Verhinderung jeglicher Übergabe der Escrow-Sache oder Übergabesurrogate durch die Hauptparteien während der Laufzeit des Escrow-Agreements, wenn ausschließlich der unmittelbare Besitz am Escrow-Gegenstand dem Escrow-Agenten übergeben wird. So wird sichergestellt, dass ein notwendiger Schritt für wirksame Verfügung unmöglich wird. Bei Escrow-Agreements, deren Gegenstand ein Vollrecht ist, wird der Escrow-Gegenstand durch die Einlieferung der Verfügungsmacht der Hauptparteien entzogen, wobei das Escrow-Agreement selbst angesichts der relativen Trennungssystematik als Titel (*título*) für den kausalen Rechtserwerb des Escrow-Agenten fungiert.

II.2.2.2.1. Übertragung des unmittelbaren Besitzes

Um die Verfügungsmöglichkeiten durch schlichte Besitzübertragung an den Escrow-Agenten unmöglich zu machen, muss das Gesetz die Besitzabgabe als notwendigen Schritt dieses Vorgangs festsetzen, es sei denn, dass der Besitz selbst Gegenstand der Schuldnerpflicht ist. Das Escrow-Agreement muss dann dafür sorgen, dass sowohl die Sachübergabe als auch Übergabesurrogate faktisch nicht vollzogen werden können.

II.2.2.2.1.1. Ungeeignete Gegenstände

Auch in Brasilien hat die Übertragung unmittelbaren Besitzes keinen Einfluss auf die

[207] In der Konstellation des Art. 307, Einzelparagraf, CC wird der Gläubiger von Haftung gegenüber dem Eigentümer freigestellt, wenn er in gutem Glauben eine vertretbare Sache als Erfüllung einer Pflicht des Nichtberechtigten annimmt und sie verzehrt. Angesichts des gesetzlichen Wortlauts erkennen viele Autoren da die Wirksamkeit der Pflichterfüllung des Nichtberechtigten an (bspw. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 99; *Lotufo*, Código civil comentado, Bd. 2, S. 196). Das Gesetz sagt aber nicht ausdrücklich, dass das Eigentum auf ihn übergeht. Der Gesetzgeber hätte da vielleicht nur einen Haftungsausschluss vorgesehen können.

[208] Im Fall des Art. 1.268, § 1°, CC, erwirbt der Nichtberechtigte das Eigentum der beweglichen Sache nachträglich. Dann ist die Sachlage so zu betrachten, als wäre die Eigentumsübertragung im Moment der Übergabe passiert, aber nur wenn der Erwerber im guten Glauben ist. Da das Gesetz hier am nachträglichen Eigentumserwerb anknüpft und ihm Rückwirkungen beimisst, könnte es infrage gestellt werden, ob die Verfügung tatsächlich von einem Nichtberechtigten gemacht wird.

Möglichkeit der Verfügung über unbewegliche Sachen. Die rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung von unbeweglichen Sachen unter Lebenden setzt nach Art. 1.245 CC die Eintragung des Veräußerungstitels (bspw. des Kaufvertrags) ins Grundbuch. Die Sachübergabe ist keine Voraussetzung für den Eigentumsübergang und kann nicht als Mittel der Verfügungsverhinderung verwendet werden.

Die Abtretung von Forderungen bedarf nicht der Besitzübergabe, denn Rechte können in Brasilien im Grundsatz nicht besitzt werden.[209] Die Forderungsabtretung ist ein Rechtsgeschäft.[210] Auch hier kann die Besitzübergabe Verfügungen nicht verhindern.

II.2.2.2.1.2. Bewegliche Sachen

Die Übertragung unmittelbaren Besitzes an den Escrow-Agenten kann in Brasilien nur Verfügungen über bewegliche Sachen verhindern. Die Besitzerlangung ist Voraussetzung sowohl für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb (Art. 1.267 CC) als auch für die Bestellung eines geschäftlichen Pfandrechts (*penhor*) (Art. 1.431 CC), eines geschäftlichen Nießbrauchs (*usufruto*)[211] und eines Nutzungsrechts (*direito real de uso*)[212–213]. Die Besitzerlangung kann in einer der vier o. a. Grundformen stattfinden.

Die *traditio brevi manu* zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Erwerbende zum Zeitpunkt der Aneignung bereits im Besitz der Sache befindet, sodass keine Verdopplung der Sachübergabe (hin und her Übertragung) nötig ist.[214] Dieses Übergabesurrogat ist ohne Bedeutung für das Escrow-Agreement, da ein außenstehender Dritterwerber nicht im Besitz der Sache sein wird, sondern der Escrow-Agent. Für Besitzübertragungen, die in einer der drei weiteren oben genannten Formen erfolgen, stellt das Escrow-Agreement hingegen ein taugliches Mittel dar, die Besitzübertragung zu hemmen.

Die einfache Sachübergabe besteht in der faktischen Überlassung der Sache bei dem

---

[209] Vgl. Teixeira/*Santos*, Comentários ao novo código civil, Bd. XV, S. 22 f.; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. III, S. 451 f. An einigen Stellen wird eine Ausnahme für die Rechte anerkannt, die aus einer Verzweigung des Eigentums bestehen, wie das Pfandrecht und die Grunddienstbarkeit (vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. IV, S. 39). Hier ist nicht in die Frage der Rechtsnatur des Besitzes (ob reiner Fakt oder Recht) einzugehen.

[210] Vgl. *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. I, S. 572 f.

[211] Vgl. *Rodrigues*, Direito civil, Bd. 5, S. 302.

[212] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XIX, S. 542.

[213] Das Nutzungsrecht (*direito real de uso*) des brasilianischen Rechts ist ein dingliches Recht, das sich in der Substanz nicht vom Nießbrauch unterscheidet. Nur sein Umfang ist schmaler: der Nießbraucher darf alle Nutzungen aus der Sache nehmen, während der Nutzer nur die für seinen Lebensunterhalt nötigen Nutzungen nehmen darf (vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. IV, S. 280).

[214] Vgl. *Rodrigues*, Direito civil, Bd. 5, S. 189.

Empfangenden, wer somit in die unmittelbare faktische Sachherrschaft gelangt.[215] Wird dem Escrow-Agenten den unmittelbaren Besitz der Sache übergeben, können die Hauptparteien nicht mehr mittels realer Sachübergabe Verfügungen treffen. Der gutgläubige Erwerb nach Art. 1.268, *caput*, CC wird auch gehemmt, weil die Hauptparteien die bewegliche Sache nicht in einer Versteigerung oder in seinem Geschäftsraum ausstellen bzw. gegenüber der Öffentlichkeit bewerben können.

Das Escrow-Agreement macht auch eine Verfügung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs unmöglich. Die meisten Lehrbücher und Kommentare gehen nicht tief in die Frage der Abtretung des Herausgabeanspruchs ein. Sie begnügen sich mit einfachen Beschreibungen des dem Art. 1.267, Einzelparagraf, 2. Alternative, CC zugrunde liegenden Sachverhalts, ohne sich mit der Frage der Natur und der Voraussetzungen der Abtretung des Herausgabeanspruchs zu befassen.[216] Am tiefsten hat *Pontes de Miranda* diese Frage untersucht. Seiner Auffassung nach ist das Besitzverhältnis rein faktisch.[217] Der mittelbare Besitzer habe faktische Gewalt über die Sache, welche mit der faktischen Gewalt des unmittelbaren Besitzers koexistiere. Der mittelbare Besitzer hätte dann den Herausgabeanspruch, weil die unmittelbare Gewalt aufgrund seines faktischen Aufbaus zu beenden hätte.[218] Alles passiert auf rein faktischer Ebene. Falls der Herausgabeanspruch zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht entstanden ist, so „trete er [der mittelbare Besitzer] nur das ab, was er hat, mit der Möglichkeit, Rechtsschutz für die entsprechende faktische Situation geltend zu machen, den der Inhaber eines Herausgabeanspruchs hätte".[219] *Pontes de Miranda* spricht nicht explizit die Frage eines bedingten Herausgabeanspruchs an, dennoch kann gefolgert werden, dass in seiner Auffassung eine solche Überlegung gar nicht zu erörtern sei, denn rein faktisch betrachtet, kann der Anspruch nicht unter Bedingung stehen. Ohnehin fasse die Abtretung des Herausgabeanspruchs auch den Vindikationsanspruch um, aber in seinen Schriften erscheint nicht eindeutig, ob der Vindikationsanspruch isoliert abgetreten werden dürfte.[220]

---

[215] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XV, S. 388, 392.
[216] Bspw. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 442; *Rodrigues*, Direito civil, Bd. 5, S. 189; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. III, S. 575 f.; Azevedo/*Venosa*, Código civil comentado, Bd. XII, S. 302 f.; Teixeira/*Viana*, Comentários ao novo código civil, Bd. XVI, S. 181 f.; *Beviláqua*, Direito das coisas, Bd. 1, S. 207; *Chalhub*, Direitos reais, S. 111; *Espínola,* Posse – propriedade, S. 325; *Penteado*, Direito das coisas, S. 299.
[217] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 164.
[218] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 250.
[219] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 250 (freiwillige Übersetzung aus dem Original: „*transfere o que tem, com a possibilidade de pedir tutela jurídica para a situação fática correspondente a que teria o titular de direito à restituição*").
[220] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XV, S. 438 f.

Der Auffassung *Pontes de Mirandas* ist nicht zu folgen. Der Einfluss des Rechtsverhältnisses des mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer, aus dem Letzterer sein unmittelbares Besitzrecht ableitet, darf bei der rechtlichen Behandlung des Herausgabeanspruchs nicht übersehen werden. Denn es begründet einerseits (1) einen gerechten Besitz (*posse justa*) des unmittelbaren Besitzers,[221] andererseits (2) eine eigenständige, je nach der Natur des Rechtsverhältnisses schuldrechtliche oder sachenrechtliche, Anspruchsgrundlage für die Herausgabe der Sache. Solange der unmittelbare Besitz seinen gerechten Charakter aufrechterhält, gibt es nicht einmal einen Vindikationsanspruch, denn dieser setzt eine Verletzung des Besitzes des Vindizierenden voraus, d. h. der Besitz desjenigen, gegen wen die Vindikation gerichtet ist, muss gemäß Art. 1.228, *caput*, CC ungerecht (*posse injusta*) sein.[222] Die *rei vindicatio* ist, wie *Vanzella* zu Recht erläutert, ein sekundärer Anspruch gegen bestimmte Rechtssubjekte, welcher aus einem primären Anspruch gegenüber der Allgemeinheit kommt, also gegenüber absoluten Rechtssubjekten. Der sekundäre Anspruch kommt nicht zustande, wenn der primäre Anspruch nicht beeinträchtigt wird.[223] Der Verfügende könnte nicht einen nichtexistierenden Vindikationsanspruch abtreten, um die die Verfügung auf der Basis des Vollzugsakts des Art. 1.267, Einzelparagraf, Alternative 2, CC zu vollziehen. Umso weniger kann er die Befugnis der Vindikation vom Eigentum abtrennen und diese einem Dritten übertragen, weil diese Befugnis eng mit dem Eigentum verbunden ist.[224] Eine Abspaltung der Befugnisse des Eigentums ist in Brasilien aufgrund des *numerus clausus* der Verfügungsgeschäfte nur zulässig, wo das Gesetz es vorsieht.[225] Die Abtrennung der Vindikationsbefugnis für die Zwecke der Eigentumsübertragung ist allerdings im Gesetz nicht geregelt. Möglich bleibt aber eine Abtretung des Vindikationsanspruchs, nachdem ein solcher entsteht.[226] Was die Möglichkeit unter Nr. 2 oben angeht, müssen im Vertrag die Voraussetzungen für das Zustandekommen des Herausgabeanspruchs ermittelt werden. Um Verfügungen über die Sache vollziehen zu können, muss der Verfügende

[221] In Brasilien ist der Besitz gerecht nach Art. 1.200 CC, wenn er nicht auf Gewalttätigkeit (*violência*) basiert, nicht heimlich (*clandestinamente*) erhalten wurde und nicht prekär (*precária*) ist, also der den Besitz rechtfertigende Titel ist nicht abgelaufen.

[222] Vgl. *Penteado*, Direito das coisas, S. 158; Teixeira/*Viana*, Comentários ao novo código civil, Bd. XVI, S. 33; *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 246. Ähnlich: *Espínola*, Posse – propriedade, S. 414 f.

[223] Vgl. *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 71 f. Ähnlich: *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 246 (der Vindikationsanspruch wäre schuldrechtlicher Natur und spezifisch gegen denjenigen gerichtet, wer die allgemeine Einwirkungsverbot (*dever de abstenção*) verletzt).

[224] Einige Stimmen in der Literatur wollen aber in manchen Konstellationen nicht Eigentümern die Vindikation gewähren, bspw. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 248. Dagegen: Teixeira/*Viana*, Comentários ao novo código civil, Bd. XVI, S. 30 ff.

[225] Vgl. *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 247 ff.

[226] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XIV, S. 93 f. Unzutreffend: *Espínola*, Posse – propriedade, S. 405.

mindestens einen von diesen zwei Ansprüchen innehaben. Beide können auch koexistieren.[227] Hat er beide, muss er dem Erwerbenden beide abtreten.[228] Die zwei Ansprüche sind aber von den Bestimmungen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses abhängig, denn auf diesem basieren sowohl der gerechte Charakter des Besitzes des Nr. 1 als auch der Herausgabeanspruch unter Nr. 2. Im Ergebnis bestimmen sich das Wann und Wie des Herausgabeverlangens nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, und nicht nach rein faktischen Angaben, wie *Pontes de Mirandas* vertritt.

Beinhaltet das zugrundeliegende Rechtsverhältnis eine Bedingung für die Entstehung des Anspruchs unter Nr. 2 oben, so versteht sich, dass der mittelbare Besitzer mindestens bis zu diesem Zeitpunkt die Vindikation gegen den gerechten Besitzer der Nr. 1 nicht erheben kann, weil sein Besitz bis dahin gerecht wäre. Nach Eintritt der Bedingung entfällt der gerechte Charakter des Besitzes unter Nr. 1 oben, wenn der unmittelbare Besitzer die Sache nicht rechtzeitig herausgibt. Dann kann die Sache vindiziert werden. Gleichermaßen entsteht nach Bedingungseintritt auch der Anspruch unter Nr. 2 oben. Solange die Bedingung nicht eintritt, hat der Verfügende keinen Herausgabeanspruch, den er einem Dritterwerber abtreten könnte. Als Schlussfolgerung kann die Abtretung des Herausgabeanspruchs den Tatbestand des Eigentumserwerbs im Art. 1.267, Einzelparagraf, Alternative 2, CC nur dann erfüllen, wenn die Bedingung des Grundverhältnisses eintritt oder ausfällt; m. a. W., wenn der Herausgabeanspruch wirksam wird.

Das bedeutet für das Escrow-Agreement: Die Hauptparteien können während der Escrow-Laufzeit keine Verfügungen über die Sache mittels Abtretung des Auslieferungsanspruchs treffen, weil dieser aufschiebend (oder auflösend) bedingt ist. Sie dürfen zwar über das Anwartschaftsrecht verfügen, aber dies beeinträchtigt die Sicherungsfunktion des Escrow-Agreements nicht, weil der Erwerbsvorgang erst vollendet wird, wenn der Auslieferungsanspruch wirksam wird.

Zu guter Letzt bleibt es zu prüfen, ob das Escrow-Agreement auch eine Verfügung mittels Besitzkonstitut (Art. 1.267, Einzelparagraf, Alternative 1, CC) verhindert. Das Besitzkonstitut ist ein Rechtsgeschäft, durch das der Verfügende i. d. R. für den Erwerbenden zu besitzen beginnt, aber behält den unmittelbaren Besitz der Sache bei sich.[229] Auch der mittelbare

[227] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XIV, S. 94 (Vindikation besteht gleichzeitig mit anderen Ansprüchen des Eigentümers).
[228] Vgl. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. VIII, S. 280.
[229] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. IV, S. 60 f. Nach anderer Auffassung wäre der Verfügende nur

Besitzer kann durch Besitzkonstitut einen weiteren mittelbaren Besitz höherer Stufe begründen und für den obergeordneten Besitzer besitzen.[230] In einem Escrow-Agreement ist die Möglichkeit einer Verfügung durch Besitzkonstitut dennoch blockiert, weil die Hauptparteien nur in gesamthänderischer Weise (*em mão-comum*) mittelbare Mitbesitzer der Sache sind.[231] Kein Mitbesitzer hat unabhängige faktische Gewalt über die Sache.[232] Das ist eine Ausprägung des Sicherungszwecks, denn der Escrow-Agent darf mit der Escrow-Sache nur gemäß den Weisungen beider Hauptparteien gemeinschaftlich umgehen – er darf z. B. vor Bedingungseintritt (oder -ausfall) die Sache nur an beide Hauptparteien gemeinsam (zurück-) geben, und zwar nur wenn sie damit einverstanden sind. Der Abschluss eines Besitzkonstituts zwischen einer Hauptpartei allein und einem Dritterwerber könnte dem Dritten keine faktische Herrschaft über die Sache in einer höheren Stufe der Besitzkette verschaffen, denn die andere Hauptpartei und der Escrow-Agent wären nicht an solches Besitzverhältnis mit dem Dritterwerber gebunden. Es ist kaum denkbar, wie der Dritte in die faktische Sachherrschaft gelangen könnte, wenn es zwischen ihm und dem Escrow-Agenten eine Zwischenstufe gibt, in der seine Sachherrschaft unerwünscht ist. Der Escrow-Agent darf sich den Weisungen eines Dritten nicht unterstellen. Tut er dies, stört bzw. entzieht er gemeinsam mit der verfügenden Hauptpartei und dem Dritten den Besitz der benachteiligten Hauptpartei. Der Benachteiligte muss auch nicht die Einmischung des Dritten in den mittelbaren Mitbesitz billigen. Ohne seine Mitwirkung ist im Ergebnis eine rechtsgeschäftliche Verfügung mittels Besitzkonstitut unmöglich.

II.2.2.2.2. Vollrechtsübertragung

In Brasilien können im Grundsatz Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte (Art. 126 CC) bedingt werden.[233] Es muss anhand des konkreten Falls ermittelt werden, ob die Parteien nur für die Pflicht des Escrow-Agenten zur Auslieferung der Sache (rein schuldrechtliche Pflicht steht unter Bedingung) oder für das Vollrecht (bedingte Verfügung) selbst, das Gegenstand des Escrow-Agreements ist, die Escrow-Bedingung vorgesehen haben.

Bei bedingter Übertragung der Vollrechtsinhaberschaft fällt das Vollrecht automatisch mit Eintritt oder Ausfall der Bedingung an den Berechtigten. Es müssen keine weiteren

Besitzdiener des Erwerbenden (*Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. III, S. 468). *Pontes de Miranda* gewährt den Parteien Flexibilität für die Bestimmung der Rolle des Verfügenden nach dem Abschluss des Besitzkonstituts (vgl. Tratado de direito privado, Bd. X, S. 278).

[230] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 283, 286.

[231] Mehr dazu unten Kap. II.5.2.

[232] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 182.

[233] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 167.

dinglichen Übertragungsvereinbarungen (*acordos de transmissão*) getroffen werden, ggf. aber müssen weitere Vollzugsakte erfüllt sein, um den Erwerbsvorgang zu vervollständigen. Die Auslieferungspflicht beinhaltet dann bei beweglichen Sachen die Übergabe an den Berechtigten (Art. 1.267 CC). Bei Immobilien fungiert das Escrow-Agreement selbst als Veräußerungstitel (*título aquisitivo*). Die notarielle Beurkundung ist erforderlich, wenn der Immobilienwert um das Dreißigfache den Mindestlohn übersteigt (Art. 108 CC). Die Eintragung (*registro*) ins Grundbuch (Art. 1.245 CC) erfolgt auch wenn der Veräußerungstitel Bedingungen enthält (Art. 167, Nr. 29, Bundesgesetz 6.015/73), nur muss der Bedingungseintritt dem Grundbuchamt nachgewiesen werden.[234] Sonst ist in der Regel kein weiterer Akt des Escrow-Agenten notwendig, da der Berechtigte allein die Eintragung veranlassen kann. Die Abtretung von Forderungen bedarf prinzipiell keines weiteren Akts, weil der Parteienkonsens genügt.

Ist nicht das Vollrecht, sondern nur die Auslieferungspflicht des Escrow-Agenten der Bedingung unterstellt, so erfolgt alles auf schuldrechtlicher Ebene. Die Auslieferungspflicht erschöpft sich dann in der Verschaffung der Vollrechtsinhaberschaft für den Berechtigten. Hierzu bedarf es ggf. eines weiteren dinglichen Rechtsgeschäfts, d.h. des Abschlusses des Übertragungsvertrages und des entsprechenden Vollzugsaktes (Sachübergabe oder Grundbucheintragung).

II.2.2.3. Insbesondere: Software-Escrow

Einen Sonderfall stellen die Escrow-Agreements dar, die einen Quellcode als Gegenstand haben. Hier geht es um die Einlieferung eines Quellcodes beim Escrow-Agenten, damit er in bestimmten Fällen dem Softwareanwender weitergegeben wird, hauptsächlich in der Insolvenz des Softwareherstellers oder bei Betriebseinstellung. Die Einlieferung zielt nicht auf den Entzug der Verfügungsmöglichkeiten des Hinterlegers über das Computerprogramm ab, denn der Softwarehersteller soll nach Einlieferung des Computerprogramms weiterhin darauf Zugriff haben, etwa um Updates bereitzustellen, Fehler zu korrigieren, ggf. sogar die gleiche Software einem Dritten zu lizenzieren (falls die Software nicht ausschließlich für den Anwender entwickelt wird) usw. Die Eigenheiten des Computerprogramms ermöglichen es, dass das Gläubigerinteresse am Erhalt des Quellcodes nicht durch den Zugriff des Herstellers auf den Quellcode beeinträchtigt wird. Im Gegensatz zu anderen Gegenständen braucht der Quellcode

[234] Diese Konstellation bringt die Eigenheit hervor, dass das Grundbuchamt zu seiner eigenen Überzeugung über den Bedingungseintritt oder -ausfall zu gelangen hat. Die Fragen über die Entstehung der Auslieferungspflicht des Escrow-Agenten verlagern sich dann einigermaßen auf das Grundbuchamt.

nicht unter der ausschließlichen Macht des Escrow-Agenten zu bleiben, sofern dem Softwareanwender eine ausführbare Vervielfältigung weitergeleitet werden kann.

Diese Besonderheit ermöglicht es, die Debatte über die Besitzfähigkeit elektronischer Daten zu umgehen.[235] Im Software-Escrow wird das Gläubigerinteresse lediglich durch den garantierten Zugriff auf den Quellcode in den vertraglich definierten Fällen befriedigt.[236]

II.2.2.4. Fazit

Das Escrow-Agreement ist im Ergebnis ein taugliches Mittel in Deutschland und in Brasilien, Verfügungen über den Escrow-Gegenstand zu verhindern. Die Hauptparteien kriegen dadurch genug Sicherheit, dass der Gegenstand nicht von der anderen Hauptpartei veruntreut, oder dass der Gegenstand ohne Sorgfalt aufbewahrt wird. Beide Gestaltungsformen – Übertragung unmittelbaren Besitzes allein oder dieser zusammen mit der Vollrechtsinhaberschaft am Escrow-Gegenstand – ermöglichen dieses Ergebnis.

II.2.3. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Escrow-Agenten

Die Bestellung des Escrow-Agenten dient dazu, die widerstreitenden Interessen der Hauptparteien in Ausgleich zu bringen. Das Rechtsinstitut, an dem eine solche Pflicht des Escrow-Agenten anzusiedeln ist, ist nach der hier vertretenen Auffassung die doppelnützige Treuhand in Deutschland und das doppelfiduziarische Geschäft in Brasilien.[237] In dem vorliegenden Kapitel geht es nur um die notwendige Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Escrow-Agenten als Ausfluss des Interessenkonflikts zwischen den Hauptparteien. Die Analyse dieses Merkmals ist von Bedeutung, weil die richtige rechtliche Qualifikation des Escrow-Rechtsverhältnisses mit der Interessensphäre zusammenhängt, in welcher der Escrow-Agent handelt. Wenn er ausschließlich im Interesse des Schuldners, könnte er z. B. als Erfüllungsgehilfe oder Substitut des Schuldners betrachtet werden. Wenn seine Tätigkeit umgekehrt nur der Interessensphäre des Gläubigers zuzuordnen wäre, dann könnte er bspw. als Empfangs- oder

[235] Daran, dass das Eigentumsrecht und daher auch der Besitz an einem körperlichen Datenträger, auf dem Computerprogramme gespeichert sind, begründet werden kann, besteht kein Zweifel. Der Datenträger unterliegt also den Regeln der §§ 929 ff. BGB für die Eigentumsübertragung (vgl. m. w. N. Staudinger/*C. Heinze*, § 929 BGB, Rn. 4b f.) Umstritten ist die Fähigkeit elektronischer Daten, Gegenstand des Besitzes zu werden. Die Rechtsprechung lehnt diese Fähigkeit ab (vgl. BGH NJW 2016, 1094 (1095); OLG-Brandenburg NJW-RR 2020, 54 (56). A.A.: *Michl*, NJW 2019, 2729 (2730)).

[236] Vgl. Graf von Westphalen/*Schneider*, Software-Erstellungsverträge, Kap. 5.L, Rn. 112 ff. (Verbindung der Nutzungsrechte am Quellcode mit dessen Herausgabe).

[237] Siehe unten Kap. II.4.

Einziehungsermächtigter auftreten.[238] Richtigerweise handelt der Escrow-Agent weder in der Sphäre des Hinterlegers noch in der des Begünstigten. Er steht in einer eigenen Interessensphäre und dafür muss notwendigerweise ein unabhängiger und unparteilicher Dritter sein.

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sind wesentliche Merkmale der Tätigkeit von Treuhändern, die zum Ausgleich konfligierender Interessen gehalten sind.[239] Es wundert also nicht, dass die Ernennung des Treuhänders auf dem persönlichen Vertrauen basiert, das die Treugeber der Person des Treuhänders beimessen.[240] Um die Konzipierung der Unabhängigkeit/Unparteilichkeit zu illustrieren, seien einige Beispiele aus dem deutschen Recht angeführt. Der Treuhänder ist für den Zweck der Prämien- oder Bedingungsanpassung im Rahmen einer Krankenversicherung nach § 203 Absatz 2 Satz 1, Absatz 3 VVG nicht unabhängig, wenn er in einer engen Rechtsbeziehung zum Versicherer steht.[241] Im Insolvenzrecht wird die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters nach § 56 Absatz 1 Satz 1 InsO erreicht, indem die Unabhängigkeit zu Voraussetzung der Stellung erhoben wird. Die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision darf zur Begründung der Stellung also schon gar nicht vorliegen. Das ist insb. etwa der Fall wenn seine Tätigkeit die Gefahr von Sondervorteilen für sich selbst oder für andere Verfahrensbeteiligte schafft oder wenn er früher Geschäfte mit dem Schuldner hatte.[242] Auch der Schiedsgutachter muss nach der Rechtsprechung des BGH unabhängig und unparteiisch handeln, wobei diese Voraussetzung nicht erfüllt wird, wenn er früher im einseitigen Interesse einer streitenden Partei tätig geworden war und keine Anweisung zur Erstellung eines von den früheren Aufgaben verschiedenen Gutachtens bekommen hat.[243] Nennenswert ist auch die unabhängige Tätigkeit des Richters.[244] Hier wird die Unabhängigkeit auf Art. 97 GG basierend so aufgefasst, dass der Richter weder durch Weisungen noch durch „Anregungen" anderer Amtsträger in seiner Entscheidung beeinflusst werden darf.[245] In Brasilien wird die Unabhängigkeit des Richters als die Nichtunterordnung unter andere Organe der Judikative, Legislative oder Exekutive begriffen, während die Unparteilichkeit bedeutet, dass der Richter kein Interesse am

[238] Eine tiefe Untersuchung der Zuordnung der Dritthandlung den Interessensphären der Parteien ist in *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, § 4, befindlich.
[239] Für eine tiefgreifende Betrachtung über solche Treuhandverhältnisse, mit Beispielen aus dem Insolvenz- und dem Versicherungsrecht sowie in Bezug auf das Richteramt, die Schiedsrichterstellung und die Schiedsgutachterstellung, siehe *Löhnig*, Treuhand, § 13.
[240] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 186.
[241] Siehe m. w. N. MünchKomm/*Boetius*, § 203 VVG, Rn. 531 ff.
[242] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*Graeber*, § 56 InsO, Rn. 25, 27.
[243] Vgl. BGH NJW-RR 1994, 1314.
[244] Ob die richterliche Tätigkeit tatsächlich eine Treuhand darstellt, wie von *Löhnig* behauptet (Treuhand, § 13, II, 1), braucht hier nicht angesprochen zu werden.
[245] Vgl. *Classen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 97, Rn. 17; *Hillgruber* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 97, Rn. 21.

Erfolg irgendwelcher Partei haben darf.[246]

Diesen Begriffsklärungen kann entnommen werden, dass unabhängig handelt, wer unter keiner externen Einflussnahme steht, d. h. wer sein Verhalten weder rechtlich noch faktisch durch Dritte bestimmen lässt. Unparteiisch ist die Handlung, die das Interesse eines Betroffenen demjenigen des anderen nicht vorzieht, sondern beidseitige Interessen gleichermaßen wahrnimmt. Der Escrow-Agent kann die widerstreitenden Interessen nur in Ausgleich bringen, wenn er also unabhängig und unparteiisch handelt.

Da das Escrow-Agreement nicht gesetzlich geregelt und reine Privatsache der Hauptparteien ist – Interessen Dritter sind i. d. R. in einem Escrow-Agreement nicht umfasst –, kann ein objektiver Maßstab für die Beurteilung der Unabhängigkeit und der Unparteilichkeit nicht zugrunde gelegt werden. Darüber zu befinden, ist eine Aufgabe der Hauptparteien. Der Maßstab ist also subjektiv, und je nach den konkreten Erwartungen der Hauptparteien kann ein höherer Grad an Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit gefordert werden. Im Endeffekt ist die Unabhängigkeit/Unparteilichkeit keine Entweder-oder-, sondern eine Stufungsfrage: Der Escrow-Agent ist nicht bloß entweder abhängig/parteiisch oder unabhängig/unparteiisch, sondern er ist mehr oder weniger unabhängig oder unparteiisch. Deswegen können nur die Parteien selbst entscheiden, ob die Stufe der Unabhängigkeit bzw. der Unparteilichkeit des Escrow-Agenten im Einzelfall ausreichend ist. Daher ist es wichtig, vor der Bestellung eines Escrow-Agenten möglichst viele Informationen über diesen einzuholen.

Doch ist eine subjektive Einschätzung keine Willkürliche. Denkt eine Partei, dass der Escrow-Agent das erforderliche Unabhängigkeitsniveau nicht erfüllt, muss sie beweisen, was sie für eine Unabhängigkeitsvorstellung zur Zeit des Vertragsabschlusses hatte, und warum sie der Bestellung des Escrow-Agenten nicht zugestimmt hätte. Die bloße Behauptung, sie hätte den Escrow-Vertrag in Kenntnis der wahren Lage nicht abgeschlossen, reicht nicht. Die Anforderung an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist insoweit größer, als die Escrow-Bedingung auslegungsbedürftig ist oder Feststellungen tatsächlicher Art beinhaltet. Den Bedarf an Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit verringert die Notwendigkeit, eine sehr strenge Bedingung aufzustellen. Muss der Escrow-Agent bspw. selbst prüfen, ob die verkaufte Sache mangelfrei ist, bevor er das Geld im Escrow-Account an den Verkäufer überweist, dann kann sinnvollerweise eine höhere Unabhängigkeit erwartet werden. Umgekehrt, wenn der Escrow-Agent nur

[246] Vgl. *Theodoro Jr.*, Curso de direito processual civil, Bd, I, S. 229. Ähnlich zur Unparteilichkeit vgl. *Dinamarco*, Instituições de Direito Processual Civil, Bd. I, S. 200 f.

anhand gemeinsamer Instruktionen Überweisungen aus dem Konto machen darf.

Kein wahres Escrow-Agreement stellen dementsprechend die Verträge dar, die auf die Besicherung des Escrow-Agenten selbst abzielen. Dies geschieht bei einigen Kreditverträgen in Brasilien, in denen die kreditgewährende Bank Forderungen des Kreditnehmers zu Sicherungszwecken auf sich übertragen lässt, welche auf einen bei derselben Bank errichteten angeblichen Escrow-Account einzuzahlen sind, wobei die Bank selbst als Escrow-Agent fungiert. Da die Bank auch Gläubiger im Grundgeschäft ist, ist sie weder Dritte zur Transaktion noch kann sie unparteiisch das Konto führen. Anders ist die Konstellation zu qualifizieren, wenn ein Kreditgeber einen Escrow-Account in seinem Namen errichten lässt, auf den die sicherungshalber übertragenen Forderungen des Kreditnehmers eingezahlt werden müssen, und die kontoführende Bank als Escrow-Agent bestellt wird. Die Bank fügt sich hier zwischen den zwei Parteien ein und sorgt dafür, dass Umsätze im Konto nur gemäß den Weisungen im Escrow-Agreement durchgeführt werden. Die Bank ist hier ein nichtinteressierter Dritter, der somit unabhängig und unparteiisch handelt.

Hat eine Hauptpartei laufende Geschäftsbeziehungen mit dem Escrow-Agenten, dann stellt sich die Frage, inwieweit er trotzdem unabhängig und unparteiisch sein kann. Der Escrow-Agent muss nur in Bezug auf den Escrow-Gegenstand unabhängig und unparteiisch sein, nicht aber, was andere Rechtsverhältnisse mit einer Hauptpartei angeht. Ein Escrow-Account kann z. B. bei der Bank errichtet werden, wo eine Hauptpartei ihr Geschäftskonto hat. Inwieweit eine parallele Geschäftsbeziehung die Unabhängigkeit oder die Unparteilichkeit beeinträchtigt, ist eine Frage des Einzelfalles.

Halten die Hauptparteien den Escrow-Agenten für abhängig oder parteiisch und benennen ihn trotzdem, so liegt kein Escrow-Agreement vor. Dann ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Parteien über einen anderen Vertragstyp geeinigt haben, oder ob es sich um einen Fall der Anfechtbarkeit wegen Irrtum über die Eigenschaften der Person (§ 119 Absatz 2 BGB; Art. 139, inc. II, CC) handelt.

Um die Unabhängigkeit/Unparteilichkeit des Escrow-Agenten beurteilen zu können, benötigen die Hauptparteien genügende Information. Unter welchen Umständen sich eine Aufklärungspflicht in Deutschland ergibt, richtet sich nach §§ 311 Absatz 2 i. V. m. 241 Absatz 2 BGB.[247] Logisch wird ein erkennbares Informationsgefälle zwischen Informationsberechtigtem

[247] Dass die Eigenheiten des angestrebten Vertrags die Pflichten aus § 311 Absatz 2 BGB beeinflussen können, scheint aber bedenklich. Immerhin ist die Vorverlegung einer Benachrichtigungspflicht nach § 666 i. V. m. § 675

und -pflichtigem vorausgesetzt. Dieses Gefälle muss sich auf Fakten beziehen, die für den Beschluss zum Vertragsabschluss wesentlich sind und deren Mitteilung vom Informationspflichtigen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit des Interesses an der Information zugemutet werden kann.[248] Um solche Maßstäbe zu konkretisieren, können zahlreiche Faktoren herangezogen werden, wie die Art des beabsichtigten Vertrages und die mögliche Vereitelung oder Gefährdung des Vertragszwecks durch das Vorenthalten der Information.[249] Insbesondere der der Treuhand innewohnende Interessenwahrungscharakter spricht für eine Aufklärungspflicht.[250] Ob solche Faktoren als Topoi zur Begründung der Aufklärungspflicht oder als bewegliches System zu behandeln sind,[251] kann dahinstehen.

Aufklärungspflichten im vorvertraglichen Stadium ergeben sich in Brasilien aus dem Gebot von Treu und Glauben (*boa-fé*) (Art. 422 CC).[252] Solche Pflichten ermöglichen den informierten Konsens.[253] Für die Entstehung einer Aufklärungspflicht sind drei Merkmale notwendig: (1) der Informationsschuldner muss die Information tatsächlich haben oder haben müssen; (2) der Informationsgläubiger muss die Information ignorieren, um den Informationsaustausch nicht unnötigerweise zu verdoppeln: und (3) die Ignoranz des Informationsgläubigers muss legitim sein.[254] Bei Erfüllung dieser drei Kriterien muss der Informationspflichtige die andere Partei über alle Sachverhalte unterrichten, die erheblich für seine Entscheidung über den Vertragsabschluss sind, soweit diese nicht von der Eigeninformationsobliegenheit (*ônus de autoinformação*)[255] gedeckt sind.

Eine vorvertragliche Aufklärungspflicht über die Umstände, die die Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des Escrow-Agenten beeinflussen, ist in Deutschland und in Brasilien in den meisten Fällen zu bejahen. Dass ein erkennbares Informationsgefälle zwischen dem Escrow-Agenten und den Hauptparteien besteht, versteht sich von selbst, denn die Hauptparteien haben keine Einsicht in die Geschäfte des Escrow-Agenten. Art und Zweck des Escrow-

---

Absatz 1 BGB aus dem bislang nicht zustande gekommenen Treuhandverhältnis (wie *Löhnig* annimmt, Treuhand, § 10, II, 2, a) für das Escrow-Agreement überflüssig – zumindest was die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit des Escrow-Agenten angeht.

[248] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Olzen*, § 241 BGB, L, VIII, 2, b), bb), (1).

[249] Für eine Übersicht der bereits in der Literatur und Rechtsprechung herangezogenen Faktoren, siehe m. w. N. MünchKomm/*Bachmann*, § 241 BGB, IV, 2, b).

[250] Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, § 15, I, 2, *b*; MünchKomm/*Bachmann*, § 241 BGB, Rn. 206.

[251] Siehe dazu *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten, § 13 (Vorschlag eines aus Informationsbedarf, Informationsmöglichkeit und Informationsfunktionskreis bestehenden beweglichen Systems).

[252] Vgl. *Azevedo*, RDC 1992 (3), 78 (Kap. 3.1).

[253] Vgl. *Martins-Costa*, A boa-fé no direito privado, S. 580.

[254] Vgl. mit einer leicht verschiedenen Auflistung der Merkmale *Benetti*, Dolo no direito civil, Kap. 7.1.

[255] Vgl. *Martins-Costa*, A boa-fé no direito privado, S. 591 f.

Agreements sowie die treuhänderische Bindung des Escrow-Agenten an beiden Hauptparteien sprechen auch für die Anerkennung einer Aufklärungspflicht. Denkbare aufklärungsbedürftige Umstände sind das Vorhandensein laufender Geschäftsbeziehungen des Escrow-Agenten mit einer Hauptpartei, das Bestehen finanzieller Interessen des Escrow-Agenten an die Auslieferung des Escrow-Gegenstands an eine Hauptpartei (etwa, weil die betroffene Hauptpartei dem Escrow-Agenten in anderer Geschäftsbeziehung Sicherheit zu leisten hat) oder ein enges persönliches Verhältnis zu einer Hauptpartei.

II.2.4. Erfüllungs- und Sicherungszweck

Dem Escrow-Agreement wird gewöhnlich in Deutschland und in Brasilien nur die Funktion der Forderungssicherung zugeschrieben.[256] Es soll aber nicht übersehen werden, dass es auch einer Erfüllungsfunktion dient, wie sich aus der obigen Umschreibung des Escrow-Vertrags ergibt.[257] Der Escrow-Gegenstand und der im Hauptgeschäft geschuldete Gegenstand müssen identisch oder zumindest wirtschaftlich vergleichbar sein, ansonsten könnte die Gegenstandweitergabe nicht das Gläubigerinteresse an der Leistung befriedigen.[258] Hinzu kommt, dass sich die Pflicht des Escrow-Agenten in Bezug auf den Escrow-Gegenstand in dessen Empfang, Aufbewahrung und Weiter- bzw. Rückgabe erschöpft. Eine Verarbeitung oder Austausch des Gegenstands wird vom Escrow-Agenten nicht erwartet, er leitet genau denselben Gegenstand an den Begünstigten weiter. Der Rechtsgrund für den Erhalt des Escrow-Gegenstands durch den Begünstigten ist die Leistungsberechtigung im Hauptgeschäft – deshalb knüpfen die Bedingungen des Escrow-Agreements in aller Regel an die Entwicklungen des Hauptgeschäfts.

Nach einer hiervon abweichenden Sichtweise ist nur die Sicherungsfunktion für das Escrow-Agreement begriffsnotwendig.[259] Nach anderer, von der hier vertretenen These auch abweichender Auffassung gäbe es zwei Sorten von Escrow-Agreement, je nachdem, ob sie eine Sicherungs- oder Erfüllungsfunktion ausführt, aber nur eine Funktion wäre jeweils

[256] Vgl. in Deutschland: *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 166; *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement, S. 96; Leupold/Wiebe/Glossner/*Peters*, IT-Recht, Teil 12, Rn. 25 (Garantie für den Lizenznehmer, dass die Software langfristig zur Verfügung steht). In Brasilien: *Silva Neto*, Revista Jurídica Luso-Brasileira, 2017, Nr. 4, S. 202; *Marino*, Contratos coligados, S. 184; *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 48 f. An manchen Stellen wird eine beidseitige Sicherungsfunktion anerkannt, vgl. Kiem/*Neuhaus*, Kaufpreisregelungen, § 4, Rn. 62; *Kayo*, A conta vinculada, S. 41 f.; *Botrel*, Fusões e aquisições, S. 318.
[257] Siehe oben Kap. II.1.
[258] Vgl. *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, S. 192 (Voraussetzung dafür, dass die Leistung durch einen Dritten auf Anweisung des Schuldners die Schuld des letzteren tilgt, ist es, dass der Schuldinhalt gleich ist).
[259] Vgl. in der Schweiz: *Eisenhut*, Escrow-Verhältnisse, S. 24; *Gerster*, Das Escrow Agreement, S. 5 f.

umgefasst.[260] Richtigerweise werden beide Funktionen im Escrow-Agreement stets erfüllt. Ein wesentlicher Bestandteil jedes Escrow-Agreements ist die Möglichkeit der Gegenstandweitergabe an den Begünstigten, welcher einen Rechtsgrund für den Gegenstandempfang haben muss, sonst könnte von ihm Rückgabe des Gegenstands verlangt werden.[261] Wer ein Escrow-Agreement ohne Erfüllungsfunktion annimmt, muss sich mit der Frage auseinandersetzen, wie die Weitergabe an den Begünstigten[262] eines mit dem Gegenstand des Hauptgeschäfts identischen Gegenstands eine Pflichterfüllung bewirkt. Vollzieht die Gegenstandweitergabe die Begründung einer Sicherheit zugunsten des Begünstigten im Hauptgeschäft (z. B. ein Pfandrecht), die im Fall der Nichterfüllung verwertet werden kann, so bewirkt die Gegenstandweitergabe eigentlich die Erfüllung der Pflicht zur Garantiebeschaffung. Sind die Gegenstände ungleich – etwa, wenn die Sache verkauft und der Erlös an den Begünstigten weitergeleitet wird –, so kann eine Sicherungsübereignung oder ein Pfandhaltervertrag vorliegen. Das geht aber über die verkehrstypische Umschreibung hinaus, weil der Escrow-Agent nur denselben Gegenstand[263] weiterleitet oder zurückgibt, den er empfangen hat. Bekommt aber der Begünstigte genau denselben Gegenstand, der ihm im Hauptgeschäft gebührt, so ist kaum einen Fall vorstellbar, bei dem dies keine Pflichterfüllung bewirkt.

Was die Sicherungsfunktion angeht, entfaltet das Escrow-Agreement eine Forderungssicherung in eigener Art und Weise, die sich abhängig von der Art der herbeiführten Erfüllungswirkung entweder durch die Vermehrung der haftenden Vermögen oder durch den Schuldnerwechsel auszeichnet. Die Forderungssicherung wird in Deutschland als ein Vorgang definiert, bei dem durch geeignete rechtliche Maßnahmen Vorsorge dafür geschaffen wird, dass die Wahrscheinlichkeit der Erbringung der Leistung zum maßgeblichen Zeitpunkt steigt.[264] Ähnlich wird sie in Brasilien als die Verwendung rechtlicher Mechanismen für den Schutz gegen

[260] Vgl. In Portugal: *Fonseca*, Revista de Direito das Sociedades, 2017, Bd. 4, S. 818 ff.; *Antunes*, Do contrato de depósito escrow, S. 219 ff.
[261] Sei es im Wege eines Bereicherungsanspruchs, wie es in Deutschland aufgrund von Trennungs- und Abstraktionsprinzip oder der Ausübung des Vindikationsanspruchs, wie im brasilianischen Recht erfolgt, wo nur eine relative Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte gilt. Zu den Prinzipien der Trennung und der Abstraktion in Brasilien, siehe *Couto e Silva*, A obrigação como processo, § 3, 2, B).
[262] Es ist bemerkenswert, dass die Weitergabe stets mit der Erfüllung einer Forderung des Begünstigten einhergeht, aber nicht unbedingt ist der Rückgabe dieselbe Wirkung beizumessen. Denn es kommt darauf an, ob das Escrow-Agreement uni- oder multidirektional ist, wie unten erläutert wird (Kap. II.3.4).
[263] Ist der Escrow-Agent zur Abgabe eines Gegenstands nur gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet (bspw., weil er vertretbare Sachen entgegengenommen hat), so ist es trotzdem möglich, denselben Gegenstand abzugeben. Die Befugnis, einen körperlich nicht identischen Gegenstand abzugeben, zielt einfach auf die Vereinfachung des Umgangs mit dem Gegenstand ab. Wirtschaftlich betrachtet, macht es keinen Unterschied für die Hauptparteien. Das ist häufig der Fall bei Escrow-Accounts, denn der Zahlbetrag in einen Auszahlungsanspruch verwandelt wird.
[264] Vgl. *Becker-Eberhard*, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, S. 4.

das Leistungsausfallrisiko beschrieben.[265] In diesem Sinne lässt sich das Escrow-Agreement ohne weiteres der Kategorie der Forderungssicherung zuordnen. Denn die Tatsache, dass der geschuldete Gegenstand bei dem vertrauenswürdigen Escrow-Agenten liegt – der seinerseits an den Zweck der Pflichterfüllung treuhänderisch gebunden ist und die Umleitung des Gegenstands für andere Zwecke nicht erlauben darf – macht aus der Sicht der Hauptparteien das Erlangen des Gegenstands wahrscheinlicher.

Die geläufigste Einteilung der Sicherheiten unterscheidet zwischen den Personal- und den Sachsicherheiten. Bei den Personalsicherheiten kommt eine Vermehrung der haftenden Vermögen in Betracht. Der Drittsicherungsgeber verpflichtet sich, beim Eintritt des Sicherungsfalls mit seinem Vermögen den Gläubigeranspruch zu befriedigen.[266] Deswegen nennt man in Deutschland solche Sicherheiten „kumulative Interzession";[267] in Brasilien weist man auf die „quantitative" Leistungsverstärkung hin.[268] Die Sachsicherheiten beziehen sich demgegenüber nicht auf das Vermögen einer Person, sondern auf bestimmte Vermögensgegenstände.[269] Hier wird normalerweise ein beschränktes dingliches Recht an einer Sache bestellt, das gegenüber allen wirkt und dem Gläubiger bevorzugte Befriedigung aus der Sache gewährt,[270] aber auch ein Recht an anderen Rechten (wie das Pfandrecht an Rechten) kommt in Betracht. Deshalb werden solche Sicherheiten in Brasilien „qualitative" Verstärkung bezeichnet.[271] Daneben stehen auch die Sicherheiten, die sich durch die Übertragung des Eigentums an einer Sache oder der Inhaberschaft an einem Recht an den Gläubiger kennzeichnen,[272] damit er im Sicherungsfall Befriedigung aus der Sache oder aus dem Recht sucht, wie die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung von Forderungen.

So didaktisch diese Einteilung zu sein vermag, erschöpft sie nicht die kreativen Formen zur Absicherung der Leistung, die in der Praxis vorkommen. Im Escrow-Agreement muss unterschieden werden, ob die Erfüllungswirkung erst mit Auslieferung des Gegenstands oder schon bei Auslieferungsreife (in dieser Dissertation wird die Fallgestaltung angenommen, die

---

[265] Vgl. *Pinto e Silva*, Garantias das obrigações, S. 68.
[266] Vgl. in Deutschland: *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 11; *Krüger*, Kreditsicherungsrecht, S. 3. In Brasilien: *Castro Neves*, Revista da EMERJ, 2008, Nr. 44, S. 191; *Pinto e Silva*, Garantias das Obrigações, S. 214.
[267] Vgl. Beck-OGK/*Madaus*, § 765 BGB, Rn. 581.
[268] Vgl. *Pinto e Silva*, Garantias das Obrigações, S. 137 f., 313.
[269] Vgl. in Deutschland: *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 13; *Krüger*, Kreditsicherungsrecht, S. 47. In Brasilien: *Castro Neves*, Revista da EMERJ, 2008, Nr. 44, S. 195.
[270] Vgl. *Lwowski*/Fischer/Gehrlein, Das Recht der Kreditsicherung, § 1, Rn. 13.
[271] Vgl. *Pinto e Silva*, Garantias das Obrigações, S. 132 ff. (obwohl kritisch dazu, weil sich quantitative und qualitative Verstärkungen überschneiden können, wie im Fall der Sachsicherheit am Gegenstand eines Dritten).
[272] Vgl. in Deutschland: *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 57, Rn. 1. In Brasilien: *Pinto e Silva*, Garantias das Obrigações, S. 468 ff.

einzige Voraussetzung für die Weiter- oder Rückgabe des Escrow-Gegenstands wäre der Eintritt oder der Ausfall der Escrow-Bedingung, d. h. die Auslieferungsreife wäre dem Bedingungseintritt oder -ausfall gleichzusetzen) zukommt.[273] Tritt die Erfüllungswirkung erst mit Auslieferung ein, so wird der Anspruch gegen den Escrow-Agenten nur erfüllungshalber erworben. Hier wird eine echte Vermehrung der haftenden Vermögen ausgelöst, da der Berechtigte im Fall des Leistungsausfalls vom Escrow-Agenten weiterhin gegen die andere Hauptpartei vorgehen darf. Allerdings haftet der Escrow-Agent nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit dem vom Hinterleger erhaltenen Gegenstand.

Soll die Erfüllungswirkung bereits bei Auslieferungsreife eintreten, so liegt eine Ersetzungsbefugnis vor, bei der die geschuldete Leistung der eigentliche Auslieferungsanspruch ist. Hier kann nicht die Rede von einer Vermögensverdopplung sein, da die gegnerische Hauptpartei unabhängig von der tatsächlichen Auslieferung von der Schuld befreit wird. Auch eine bevorzugte Stellung hinsichtlich eines Vermögensgegenstands (sei es aufgrund eines beschränkten dinglichen Rechts, des Eigentums oder der Inhaberschaft an einem Recht) findet nicht statt. Trotz der Befreiung der gegnerischen Hauptpartei von der Schuld, erwirbt der Berechtigte den Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten. Das Escrow-Agreement stärkt in diesem Fall die Gläubigerstellung dadurch, dass ein neuer, vertrauenswürdiger Schuldner über den geschuldeten Gegenstand verfügt. Die Sicherheit besteht also in dem Schuldnerwechsel.

II.3. Gestaltungsformen

Die Gestaltungsmöglichkeiten eines Escrow-Agreements sind so vielfältig wie die Kreativität der Parteien. Um die rechtliche Behandlung des Escrow-Agreements besser darzustellen, müssen vier grundlegende Gestaltungsformen unterschieden werden.

Erstens kann das Escrow-Agreement nach der Art der vom Escrow-Agenten erlangten Macht am Escrow-Gegenstand als Besitz-Escrow oder Vollrecht-Escrow klassifiziert werden. Zweitens kann es in echtes oder unechtes Escrow-Agreement je nachdem eingeteilt werden, ob der Auslieferungsanspruch direkt vom Berechtigten erworben oder erst von einer Hauptpartei und danach an die andere Hauptpartei bedingt abgetreten wird. Eine dritte Klassifikation basiert auf dem Moment, ab dem die Forderung des Hauptgeschäfts als erfüllt gilt, und unterscheidet die sog. Ersatz-Escrows von den Alternative-Escrows. Letztlich grenzt das Verhältnis der Weiter- bzw. Rückgabe des Gegenstands zur gesicherten Forderung das unidirektionale vom

[273] Dazu siehe unten Kap. II.6.3.

multidirektionalen Escrow-Agreement ab. Diese Gestaltungsformen werden im Geschäftsleben kombiniert. Eine Gestaltungsform schließt die andere nicht aus.

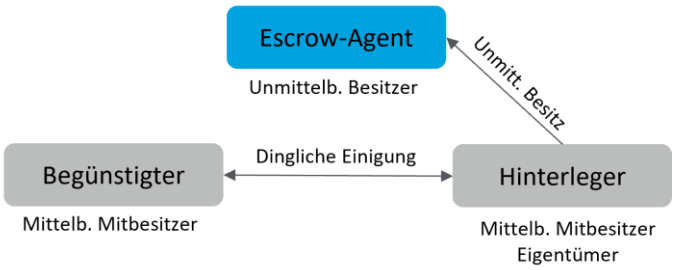
II.3.1. Besitz-Escrow und Vollrecht-Escrow

Nach der Art der Macht des Escrow-Agenten über den Gegenstand können Escrow-Agreements entweder Besitz-Escrows oder Vollrecht-Escrows darstellen.[274] Diese Klassifikation wirkt sich hauptsächlich auf den Schutz des Escrow-Gegenstands vor Eingriffen Dritter in der Zwangsvollstreckung aus.

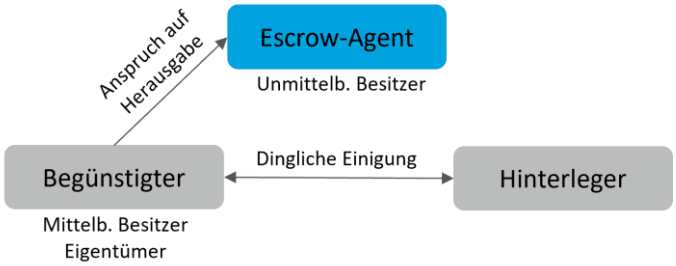
Beim Besitz-Escrow wird dem Escrow-Agenten nur der unmittelbare Besitz am Gegenstand eingeräumt. Das Eigentum bleibt beim Hinterleger. Diese Ausgestaltung ist nur bei Gegenständen möglich, deren Verfügungsvorgang die Besitzerlangung erfordert. Wie bereits erklärt, sind also nur bewegliche Sachen Gegenstand eines Besitz-Escrows. Der Escrow-Agent ist beim Besitz-Escrow in Deutschland ein bloßer Besitzmittler, er leitet seinen Besitz aus den übergeordneten Besitzern ab,[275] also von beiden Hauptparteien gemeinsam als mittelbaren Mitbesitzern. In Brasilien bekommt der Escrow-Agent seinen unmittelbaren Besitz von den Hauptparteien als gesamthänderischen mittelbaren Mitbesitzern.[276] Sowohl in Deutschland als auch in Brasilien bringt der Escrow-Agent in einem Besitz-Escrow die Interessen der Hauptparteien durch die Unterhaltung des Besitzes zum Ausgleich. Die Hauptparteien finden außerhalb des Escrow-Agreements eine (aufschiebend oder auflösend) bedingte dingliche Einigung, und die Verfügung wird vollständig wirksam, wenn der Berechtigte den Auslieferungsanspruch erwirbt (§ 931 BGB; Art. 1.267, Einzelparagraf, Alternativ 2, CC). Bei Auslieferungsreife erwirbt der Berechtigte nur einen Anspruch auf Besitzübergabe gegen den Escrow-Agenten. Diese Struktur kann wie folgt verbildlicht werden (angenommen, der Begünstigte ist auch der Berechtigte):

[274] Auf diese Einteilung ist auch *Eisenhut* in der Schweiz gekommen (Escrow mit bloß qualifiziertem Besitz oder mit Eigentumsübertragung). Siehe *Eisenhut*, Escrow-Verhältnisse, Kap. III, D.
[275] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Gutzeit*, § 868 BGB, Rn. 21 f. („Sein Recht zum Besitz muss der Besitzmittler nach hM vom mittelbaren Besitzer ableiten"). Siehe zu besitzrechtlichen Aspekten im deutschen Recht Kap. II.5.1.
[276] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 182 (beim gesamthänderischen Mitbesitz hat kein Mitbesitzer unabhängige faktische Gewalt über die Sache). Siehe zu besitzrechtlichen Aspekten im brasilianischen Recht Kap. II.5.2.

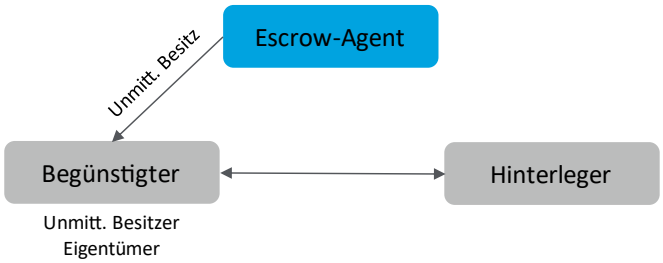
Sachlage bei Einlieferung



Sachlage bei Auslieferungsreife



Sachlage bei Auslieferung



Sowohl vertretbare als auch nicht vertretbare Sachen können Gegenstand eines Besitz-Escrows sein, da die Übergabe von vertretbaren Sachen nicht unbedingt mit Eigentumsübergang verbunden ist. Dies gilt gleichermaßen für die Rechtslage in Deutschland wie in Brasilien. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Gesetz oder der Vertrag aufgrund der Besitzerlangung vertretbarer Sachen den Eigentumsübergang anordnet. In Deutschland enthalten §§ 948, 1067 BGB bspw. eine solche Anordnung für den Fall der Vermischung beweglicher Sachen und des Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen. Im Sachdarlehen (§ 607 Absatz 1 BGB), in der

unregelmäßigen Verwahrung (§ 700 Absatz 1 BGB) und im irregulären Pfandrecht (§ 1204 BGB) dürfen die Parteien vereinbaren, dass der Empfänger genau dieselbe Sache zurückgewähren soll, oder dass er nur eine Erlaubnis zur Aneignung der Sache hat, die aber nicht unbedingt ausgeübt werden muss. Entscheidend hier ist die Vertragsauslegung. Die Besitzübergabe von vertretbaren Sachen geht nicht notwendigerweise mit dem Eigentumsübergang einher.[277]

In Brasilien schreibt Art. 1.272 CC den Eigentumsübergang bei der Vermischung von beweglichen Sachen (*confusão, comissão e adjunção*) vor. Gleiches passiert beim Nießbrauch verbrauchbarer Sachen nach Art. 1.392, § 1°, CC.[278] Anders ist die Lage, wenn der Vertrag die Besitzübergabe einer vertretbaren Sache zum Gegenstand hat. Die Vertretbarkeit einer Sache richtet in Brasilien gemäß der wohl h. L. nach dem Parteienwillen. Sachen, die ihrer Natur nach vertretbar sind, können in bestimmten Rechtsverhältnissen als unvertretbar erachtet werden.[279] Ein Darlehen (*mútuo*) z. B. geht zwangsläufig mit Eigentumsübertragung einher (Art. 587 CC), weil sein Zweck in dem vollen Genuss einer vertretbaren Sache durch den Darlehensnehmer besteht, sogar der völlige Verbrauch der Sache ist gestattet.[280] Nicht jedwede Ausleihe (*empréstimo*) einer naturgemäß vertretbaren Sache führt jedoch zum Eigentumsübergang. Der Eigentumsübergang dürfte mit der Ausleihe nur verbunden sein, wenn es dem Ausleiher gestattet ist, Sachen von gleicher Güte, Menge und Qualität zurückzugewähren. Dann ist der Vertrag als Darlehen zu qualifizieren. Vereinbaren die Parteien, dass der Ausleiher genau dieselben Sachen herausgeben muss, so ist die Sache in diesem Rechtsverhältnis nicht mehr vertretbar nach Art. 85 CC. Der Vertrag ist dann kein Darlehen, sondern Leihe (*comodato*) oder Miete (*locação*). Beim irregulären Pfandrecht könnte auch die Eigentumsübertragung natürlicher vertretbaren Sachen erfolgen,[281] aber unter Berücksichtigung des vorliegenden Vertretbarkeitsbegriffs lässt

[277] Vgl. Beck-OGK/*Lohsse*, § 607 BGB, Rn. 10.1 ff.; Staudinger/*Freitag*, § 607 BGB, Rn. 6; Beck-OGK/*Schlinker*, § 700 BGB, Rn. 8, 11; Staudinger/*Bieder*, § 700 BGB, Rn. 21; MünchKomm/*Henssler*, § 700 BGB, Rn. 10; Beck-OGK/*Förster*, § 1204 BGB, Rn. 90; Staudinger/*Wiegand*, § 1204 BGB, Rn. 54; MünchKomm/*Schäfer*, § 1204 BGB, Rn. 31. Selbst das Argument, dass ein Sachdarlehensvertrag ohne Eigentumsübergang die typologischen Grenzen zu anderen Vertragsarten verschwimmen lassen würde (vgl. MünchKomm/*K.P. Berger*, § 607 BGB, Rn. 23), besagt nicht, dass die Besitzübergabe von vertretbaren Sachen zwangsläufig zum Eigentumsübergang führt. Vielmehr käme nur eine anderweitige Qualifikation des Sachverhalts in Betracht.

[278] Vgl. *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. III, S. 820 f. Nach anderer Auffassung wäre der Nießbrauch verbrauchbarer Sachen als Darlehensvertrag zu qualifizieren, siehe dazu Teixeira/*Viana*, Comentários ao novo código civil, Bd. XVI, S. 624 ff.

[279] Vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 1, S. 434; Teixeira/*Oliveira*, Comentário ao novo código civil, Bd. II, S. 50 ff.; Azevedo/*Azevedo/Nicolau*, Código civil comentado, Bd. I, S. 198; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd I, S. 348 (innerhalb gewisser Grenzen kann der Parteienwille die Unvertretbarkeit der Sache bestimmen) *Rodrigues*, Direito civil, Bd. 1, S. 128 (wirtschaftliches Interesse wäre maßgebend). Gegenmeinung: *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. II, S. 85.

[280] Vgl. *Farias/Rosenvald*: Curso de direito civil, Bd. 4, S. 776; *Gomes*, Contratos, S. 391.

[281] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXI, S. 200; *Renteria*, Penhor e autonomia privada, S. 183.

sich keine zwingende Notwendigkeit ableiten. Kein Eigentumsübergang ist hingegen bei der unregelmäßigen Verwahrung angeordnet. Art. 645 CC besagt zwar, dass sich die Verwahrung (*depósito*) vertretbarer Sachen nach den Vorschriften des Darlehens richtet, wenn sich der Verwahrer nur zur Herausgabe von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet. Dies könnte zur irrigen Schlussfolgerung verleiten, dass das Eigentum nach Art. 587 CC übergeht. Doch erwirbt der unregelmäßige Verwahrer Eigentum am Verwahrgut nur, wenn dies vereinbart ist. Wenn der Verwahrer trotz Vertretbarkeit der Sache zur Herausgabe derselben genauen Sache verpflichtet ist, so findet kein Eigentumsübergang statt. Die schlichte natürliche Vertretbarkeit der Sache führt also nicht zur unregelmäßigen Verwahrung.[282] Diesen Beispielen kann entnommen werden, dass der Eigentumsübergang letztendlich vom konkreten Parteienwille, und nicht von der natürlichen Vertretbarkeit der Sache abhängt.

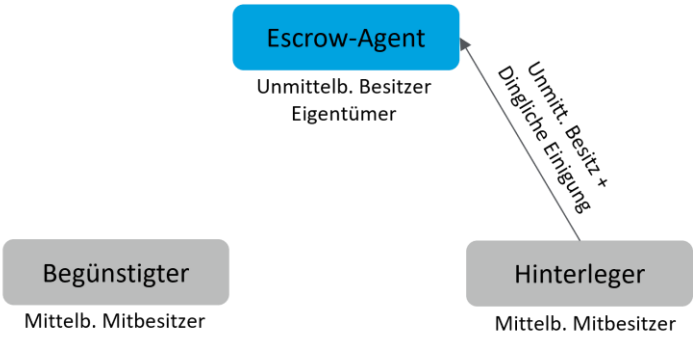
In beiden Ländern kommt es also auf den Willen der Parteien an, ob die Übergabe einer (natürlichen) vertretbaren Sache den Eigentumsübergang veranlassen soll. Jedenfalls die Möglichkeit eines Besitz-Escrows von vertretbaren Sachen besteht.

Beim Vollrecht-Escrow hingegen wird der Escrow-Agent zu unmittelbarem Besitzer und Vollrechtsinhaber. Auch jedes Recht kann Gegenstand eines Vollrecht-Escrows bilden: Rechte an beweglichen Sachen, an Grundstücken, Forderungen usw. Ist der Escrow-Gegenstand eine Sache, so übt der Escrow-Agent trotz der Vollrechtsstellung nur den unmittelbaren Besitz, der mittelbare Mitbesitz verbleibt bei den Hauptparteien. Der Berechtigte erwirbt beim Bedingungseintritt bzw. -ausfall entweder nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegen den Escrow-Agenten (Alternative 1); oder, wenn das Vollrecht selbst bedingt ist, so ist keine dingliche Einigung nötig und der Escrow-Agent muss nur etwaige Vollzugsakte durchführen, wie Sachabgabe und Eintragung ins Grundbuch (Alternative 2). Vollrecht-Escrows kommen in der Praxis vielfach vor. Bei offenen Treuhandkonten in Deutschland[283] bspw. steht das Guthaben allein dem Escrow-Agenten als Kontoinhaber zu. Bei Escrow-Accounts in Brasilien geht das Eigentum am Geld an die Bank über, die meistens selbst Escrow-Agent ist. Bildlich kann das Vollrecht-Escrow wie folgt dargestellt werden (angenommen, es handelt sich um Alternative 1 oben und der Begünstigte ist auch der Berechtigte):

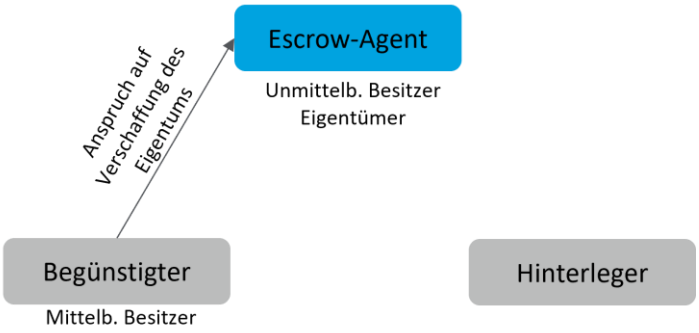
[282] Vgl. *Luz*, RT 1989 (650), 239 (241 f.); *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. II, S. 407 f.; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 252; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII S. 430.

[283] Vgl. *Kropf* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bankrecht und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.1036. Näher zu Treuhandkonten in Deutschland unten in Kap. II.4.1.1.5.

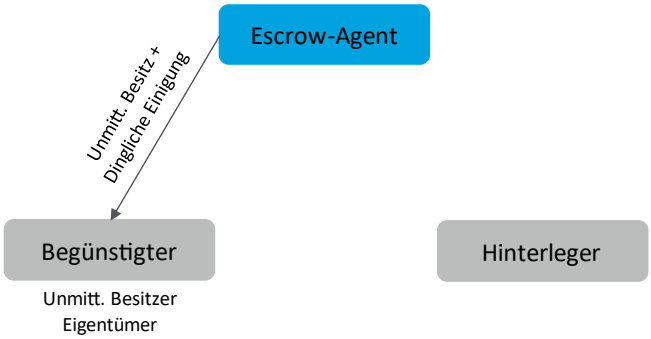
Sachlage bei Einlieferung



Sachlage bei Auslieferungsreife



Sachlage bei Auslieferung



Das oben beschriebene Schema wird in den meisten Fällen angepasst werden müssen. In Brasilien ist ein separates Verfügungsgeschäft aufgrund der relativen Trennung der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte in der Regel nicht erforderlich. Der Erwerb des

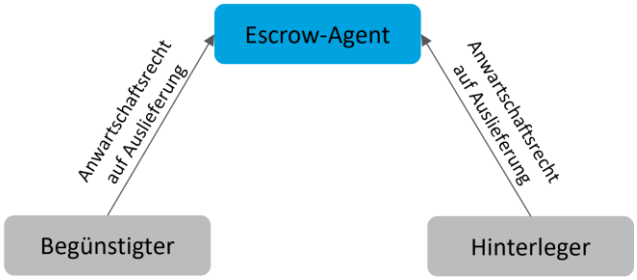
dinglichen Rechts an beweglichen Sachen wird fast immer die Sachübergabe entbehrlich machen, weil der Escrow-Agent in den meisten Fällen bereits ab Auslieferungsreife die Sache im Wege eines Besitzkonstituts (§ 930 BGB; Art. 1.267, Einzelparagraf, Alternative 1, CC) für den Berechtigten besitzen wird, sodass für die Vervollständigung der Verfügung zu diesem Zeitpunkt nur noch eine wirksame dingliche Einigung zwischen den Parteien hinzutreten muss. Ist der Escrow-Gegenstand eine Forderung, genügt die Vereinbarung der Parteien für die wirksame Verfügung, welche in Brasilien – entgegen der allgemeinen Regel – hier nicht zusammen mit dem Verpflichtungswillen des Escrow-Agenten zur Auslieferung abgeschlossen wird; andernfalls würde der Bedingungseintritt oder -ausfall schon die Abtretung der Forderung an den Berechtigten veranlassen (Alternative 2 oben), aber, wenn die Abtretung nur auf schuldrechtlicher Ebene eingegangen worden ist (Alternative 1 oben), so muss der Wille der Parteien dahingehend ausgelegt werden, dass zu diesem Zweck ein separates Verfügungsgeschäft erforderlich ist.

II.3.2. Echtes und unechtes Escrow-Agreement

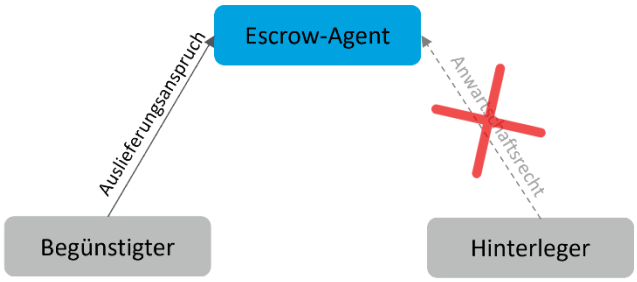
Ob der Auslieferungsanspruch unmittelbar in der Person des Berechtigten oder erst in der Person einer Hauptpartei begründet und danach abgetreten wird, hat Auswirkungen auf die rechtliche Behandlung des Escrow-Gegenstands in der Schwebezeit. Die erste Konstellation wird hier das echte, und die zweite das unechte Escrow-Agreement genannt.

Beim echten Escrow-Agreement hat keine Hauptpartei während der Schwebezeit einen wirksamen Anspruch auf Auslieferung gegenüber dem Escrow-Agenten, sondern meistens nur ein Anwartschaftsrecht. Der Zeitpunkt der Auslieferungsreife definiert den Moment, in dem das Anwartschaftsrecht des Berechtigten in einen Auslieferungsanspruch erstarkt und das Anwartschaftsrecht der anderen Hauptpartei erlischt. Plastisch kann diese Konstellation so dargelegt werden (angenommen, der Begünstigte ist auch der Berechtigte):

Sachlage in der Schwebezeit

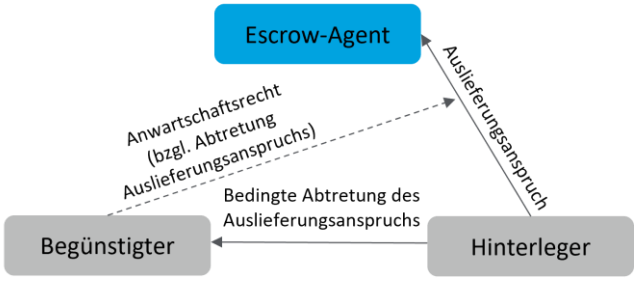


Sachlage nach Bedingungseintritt

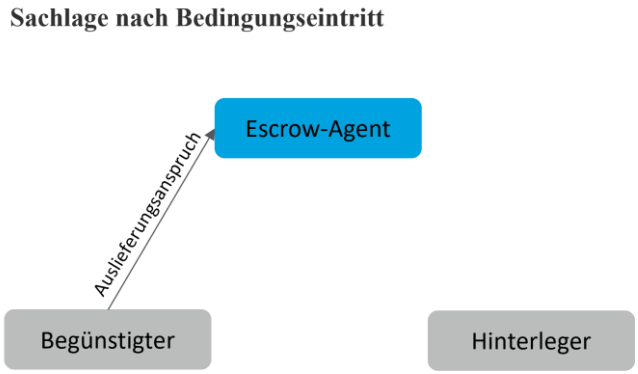


Schließen die Parteien demgegenüber ein unechtes Escrow-Agreement ab, so hat eine Hauptpartei während der Schwebezeit das Recht auf Auslieferung gegen den Escrow-Agenten. Dieses Recht tritt sie an die andere Hauptpartei aufschiebend (oder auflösend) bedingt ab. Die andere Hauptpartei hat in der Schwebezeit i. d. R. nur ein Anwartschaftsrecht. Vor Zwischenverfügungen des Inhabers des Auslieferungsanspruchs ist die andere Hauptpartei nach § 161 BGB in Deutschland[284] oder Art. 126 CC in Brasilien geschützt. Diese Konstellation kommt in brasilianischen Escrow-Accounts oft vor, weil das Konto im Namen von nur einer Hauptpartei errichtet wird und die Bank selbst Escrow-Agent ist. Dem Kontoinhaber allein steht dann der Anspruch aus dem Guthaben zu. Die Bilder unten zeigen den Aufbau eines unechten Escrow-Agreements (angenommen, der Begünstigte ist auch der Berechtigte):

Sachlage in der Schwebezeit



[284] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 86 (notarielle Hinterlegung).



Dass eine Hauptpartei ab sofort das Recht auf Auslieferung innehat, bedeutet nicht, dass der entsprechende Anspruch ab sofort geltend gemacht werden kann. Um die vorzeitige Rückgabe zu verhindern, ist die Geltendmachung des Anspruchs regelmäßig an bestimmte Voraussetzungen gebunden, etwa an die Freigabe durch die andere Hauptpartei. Auch wenn es solche Voraussetzungen nicht gäbe, könnte das Auslieferungsverlangen in sich selbst in dieser Konstellation als Verfügung über den Auslieferungsanspruch beobachtet werden[285] und würde somit unter die Schutzregelung der Schwebezeit fallen. Doch wird der Schutz vor dem Auslieferungsverlangen durch den Inhaber des Auslieferungsanspruchs in einem unechten Escrow-Agreement primär durch das Erfordernis der Mitwirkung der anderen Hauptpartei gewährleistet, nicht durch die Regelung der Schwebezeit. Da die Auslieferung eine Beeinträchtigung, sogar eine Vereitelung der bedingten Abtretung des Auslieferungsanspruchs bedeutet, macht sich der Inhaber des Auslieferungsanspruchs nach § 160 BGB oder Arts. 186, 927 CC schadensersatzpflichtig, wenn er so vorgeht.[286]

In der gewöhnlichsten Ausgestaltung des unechten Escrow-Agreements kann der Berechtigte erst nach Eintritt der Escrow-Bedingung den Auslieferungsanspruch geltend machen. In einem deutschen unechten Escrow gilt der Auslieferungsanspruch dann als gestundet. Das heißt, der Anspruch besteht, kann aber nicht geltend gemacht werden, weil seine Fälligkeit hinausgeschoben wird.[287] In einem brasilianischen unechten Escrow-Agreement mit dieser Ausgestaltung stünde der Anspruch (*pretensão*) selbst unter Bedingung. Das Ereignis, das die

[285] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. VI, S. 178 f. (insofern, als die Ausübung eines Rechts die Substanz solchen Rechts ändert, ist darin eine Verfügung anzusehen).
[286] Dazu oben Kapiteln II.2.1.1.2.1 und II.2.1.2.2.1.
[287] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*Krüger*, § 271 BGB, Rn. 22 (Stundung schiebt nur die Fälligkeit der Forderung hinaus und unterscheidet sich vom *pactum de non petendo* dadurch, dass dieser nur die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs betrifft).

Abtretung des Auslieferungsanspruchs bedingt, bedingt zugleich die Entstehung des Anspruchs (nicht aber die Entstehung des Rechts auf Auslieferung, welches seit Vertragsabschluss dem Rechtsinhaber zusteht).[288]

Nicht zu verwechseln ist diese Frage mit derjenigen, ob der Anspruch auf Einwilligung in die Auslieferung einen Freigabe- oder einen Zahlungsanspruch darstellt.[289] Dieser setzt voraus, dass die Berechtigung zum Escrow-Gegenstand im Hauptgeschäft bereits definiert ist und der Berechtigte eine Möglichkeit hat, solche Einwilligung zu erzwingen. Hier geht es umgekehrt um die Schwebezeit vor der Definition über die Berechtigung zum Escrow-Gegenstand.

II.3.3. Ersatz-Escrow und Alternative-Escrow

Das Escrow-Agreement dient einer Erfüllungsfunktion, wie bereits erläutert. Demzufolge muss entweder die Auslieferung des Escrow-Gegenstands oder mindestens die Auslieferungsreife die Erfüllung der Hauptforderung herbeiführen. Ob die Erfüllungswirkung bereits bei Auslieferungsreife eintritt oder erst, wenn der Gegenstand ausgeliefert wird, ist eine Frage des Einzelfalls. Der Parteienwille ist maßgeblich. Auf diese Thematik wird später im Detail eingegangen (Kap. II.6.3). Was die Begriffsbestimmung angeht, heißt Ersatz-Escrow, dass die Erfüllungswirkung zum Zeitpunkt der Auslieferungsreife eintritt. In einem Alternative-Escrow hingegen gilt die Hauptforderung nur dann als erfüllt, wenn der Gegenstand tatsächlich ausgeliefert wird.

II.3.4. Uni- oder multidirektionales Escrow-Agreement

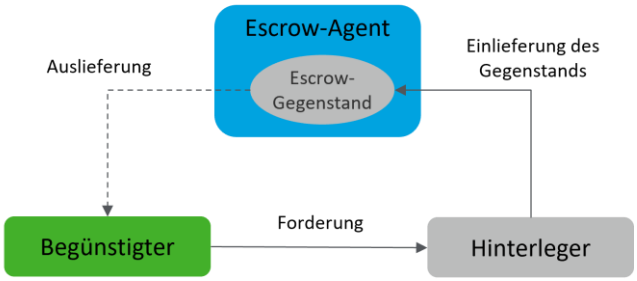
Das Escrow-Agreement kann auch danach klassifiziert werden, ob die Auslieferung des Escrow-Gegenstands die Sicherung und Erfüllung von Pflichten nur einer oder beider Hauptparteien herbeiführt.

Von einem unidirektionalen Escrow-Agreement ist die Rede, wenn der Escrow-Gegenstand nur Forderungen des Begünstigten befriedigt. Das Escrow-Agreement dient dann der Sicherung und Erfüllung von Hauptforderungen lediglich in Richtung Hinterleger–Begünstigten. Die eventuelle Rückgabe des Gegenstands bewirkt in diesem Fall keine Pflichterfüllung des Hauptgeschäfts, umgekehrt setzt sie voraus, dass dem Hinterleger keine Pflicht im

[288] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 167 (Bedingung kann nicht nur ein Recht, sondern auch eine *pretensão* als Objekt haben. Dann besteht die Forderung ab sofort, aber der Schuldner ist nur zum Leisten verpflichtet, wenn die Bedingung eintritt).
[289] Siehe zu dieser Thematik *Witte/Bultmann*, BB 2005, 1121 (1122 ff.).

Hauptgeschäft entstehen. Diese Konstellation lässt sich folgendermaßen abbilden:

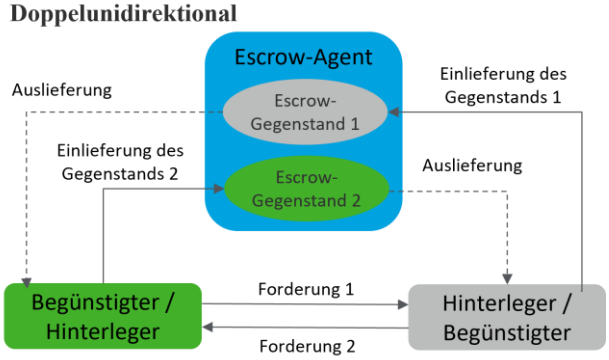
Unidirektional



Die Abbildung zeigt eine Forderung des Begünstigten gegen den Hinterleger, die den Escrow-Gegenstand zum Objekt hat. Der Escrow-Gegenstand wird vom Hinterleger beim Escrow-Agenten hinterlegt, und von diesem bei Bedingungseintritt an den Begünstigten zur Erfüllung der Forderung weitergeben. Beispiel dafür ist das Software-Escrow, da die Zugänglichmachung des Quellcodes nur eine etwaige Verpflichtung des Softwareherstellers gegenüber dem Softwareanwender befriedigt.

Auch von einem unidirektionalen Escrow-Agreement ist die Rede, wenn beide Hauptparteien die jeweiligen Gegenleistungen über den Escrow-Agenten bewirken. Beide Hauptparteien besitzen die Stellung eines Hinterlegers und eines Begünstigten. In dieser Fallgestaltung ist das Angebot der Gegenleistung regelmäßig Bedingung für die Weitergabe des Escrow-Gegenstands. Auch hier ist das Escrow-Agreement unidirektional formuliert, weil jeder Gegenstand nur auf die Erfüllung einer Leistung gerichtet ist. Die Tatsache, dass zwei Forderungen über das Escrow-Agreement erfüllt werden, darf nicht zur Schlussfolgerung verleiten, dass das Escrow-Agreement multidirektional sei. Denn beim Escrow-Agenten sind auch zwei Gegenstände hinterlegt, also zwei Gegenstände für zwei Forderungen. Diese „verdoppelte“ unidirektionale Konstellation kann wie folgt verbildlicht werden:

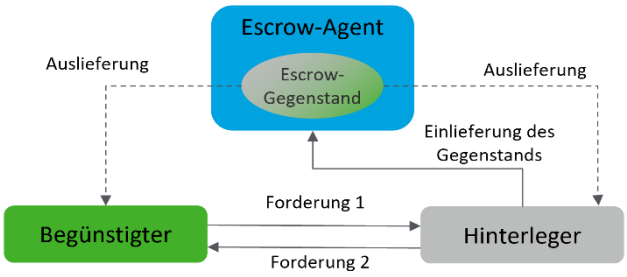
Doppelunidirektional



Die Abbildung zeigt das gleiche Schema eines unidirektionalen Escrow-Agreements, nur verdoppelt und gespiegelt. Jede Forderung hat als Objekt den jeweiligen Escrow-Gegenstand, der beim Escrow-Agenten hinterlegt und beim Bedingungseintritt weitergegeben wird. Als Beispiel lässt sich den Fall anführen, dass beim Verkauf eines Autos der Verkäufer die Schlüssel beim Escrow-Agenten hinterlegt, die nur dann weiterzugeben sind, wenn der Käufer seinerseits auch das Geld hinterlegt. Der Escrow-Agent tauscht dann die gegenseitigen Leistungen.

Anders zu bezeichnen ist die Konstellation, bei dem ein einziger Escrow-Gegenstand zwei Forderungen in gegenseitigen Richtungen erfüllen kann. Beide Hauptparteien sind in materieller Hinsicht gleichzeitig Hinterleger und Begünstigter in Bezug auf den Escrow-Gegenstand (der einfachheitshalber lässt sich allerdings nur die Hauptpartei „Hinterleger“ nennen, wer physisch den Escrow-Gegenstand einliefert). Ein Beispiel ist der Fall, in dem zwei Forderungen aus dem Hauptgeschäft in der Weise entgegenstehen, dass bei Entstehen oder bei Erfüllung der einen Forderung die andere zwingend ausbleibt. Beim Unidirektionalen ist das nicht der Fall – der Bedingungsausfall bedeutet nur, das keine Forderung zugunsten des Begünstigten entstanden ist, nicht aber, dass der Begünstigte dem Hinterleger etwas schuldet. Beim multidirektionalen Escrow-Agreement hat der Gegenstand die Fähigkeit, Pflichten in beide Richtungen Hinterleger–Begünstigten und Begünstigten–Hinterleger zu befriedigen. Dies kann wie folgt grafisch dargestellt werden:

Multidirektional



Im Bild stehen ein Escrow-Gegenstand, welcher einmalig hinterlegt wird, und zwei Forderungen in Gegenrichtungen. Nach der Hinterlegung kann der Gegenstand entweder in die eine oder in die andere Richtung zum Zweck der Erfüllung weitergeben werden. Anteilskauftransaktionen sind Beispiel eines multidirektionalen Escrow-Agreements. Der Anteilskäufer schuldet den Kaufpreis, während der Anteilsverkäufer für Garantien und Freistellungen haftet. Da beide Geldschulden sind, reicht die einmalige Einlieferung vom Geld beim Escrow-Agenten

durch eine Hauptpartei (der hinterlegende Käufer). Wird keine Garantie verletzt bzw. keine Freistellungen in Anspruch genommen, muss der Kaufpreis vollständig gezahlt werden und der Escrow-Agent gibt das Geld an den Verkäufer weiter. Umgekehrt, wenn ein Anspruch aus den Garantien oder den Freistellungen geltend gemacht wird, so hat die Geldrückgabe an den Käufer zu erfolgen.

Diese Unterscheidung ist nicht ohne Belang. Beim unidirektionalen Escrow ist der Begünstigte kein Schuldner des Hinterlegers, sodass die Gegenstandrückgabe beim Bedingungsausfall ausschließlich zwischen Hinterleger und Escrow-Agenten erfolgt. Verzögerungen oder Ausfälle der Rückgabe stellen für sich genommen keine Pflichtverletzung des Begünstigten im Hauptgeschäft dar. Das ist insoweit unterschiedlich zum multidirektionalen Escrow, als der Bedingungsausfall hier wohl eine Pflicht des Begünstigten im Hauptgeschäft widerspiegelt. Tritt die Erfüllung gemäß der Parteienvereinbarung erst mit Auslieferung ein (Alternative-Escrow), so wirkt die Pflichtverletzung des Escrow-Agenten zu Lasten des Begünstigten.

II.4. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Escrow-Agreements ist keine rein theoretische Frage. Die Einordnung ins richtige Rechtsinstitut ist von entscheidender Bedeutung, um die anwendbaren gesetzlichen Vorschriften zu ermitteln und darauf aufbauend Lösungen konkreter Rechtsfragen des Escrow-Agreements zu entwickeln. Alle weiteren Fragestellungen des Escrow-Agreements werden im Wesentlichen von seiner Rechtsnatur vorbestimmt. In den Kapiteln II.6 bis II.8 wird dann dargelegt, dass die deutsche Rechtswissenschaft bei der Handhabung konkreter Probleme des Escrow-Agreements auf eine sichere Grundlage zurückgreifen kann, weil die Zahlungsabwicklung über Dritten längst in Deutschland praktiziert wird. Dies hat einerseits dank wissenschaftlicher Debatten die Entwicklung von Rechtssätzen für Escrow-ähnliche Sachverhalte ermöglicht; andererseits die Aufnahme von herkömmlichen Sachverhalten ins Gesetz und in die Berufsordnungen, die teilweise die Funktion eines Escrow-Agreements erfüllen, welche somit als angebrachte Analogiebasis für die atypischen Escrow-Sachverhalte fungieren. In Brasilien müssen aufgrund der noch anfänglichen Diskussionen in der Wissenschaft die Lösungen von Grund auf erarbeitet werden, was bedeutet, dass auf allgemeinere Rechtsinstitute und Regeln zurückgegriffen werden muss, die nicht in gleich engem Zusammenhang mit dem Sachverhalt eines Escrow-Agreements in Verbindung stehen.

II.4.1. Deutschland

Die Zuordnung des Escrow-Agreements zur Treuhand ist in Deutschland weitestgehend anerkannt[290] und braucht hier nicht infrage gestellt werden. Im Folgenden wird nur der Charakter des Escrow-Agreements als doppelnützige Treuhand und insbesondere die Einteilung als Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichem Charakter erörtert (Kap. II.4.1.1). Von größerer Bedeutung ist die Heranziehung der notariellen Verwahrung als Quelle analoger Rechtsanwendung für Rechtsfragen des Escrow-Agreements (Kap. II.4.1.2).

II.4.1.1. Escrow-Agreement als doppelnützige Treuhand

II.4.1.1.1. Treuhandbegriff

Die Treuhand ist im deutschen Recht als eigenständige Figur nicht geregelt. Ihre Definition ist umstritten und angesichts der von ihr umfassten Vielfalt von Konstellationen lässt sie sich schwer begrifflich erfassen.[291] Es sind derart viele Monografien über die Treuhand im deutschen Recht verfasst worden, dass eine Übersicht aller Meinungen bezüglich ihrer Definition und Rechtsnatur kein Gegenstand dieser Arbeit bilden kann.[292] Die geläufigsten Definitionen der Treuhand im deutschen Recht können in zwei Gruppen eingeteilt werden, je nachdem, ob sie (1) auf den Gegensatz zwischen der Schaffung einer dinglichen Rechtsposition für den Treuhänder im Außenverhältnis und der rein schuldrechtlichen Beschränkung der Ausübung dieser Rechtsposition im Innenverhältnis, und/oder (2) auf das Interesse, das mit Ausübung der Rechtsposition des Treuhänders verfolgt wird, verweisen. Eine dritte, von den zwei ersteren wesentlich abweichende und weniger vorkommende Definition setzt auf (3) die Wahrung fremder Interessen kraft eigener Macht, unabhängig vom Erwerb einer dinglichen Rechtsposition am Treugut.

Die Definition zu (1) wird regelmäßig auf den bekannten, von *Regelsberger* 1880

---

[290] So z. B. *Witte/Bultmann*, BB 2005, 1121 (Treuhandkonto); Kiem/*Neuhaus*, Kaufpreisregelungen, § 4, Rn. 59, 62 (Treuhandkonto); *Meyer-Sparenberg*/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, §48, Rn. 136 (Treuhandkonto); *Seibt*, Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, C.II.2, Nr. 47 (Treuhandkonto); Knott/*Becker/Voß*, Unternehmenskauf, Teil II, Rn. 952 f. (Treuhandkonto); *Lips* in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, §3, Rn. 183 ff. (Treuhandkonto); *Herwig* in: Jaletzke/Henle/Hartmann-Rüppel, M&A Agreements in Germany, IV.5, Nr. 2 (Treuhandvertrag); *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen/Paul, Private Equity, I, 9, a), bb), Rn. 3 (Treuhandkonto); *Timmerbeil*/*Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 166 (Treuhandvereinbarung); *Auer-Reinsdorff/Kast/Dressler* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 38, Rn. 98 (Treuhandverhältnis); *Hoeren*, CR 2004, 721 (722) (Treuhandverhältnis).
[291] Vgl. *Gernhuber*, JuS 1988, 355.
[292] Für eine (auch historisch) umfassende Darstellung, siehe *Löhnig*, Treuhand, Teil 1.

veröffentlichten Aufsatz zurückgeführt.[293] Die „fiduziarischen Rechtsgeschäfte“ zeichnen sich nach *Regelsberger* dadurch aus, dass die Parteien die durch das Geschäft geschaffene Rechtsmacht nur zu bestimmten, nicht aber zu allen möglichen Zwecken verwenden wollen. Das Missverhältnis zwischen Zweck und Mittel wäre für das fiduziarische Geschäft charakteristisch.[294] Bis heute ist diese Definition in vielen Lehrbüchern und Kommentaren mit leichten Variationen zu sehen, wie die Variante der „überschießenden Rechtsmacht“ im Außenverhältnis,[295] oder die der Erlangung der Verfügungsmacht im Außenverhältnis mit schuldrechtlicher Beschränkung im Innenverhältnis,[296] oder auch eine Kombination beider vorigen Varianten.[297] Teilweise wird auch die Zweiaktigkeit der Treuhand betont, in dem Sinne, dass neben einem sachlichen Element, das im Halten und Ausüben bestimmter Rechte besteht, ein persönliches Element hinzukommt, nämlich die schuldrechtliche Bindung an die Ausübung dieser Rechte im fremden Interesse.[298]

Oftmals wird die Definition zu (2) in der Literatur anhand der Begriffsbestimmung *Sieberts* herangezogen, wonach der Treuhänder sei „eine natürliche oder juristische Person, die von einem anderen (oder für einen anderen) Vermögensrechte zu eigenem Recht erworben hat, diese Rechte aber nicht, oder wenigstens nicht ausschließlich, in eigenem Interesse ausüben soll“.[299] Stellt man auf das maßgebliche Interesse ab, so muss auch erklärt werden, inwieweit sich die Treuhand von der gewöhnlichen Interessenwahrung für Fremde etwa im Rahmen eines Auftrags oder einer Geschäftsbesorgung abgrenzt. *Coing* weist i. d. S. auf das sachliche Element hin: Die Treuhand sei die Wahrung fremder Interessen, qualifiziert durch die Ausübung bestimmter Rechte.[300]

---

[293] *Regelsberger* hat aber nicht als Erster die Treuhand definiert (siehe *Löhnig*, Treuhand, § 2, III, 2, c), d)).
[294] Vgl. *Regelsberger*, AcP 63, 157 (171 ff.). Trotz der ihm häufig zugeschriebenen „Vaterschaft“ auf die Treuhandlehre ist es bemerkenswert, dass *Regelsberger* keine Treuhandlehre in diesem Aufsatz verfasst hat. Vielmehr wollte er nur die unzulässigen Scheingeschäfte und die von ihm genannten „Schleichwege“ von den zulässigen fiduziarischen Rechtsgeschäften unterscheiden.
[295] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 662 BGB, Rn. 37.
[296] Vgl. Beck-OGK/*Teichmann*, § 675 BGB, Rn. 131; MünchKomm/*K. Schmidt*, Vorb. § 230 HGB, Rn. 35.
[297] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662 BGB, Rn. 40; Uhlenbruck/*Brinkmann*, § 47 InsO, Rn. 77; *Henssler*, AcP 196, 37 (41 f. relativ kritisch aber).
[298] Vgl. *Geibel*, Treuhandrecht, S. 63 f., 111 f.; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 85 f.; Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662 BGB, Rn. 46; BGHZ 155, 227 (Rn. 17).
[299] *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 1. Vgl. ähnliche Begriffe in MünchKomm/*Schubert*, § 164 BGB, Rn. 59; Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. §§ 662 ff. BGB, Rn. 40; RGZ 79, 121 (bei Bestellung einer Hypothek im Namen eines Dritten Treuhänders auf das Grundstück des Bauherrn zugunsten der Handwerker handelt es sich um den Erwerb eines Rechts nicht im Eigen- sondern im Fremdinteresse). Kritisch zu dieser herkömmlichen Definition („mehr als eine gemeinsame Klammer sind Definitionen wie die erwähnte nie gewesen“): *Geibel*, Treuhandrecht, S. 7 ff.
[300] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 85. Die Notwendigkeit einer Differenzierung ist auch an anderen Stellen zum Ausdruck gebracht worden, siehe z. B. *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 25 f.

Der Treuhandbegriff zu (3) ist vor allem durch *Löhnig* vertreten worden und entfernt sich von den herkömmlichen Begriffen. Ausgangspunkt ist es, dass die Treuhand von ihrer Struktur her die Interessen der Parteien in der Weise verbindet, dass der Treuhänder die Interessen des Treugebers wahrnimmt, als ob sie eigene Interessen des Treuhänders wären. Die Treuhand stelle ein Beispiel von dem dar, was unter den lateinischen Ausdruck *„tua res a me quasi mea agitur*" fällt. Dieses Auseinanderfallen der Positionen des Interessenträgers (Treugeber) und des Interessenwahrnehmers führe zu einem sog. Substitutionsverhältnis: Der Treuhänder tritt bei der Wahrnehmung fremder Interessen an die Stelle des Treugebers.[301] Ob der Treuhänder dingliche Vermögensrechte unter seinen Schirm nimmt, spielt keine Rolle. Wichtig ist nur, dass ihm eine Machtposition eingeräumt wird, die den Eingriff in den Interessenkreis des Treugebers gegenüber Dritten gestattet. Zwei Elemente sind somit in der Treuhand zu finden: (i) das Schuldverhältnis, wodurch sich der Treuhänder zur Wahrnehmung fremder Interessen verpflichtet; und (ii) die Machtposition, die ihn zur Erfüllung der Treuhänderaufgaben befähigt.[302] Die herkömmliche überschießende Rechtsmacht bzw. die Diskrepanz von Können nach Außen und Dürfen nach Innen sei kein Wesensmerkmal der Treuhand.[303]

Diese Übersicht zeigt, dass der deutsche Treuhandbegriff trotz vielfältiger Variationen in der Weise erklärt werden könnte, dass er stets auf zwei Komponenten abstellt. Einerseits gibt es eine Machteinräumung, sei es im Weg des Rechtserwerbs durch den Treuhänder oder der bloßen Zuteilung einer anderen Art von Macht (etwa einer Vollmacht nach §§ 164 ff. BGB oder einer Ermächtigung i. S. v. § 185 BGB) über das Treugut; andererseits wird die Art und Weise der Ausübung dieser Macht beschränkt, was manchmal durch Einbeziehung einer explizit die Macht einschränkenden Vereinbarung erfolgt, anderenfalls durch die schlichte Verpflichtung zur Wahrung fremder Interessen. Unter diesen weit und nicht ganz einheitlich gefassten Treuhandbegriff ordnet das deutsche Schrifttum eine breite Reihe von Konstellationen ein. So werden z. B. Kapitalanlagegesellschaften als Treuhänderinnen der Anleger angesehen,[304] ebenso das Verhältnis vom Insolvenzverwalter zu den Beteiligten am Insolvenzverfahren[305] oder vom Testamentsvollstrecker zu den Erben[306] auch als Treuhand bezeichnet werden.

Dass das Escrow-Agreement diesem Begriff unterfällt, ist leicht erweislich. Der

---

[301] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 115 f.
[302] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 117 f.
[303] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 171.
[304] Vgl. ausführlich zu dieser Frage, *Geibel*, Treuhandrecht, Kap. 1, III, 4 (eine Treuhand ist mindestens dann anzunehmen, wenn die Kapitalanlagegesellschaft Eigentümerin der Güter wird).
[305] Vgl. MünchKomm/*Graeber*, § 56 InsO, Rn. 148.
[306] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 20 f.

Escrow-Agent nimmt den Escrow-Gegenstand entgegen und handelt im Interesse beider Hauptparteien, indem der Gegenstand unter seiner Herrschaft bis Bedingungseintritt bzw. -ausfall steht. Er darf nicht beliebig mit dem Gegenstand verfahren, sondern muss ihn ausschließlich zum Zweck der Transaktionssicherung und -erfüllung verwenden.

II.4.1.1.2. Treuhandarten

Die Treuhand kommt in Deutschland in verschiedenen Arten vor, die sich in vier große Kategorien einteilen lassen. Die Treuhand kann nach dem Zweck, nach der Interessenausrichtung, nach der Art der erworbenen Rechtsposition hinsichtlich des Treuguts oder nach dem Mittel zur Erlangung der Macht klassifiziert werden. Im Folgenden ist zu prüfen, unter welche Kategorie das Escrow-Agreement fällt.

II.4.1.1.2.1. Nach dem Zweck der Treuhand

Die gewöhnlichste Einteilung unterscheidet die Sicherungs- von der Verwaltungstreuhand. Die Unterscheidung ist relevant, weil verschiedene Rechtsfolgen daran knüpfen.[307] Die Sicherungstreuhand zielt auf die Sicherstellung eines Anspruchs, der regelmäßig dem Treuhänder zusteht. Das Treugut soll nur dem Zweck der Schuldbefriedigung dienen; bei Schuldtilgung fällt es an den Treugeber zurück, andernfalls kann es verwertet werden.[308] Ob die Sicherungstreuhand mit einer auflösend bedingten dinglichen Einigung oder mit einem rein schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübertragung des Treuguts ausgestattet wird, ist eine Frage des Einzelfalles. Möglich sind beide Fallgestaltungen.[309] Klassische Beispiele sind die Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen und die Sicherungsabtretung von Forderungen. Bei der Verwaltungstreuhand werden dem Treuhänder für die Verwaltung im Interesse des Treugebers Vermögensteile übertragen,[310] um bestimmte Zwecke des Treugebers zu erreichen. In der Praxis kommt Treuhandschaft für Verwaltungszwecke insbesondere bei der Inkassozession und Investmentfonds vor.

Eine dritte, oft nicht beachtete Treuhandart ist die Erfüllungstreuhand. Hier werden dem Gläubiger Rechte übertragen, die er zur Befriedigung seiner Forderung verwerten darf. Die Leistung erfüllungshalber, bei der der Gläubiger vorrangig – und hier wird der Unterschied zur

[307] Siehe unten zur verschiedenen Behandlung der Sicherungs- und der Verwaltungstreuhand in der Zwangsvollstreckung, Kap. II.8.1.
[308] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 72 ff.; Beck-OGK/*Lakkis*, § 903 BGB, Rn. 69.
[309] Vgl. Beck-OGK/*Lakkis*, § 903 BGB, Rn. 69.1.
[310] Vgl. MünchKomm/*Schubert*, § 164 BGB, Rn. 60.

Sicherungstreuhand deutlich, da der Sicherungstreuhänder nur im Sicherungsfall, und nicht vorrangig, aus dem Treugut Befriedigung suchen darf – aus dem so übertragenen Recht Erfüllung suchen soll, bildet den Hauptfall der Erfüllungstreuhand.[311]

Mit einem Escrow-Agreement wünschen die Hauptparteien vorrangig, mit Abgabe des Escrow-Gegenstands die Erfüllung der Schuldnerpflicht herbeiführen. Das Escrow-Agreement ist folglich als Erfüllungstreuhand zu bezeichnen. Das schließt den Sicherungszweck nicht aus. Damit wird nur betont, dass die Unterhaltung des Treuguts durch den Escrow-Agenten auf das primäre Gläubigerinteresse abzielt und nicht auf eine bloße Rücklage für den Erfüllungsausfall. Dass auch ein Sicherungszweck dahintersteckt, erklärt sich mit der jedem Escrow-Agreement innewohnenden Absicht, die Wahrscheinlichkeit der Leistung zu erhöhen. Die Einordnung als Erfüllungstreuhand gilt unabhängig davon, ob der Forderungserwerb gegen den Escrow-Agenten erfüllungshalber oder an Erfüllungs statt erfolgt.[312] Beide bezwecken die Erfüllung; der Unterschied liegt daran, ob sie vorrangig oder ausschließlich durch das Einwirken des Escrow-Agenten erfolgt.

Letztlich sei darauf verwiesen, dass der Escrow-Agent während der Schwebephase (zwischen Ein- und Auslieferung) den Gegenstand verwaltet, das aber macht das Escrow nicht zur Verwaltungstreuhand, weil die Unterhaltung des Gegenstands bloß als Vorbereitung für dessen Weiter- bzw. Rückgabe zu betrachten ist, und nicht als Zweck der Abmachung selbst.

II.4.1.1.2.2. Nach der Interessenausrichtung

Nach den wahrgenommenen Interessen wird die Treuhand in eigennützig, uneigennützig oder doppelnützig klassifiziert. Üblicherweise wird die eigennützige mit der Sicherungstreuhand, und die uneigennützige mit der Verwaltungstreuhand gleichgesetzt. Dies erklärt sich dadurch, dass bei der Sicherungstreuhand in erster Linie der Treuhänder an der Sicherheit interessiert ist, während bei der uneigennützigen Treuhand i. d. R. der Treugeber von der Verwaltung profitiert.[313] Maßgeblich für die verfolgten Interessen ist also die Sicht des Treuhänders.

Doch trifft Gleichstellung von Eigennützigkeit mit Sicherungstreuhand und Uneigennützigkeit mit Verwaltungstreuhand nicht ganz zu. Schon begriffliche Schwierigkeiten entstehen mit dieser Gleichstellung, denn eine rein eigennützige Tätigkeit steht nicht im Einklang mit

[311] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 10; *Gernhuber*, JuS 1988, 355 (356); Beck-OGK/*Looschelders*, § 364 BGB, Rn. 42 ff.
[312] Für die Qualifizierung als Leistung erfüllungshalber oder als Ersetzungsbefugnis, siehe unten Kap. II.6.3.1.
[313] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662 BGB, Rn. 42 ff.; MünchKomm/*Schubert*, § 164 BGB, Rn. 60; NK-BGB/*Meller-Hannich*, § 929 BGB, Rn. 16.

der Wahrung fremder Interessen. Demzufolge wird allgemein behauptet, dass bei der Sicherungstreuhand die Treuhänderinteressen im Vordergrund stehen, die Verfolgung von Treugeberinteressen dadurch allerdings nicht ausgeschlossen wird.[314] Weitere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man Fälle betrachtet, in denen Verwaltungs- und Sicherungszwecke kombiniert werden, oder wenn der Sicherungstreuhänder das Treugut nach Schuldtilgung bis zur tatsächlichen Rückübertragung für keinen anderen Zweck als dessen Verwaltung hält.[315] Ferner handelt der Sicherungstreuhänder auch nicht eigennützig, wenn er Dritter im Verhältnis zum zugrundeliegenden Geschäft ist.[316] Richtigerweise sollten Verknüpfungen der beiden Kriterien (verfolgte Interessen und Treuhandzweck) vermieden werden, da die Frage danach, in welchem Vertragsteil das für die Treuhand maßgebliche Interesse liegt, nicht für die Bestimmung des Treuhandzweckes ausschlaggebend ist. Auch bei der Verwaltungstreuhand kann das Eigeninteresse des Treuhänders den Schwerpunkt des Treuhandverhältnisses bilden, bspw., wenn die Sache im Treuhänderbetrieb verwendet wird. *Henssler* hat zutreffend ausgeführt: „Die rein fremdnützige Verwaltungstreuhand und die eigennützige Sicherungstreuhand sind nur als zwei Extrempole auf einer Skala graduell abgestufter Interessenpositionen zu verstehen".[317] Diese Sichtweise eröffnet den Weg zum richtigen Verständnis der doppelnützigen Treuhand.

Unter doppelnütziger Treuhand (auch mehrseitige Treuhand genannt) versteht man die Situation, bei der der Treuhänder das Treugut für mehrere Personen hält, die widerstreitende Interessen haben.[318] Mit *Bitter* kann man behaupten, dass wenn es diesen Interessenwiderstreit nicht gäbe, „sondern würden zwei Treugeber gemeinsam dem Treuhänder ein Treugut anvertrauen, läge eine reine Verwaltungstreuhand vor, die allein durch die Besonderheit gekennzeichnet wäre, dass auf der Treugeberseite im Hinblick auf den schuldrechtlichen Anspruch auf (Rück-)übertragung des Treuguts eine Gläubigermehrheit auftritt".[319] Sind mehrere Personen Treugeber, so muss mit *Löhnig* zwischen der rein quantitativen und der qualitativen Spaltung der Treugeberposition unterschieden werden. Steht die Treugeberstellung mehreren Personen gemeinsam zu, so ist sie quantitativ aufgespalten, und der Treuhänder muss die Treugeber gleichbehandeln, soweit sie nach der Art der Verbindung zueinander (hauptsächlich, wenn sie

[314] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, Kap. 5, I, 1, b); *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 100 ff.
[315] Vgl. *Gernhuber*, JuS 1988, 355 (356).
[316] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 9.
[317] *Henssler*, AcP 1996, 37, 43. Auch *Gernhuber* hat diese Problematik auf eine unvollständige Typenlehre zurückgeführt (JuS 1988, 355 (357)).
[318] Vgl. *Geibel*, Treuhandrecht, S. 438; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, Kap. 5, I, 1, d); *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 101; *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 109; *Bork*, NZI 1999, 337 (ohne die Interessenwiderstreit zu erwähnen).
[319] *Bitter*, FS Ganter, S. 116.

sich in einer Gesamthand- oder in einer Interessengemeinschaft befinden) gleichgeordnet sind.[320] Anders, wenn zwischen den Treugebern gegensätzliche Interessen bestehen. Dann ist der Treuhänder zum Ausgleich dieses Interessenkonflikts bestimmt.[321]

Die wichtigste Fallgruppe ist die Sicherungsdoppeltreuhand.[322] Hier übergibt der Sicherungsgeber dem Treuhänder einen Gegenstand zur Sicherung einer Forderung des Gesicherten, den der Treuhänder im Sicherungsfall verwerten darf. Die Einteilung solcher Verhältnisse als Sicherungs- oder Verwaltungstreuhand ist umstritten, aber die wohl herrschende Meinung behandelt das Rechtsverhältnis des Sicherungsgebers zum Doppeltreuhänder als Sicherungstreuhand und dasjenige des Gesicherten zum Doppeltreuhänder als Verwaltungstreuhand.[323]

Bei der doppelnützigen Treuhand gehen die Parteien davon aus, dass zwei Sachverhalte eintreten können. Im Sachverhalt A muss das Treugut an die eine Partei herausgegeben werden (ggf. verwertet, wenn es sich um eine Sicherungstreuhand handelt); im Sachverhalt B ist der Treuhänder gehalten, das Treugut an die andere Partei zurückzugeben.[324] Dass dieses Konstrukt dem Escrow-Agreement vollständig entspricht, steht außer Zweifel.

Für das Escrow-Agreement ist die Fähigkeit der doppelnützigen Treuhand, widerstreitende Interessen der Parteien des zugrundeliegenden Geschäfts zu umfassen, besonders von Belang. Es geht nicht darum, das überwiegende Interesse in der Treuhand (des Treugebers, des Treuhänders oder gar eines Dritten) festzustellen, da sich zahlreiche Interessenkombinationen ergeben können, sondern darum, wie sich solche Interessen verketten und auf die Rechte und Pflichten der Parteien auswirken. Obschon beide Hauptparteien Interesse am selben Gegenstand haben, soll – nach Maßgabe des Hauptgeschäfts – der Gegenstand nur einer von ihnen zustehen. Die Abgabe an eine Hauptpartei bedeutet zwangsläufig die Nichtabgabe an die andere. Die Hauptparteien selbst legen fest, dass ihre Interessen zum Ausgleich gebracht werden, indem ein unabhängiger Dritter die Bedingung strikt einhält. Diese typusspezifische Weise der Interessenwahrnehmung zeichnet das Escrow-Agreement aus. Die Rechtsfigur der doppelnützigen Treuhand mit qualitativer Spaltung der Treugeberposition erklärt mithin das Escrow-Agreement am besten.

[320] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, § 12.
[321] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, § 13.
[322] Für weitere Einzelfälle, in denen eine Doppeltreuhand angesehen werden kann, siehe MünchKomm/*Ganter*, § 47 InsO, Rn. 387 ff. Auch *Geibel*, Treuhandrecht, S. 438 ff.
[323] Ausführlich zu dieser Meinungswiderstreit, *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 119 ff.
[324] Vgl. *Bitter*, ZIP 2015, 2249 (2254); *Weitbrecht*, NZI 2017, 553 (554).

II.4.1.1.2.3. Nach der Art der Rechtsposition am Treugut

Nach der Art der Rechtsposition hinsichtlich des Treuguts sind neben der klassischen Vollrechtstreuhand – auch „fiduziarische“ Treuhand genannt, bei der dem Treuhänder Vollrechtsinhaberschaft am Treugut erteilt wird – die Ausgestaltungen mit schlichter Erteilung einer Verfügungsermächtigung (Ermächtigungstreuhand) oder einer Vollmacht (Vollmachtstreuhand) zu berücksichtigen. In den zwei letztgenannten Konstellationen findet kein Rechtsübergang an den Treuhänder statt, die Rechtsinhaberschaft bleibt beim Treugeber. Dank der Ermächtigung wird der Treuhänder befugt, im eigenen Namen wirksam über eine fremde Sache zu verfügen; ist er umgekehrt nur Bevollmächtigter, so verfügt er nicht über das Treugut und auch nicht im eigenen Namen, sondern schließt ein Geschäft unmittelbar im Namen des Vertretenen. In beiden Fällen erlangt der Treuhänder eine Rechtsposition in Bezug auf das Treugut, kraft deren auf die Interessensphäre des Treugebers eingegriffen wird.[325] Als vierte Erscheinungsform kommt oft die sog. deutschrechtliche Treuhand oder „germanische Fiducia“ in Betracht. Diese zeichnet sich durch die Einfügung einer auflösenden Bedingung auf das treuhänderisch übertragene Recht aus, sodass die Inhaberschaft am Recht z. B. im Fall einer treuwidrigen Verfügung oder einer Vollstreckung durch Treuhändergläubiger automatisch an den Treugeber zurückfällt.[326] Dass sich diese Erscheinungsformen in die Treuhand einordnen lassen, ergibt sich daraus, dass sie mehr Rechtsmacht nach außen zuteilen können, als die Parteien im Innenverhältnis vereinbaren, welche wiederum im Interesse des Treugebers auszuüben sein kann.

Diese Klassifikation ist didaktisch, aber erschöpft wieder nicht die unzähligen Formen, die eine Treuhand annehmen kann. Die Art der Rechtsposition ist für die Treuhand nicht wesentlich, sondern welche Pflichten sich aus der Einwirkungsmöglichkeit und aus deren schuldrechtlichen Beschränkung ergeben können. Diese Klassifikation erfasst z. B. nicht die Ausgestaltung mit der bloßen Besitzeinräumung an den Treuhänder, wie es beim Besitz-Escrow der Fall ist. Trotzdem besteht keine Zweifel daran, dass der Escrow-Agent die Interessen der Hauptparteien auch mittels Besitzes wahrnimmt. Dies belegt, dass „eine Kategorisierung der Treuhandverhältnisse nach Art des Machtmittels fehlgeht“.[327]

Die Kategorisierung des Escrow-Agreements als fiduziarische Treuhand liegt beim

[325] Vgl. m. w. N. *Löhnig*, Treuhand, § 5, VII, 1 und 3.
[326] Vgl. m. w. N. *Löhnig*, Treuhand, § 4, IV, 3, b).
[327] *Löhnig*, Treuhand, S. 173. Der Besitz an einer Sache kann ein geeignetes Mittel für die Interessenwahrung darstellen (siehe dazu *Löhnig*, Treuhand, S. 160 ff.). Die Bezeichnung des Besitz-Escrows als Treuhand erscheint demgemäß unproblematisch.

Vollrecht-Escrow auf der Hand. Doch kann es jede Gestaltungsform annehmen, soweit die Wesensmerkmale des Escrow-Agreements gegeben sind. Obwohl kaum in der Praxis zu sehen, ist es bspw. denkbar, bei einem Besitz-Escrow eine Verfügungsermächtigung einzuräumen, damit der Escrow-Agent bei Bedingungseintritt dem Begünstigten wirksam Eigentum an der Sache verschaffen kann. Die Art der Rechtsposition am Escrow-Gegenstand ist also für die Einteilung als Treuhand nicht von besonderem Belang. Dennoch hat es Auswirkungen auf das Außenverhältnis des Escrow-Agreements, denn bei einem Besitz-Escrow z. B. können Gläubiger des Escrow-Agenten mangels Inhaberschaft am Escrow-Gegenstand diesen nicht pfänden lassen.

II.4.1.1.2.4. Nach dem Mittel der Erlangung der Rechtsposition

Eine weitere Einteilung grenzt die Treuhandverhältnisse je nachdem ab, ob der Treuhänder das Recht am Treugut direkt vom Treugeber übertragen bekommt (Übertragungstreuhand), oder es bei einem Dritten erwirbt (Erwerbstreuhand), oder es schon vor dem Abschluss des Treuhandverhältnisses in seinem Vermögen hat (Vereinbarungstreuhand).[328] Diese Einteilung ergibt nur bei der fiduziarischen Treuhand Sinn, denn eine Ermächtigung oder eine Vollmacht an einem dem Treugeber nicht gehörenden Recht ist nicht denkbar.[329] Bedeutung kommt dieser Einteilung im deutschen Recht zu, weil die Rechtsprechung traditionell auf die Unmittelbarkeit des Ausscheidens des Treuguts vom Treugeber- ins Treuhändervermögen abstellt, um dem Verwaltungstreugeber das Aussonderungsrecht in der Insolvenz des Treuhänders bzw. die Drittwiderspruchklage in der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Treuhänder einzuräumen. Dann sollte der Treugeberschutz nach dem sog. Unmittelbarkeitsprinzip nur bei der Übertragungstreuhand bestehen.[330] Für das Escrow-Agreement hat diese Einteilung keine große Bedeutung, weil es der Kategorie der Erfüllungstreuhand zuzuordnen ist.

II.4.1.1.3. Zuordnung des Escrow-Agreements zur Treuhand

II.4.1.1.3.1. Treuhand als Geschäftsbesorgung

Das Gesetz sieht keinen eigenständigen Vertragstypus für die Treuhand vor. Allerdings

[328] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662 BGB, Rn. 49; *Geibel*, Treuhandrecht, S. 8 f.
[329] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 24.
[330] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662 BGB, Rn. 47. Gerade bei der Grundsatzentscheidung RGZ 84, 214, in der das Unmittelbarkeitsprinzip zugrunde gelegt wurde, hat das RG dem Treuhänder die Drittwiderspruchklage versagt, weil die Mietforderungen direkt in der Person des Treuhänders begründet wurden. Siehe mehr dazu unten Kap. II.8.1.1.3.2. Dass die Unmittelbarkeit in der älteren Rechtsprechung des RG als Tatbestandsmerkmal der Treuhand selbst angesehen wurde, später aber aufgegeben und nur für den Schutz des Treugebers in der Insolvenz und Einzelvollstreckung als notwendig erachtet, braucht hier nicht weiter erläutert zu werden – dazu m. w. N. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, § 2, B, II, 1, a).

wird sie herkömmlich als Erscheinungsform der Geschäftsbesorgung betrachtet, bei Unentgeltlichkeit als Auftrag.[331] Diese Einteilung ist auf die besondere Stellung dieser Vertragstypen im deutschen Recht zurückzuführen.

Nach § 662 BGB liegt ein Auftragsvertrag vor, wenn „sich der Beauftragte [verpflichtet], ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen". Demgegenüber begreift das Gesetz nicht explizit den Typus des Geschäftsbesorgungsvertrags, sondern ordnet nur in § 675 Absatz 1 BGB die Anwendung mancher Vorschriften des Auftragsrechts auf die Geschäftsbesorgung an: „Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung". Diese Formulierung verursacht Schwierigkeiten bei der Definition der Geschäftsbesorgung selbst und insbesondere bei der Abgrenzung vom Auftrag.

Nach der sog. Einheitstheorie sollte sowohl dem Auftrag als auch der Geschäftsbesorgung einen weiten und einheitlichen Geschäftsbesorgungsbegriff zugrunde gelegt werden, der jede fremdnützige Tätigkeit umschließt. Die Geschäftsbesorgung wäre demzufolge lediglich das entgeltliche Gegenstück des Auftrags und deckte zwangsläufig jeden Dienst- oder Werkvertrag ab.[332] Die heute herrschende Lehre folgt der sog. Trennungstheorie. Danach sollte der Geschäftsbesorgungsbegriff eng, mit dem Auftrag nicht deckungsgleich aufgefasst werden, und zwar als eine „selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte, die ihm aber durch einen anderen (den Geschäftsführer) abgenommen wird" („Geschäftsbesorgungsformel" des BGH).[333] Unter den Auftrag fielen demgegenüber jedes fremdnützige Handeln.[334] Folgt man diesem engeren Begriff der Geschäftsbesorgung, so ist sie nicht bloß der entgeltliche Auftrag und muss auch nicht zwangsläufig als Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags vorkommen.[335] Hätte aber die Geschäftsbesorgung

---

[331] So z. B. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 662 BGB, Rn. 40; MünchKomm/*Heermann*, § 675 BGB, Rn. 114; Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 662 BGB, Rn. 72; Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662, Rn. 40; *Löhnig*, Treuhand, S. 135.

[332] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662, Rn. 11 ff. Nach anderer Meinung sollte der weite Geschäftsbesorgungsbegriff nur Tätigkeiten im Geschäftskreis des Geschäftsherrn umfassen, was gerade viele Erscheinungsformen des Dienst- und Werkvertrags ausschließt. Das heißt, selbst bei der Einheitstheorie deckten sich Geschäftsbesorgung einerseits und Dienst- und Werkvertrags andererseits nicht (vgl. Beck-OGK/*Teichmann*, § 675 BGB, Rn. 19).

[333] BGH NJW 1966, 1452 (1454).

[334] Vgl. Beck-OGK/*Teichmann*, § 675 BGB, Rn. 10.

[335] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Martinek/Omlor*, Vorb. § 662, Rn. 15 f.

dienst- oder werkvertragliche Züge (Dienst- oder Werkvertrag „auf Geschäftsbesorgung"), dann wären die Vorschriften des Auftragsrechts, auf die im § 675 Absatz 1 BGB verwiesen wird, anwendbar. Ohnehin hat die Diskussion in vielen Bereichen geringe praktische Bedeutung (z. B. Treuhand-, Steuerberatungs- und Baubetreuungsverträge, nicht aber bei Arbeitsverträgen), denn diese Vorschriften würden ohnehin zur Anwendung gelangen, wenn nicht schon infolge direkten Verweises, dann zumindest im Wege einer Einzelanalogie.[336]

Begreift man den Geschäftsbesorgungstypus nach der Formel des BGH, so sind sechs Merkmale maßgeblich: Tätigkeit, Selbständigkeit, Wirtschaftlichkeit, Vermögensbezug, Fremdnützigkeit und Interessenwahrungscharakter.[337] Die Handlungen des Geschäftsbesorgers müssen eine Tätigkeit darstellen, d. h. sie müssen in einem aktiven Tun bestehen, sei es eine rechtsgeschäftliche, rechtsgeschäftsähnliche oder tatsächliche Handlung. Ein bloßes Unterlassen oder Dulden genügt nicht.[338] Selbständig handelt, wer dem Geschäftsherrn gegenüber einen gewissen Ermessens- und Gestaltungsspielraum behält, bei dem er eigenverantwortlich überlegen und handeln darf. Die Unterwerfung des Geschäftsbesorgers an Weisungen des Geschäftsherrn beseitigt nicht die Selbständigkeit, soweit sie durch die Weisungsbindung nicht vollkommen neutralisiert wird.[339] Der wirtschaftliche Charakter zeichnet sich durch die Zugehörigkeit zum Wirtschaftsleben aus, was Handlungen in Bereichen wie Kunst und Religion ausschließt. Der Geschäftsführer muss nicht unbedingt Wert für den Geschäftsherrn schöpfen, ebenso, wie die Tätigkeit keinen wirtschaftlichen Wert aufweisen muss.[340] Die Geschäftsbesorgung muss einen Bezug zum Vermögen des Geschäftsherrn haben, m. a. W. sie muss Auswirkungen auf dessen Vermögen entfalten. Das bedeutet nicht, dass die Geschäftsbesorgung das Vermögen vermehren oder vermindern muss – auch der Abwehr von Vermögensteilen vor Drohungen oder die schlichte Verwaltung haben auch Vermögensbezug i. S. der Geschäftsbesorgungsformel – aber irgendeine Form der Einflussnahme auf den Vermögensstatus des Geschäftsherrn ist erforderlich.[341] Die Geschäftsbesorgung muss ferner fremdnützig und auf die Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn gerichtet sein. Der Geschäftsführer verfolgt keine eigenen, sondern fremde Interessen, obwohl die Tätigkeit seinen fremdnützigen Charakter nicht dadurch verliert, dass neben den fremden auch eigenen Interessen wahrgenommen werden.[342]

---

[336] Vgl. MünchKomm/*Heermann*, § 675 BGB, Rn. 11.
[337] Hier wird auf die Merkmalsanalyse in Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A9 ff. abgestellt.
[338] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A10; MünchKomm/*Heermann*, § 675 BGB, Rn. 5.
[339] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A11 ff.; Beck-OGK/*Teichmann*, § 675 BGB, Rn. 12.
[340] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A15 f.; Beck-OGK/*Teichmann*, § 675 BGB, Rn. 12; MünchKomm/*Heermann*, § 675 BGB, Rn. 8.
[341] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A17 f.; MünchKomm/*Heermann*, § 675 BGB, Rn. 8.
[342] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A19 ff.; MünchKomm/*Heermann*, § 675 BGB, Rn. 7.

Aus dieser Begriffsklärung wird die Einordnung der Treuhand in die Geschäftsbesorgung (wenn entgeltlich) bzw. in den Auftrag (bei Unentgeltlichkeit) verständlich. Die Einordnung des Escrow-Agreements in die Treuhand liegt auch auf der Hand. Der Escrow-Agent bewahrt auf und bewirkt aktiv den Vermögenstransfer von einer Hauptpartei zur anderen. Dabei handelt er trotz einer strengen Bindung an den Weisungen der Hauptparteien (meistens im Escrow-Vertrag abschließend aufgelistet) selbständig. Die Wahrung fremder Interessen ist auch im Escrow-Agreement offensichtlich vorhanden, da die Tätigkeit des Escrow-Agenten in nichts anderem besteht, als in dem Ausgleich widerstrebender Interessen, wie in jeder doppelnützigen Treuhand.[343] Diese Tätigkeit geht von einem Vermögensgegenstand des Hinterlegers aus und dient einerseits der Erfüllung einer dem Begünstigten zustehenden Forderung sowie andererseits der Sicherung beidseitiger Forderungen oder der Sicherung des Gegenstands vor einem frühzeitigen Zugang zum Machtbereich des Begünstigten. So verdeutlicht sich der Vermögensbezug und die Wirtschaftlichkeit des Escrow-Agreements. Es bleibt noch zu prüfen, ob beim Escrow-Treuhandverhältnis einen Dienst- oder Werkcharakter anzunehmen ist.

II.4.1.1.3.2. Werkvertraglicher Charakter

Der Dienstvertrag ist in § 611 Absatz 1, 2 BGB definiert. Gegenstand des Vertrags können Dienste jeder Art sein. Da das Gesetz den Begriff von „Diensten“ nicht definiert, könnte man insofern das Wort Dienst als Auffangtatbestandsmerkmal verstehen und insoweit eine Abgrenzung von anderen Figuren überwiegend anhand der Spezialität anderer Vorschriften vollziehen.[344] Obwohl ein Tätigwerden im Kern jedes Dienstes steht,[345] führt die Suche nach einem Dienstbegriff nicht weiter.

Der Werkvertrag hat nach § 631 Absatz 1 BGB die Herstellung eines versprochenen Werkes als Gegenstand – was nicht nur in der Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern auch in einem durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg bestehen kann (Absatz 2). Die Differenzierung zum Dienstvertrag erfolgt typologisch,[346] der typische Unterschied aber ergibt sich aus dem Versprechen eines Erfolgs: Beim Werkvertrag ist der Eintritt eines bestimmten Erfolgs geschuldet, dessen Nichteintritt einen Fall der Pflichtverletzung bildet; beim Dienstvertrag verspricht der Dienstleistende hingegen keinen Erfolg, sondern nur die

[343] In diesem Sinne werden Software-Escrows als Doppeltreuhand eingeteilt. Vgl. *Grützmacher*, CR 2006, 289 (295); MünchKomm/*Ganter*, § 47 InsO, Rn. 387.
[344] Vgl. Beck-OGK/*Maties*, § 611 BGB, Rn. 7.
[345] Vgl. Staudinger/*Latzel*, § 611 BGB, Rn. 77.
[346] Vgl. Staudinger/*Latzel*, § 611 BGB, Rn. 124 ff. (relevante Kriterien für die Abgrenzung sind neben dem Erfolgsbezug auch Merkmale wie Zeitbezug und Erfolgsbeeinflussbarkeit).

schlichte ordnungsgemäße Erbringung der Dienstleistung. Entscheidend ist, wer das Risiko für den Nichteintritt des Erfolgs trägt.[347]

Die Geschäftsbesorgung mit Dienst- oder Werkcharakter ist nicht bloß ein Dienst- oder ein Werkvertrag, der durch die im § 675 Absatz 1 BGB erwähnten Vorschriften ergänzt wird. Vielmehr ändert sich die eigentliche Interessenausrichtung des Vertrags, denn der Geschäftsführer nimmt die Interessen des Geschäftsherrn wahr, während der reine Dienstleister oder Werkunternehmer im Grundsatz seine eigenen Interessen verfolgt. Es handelt sich dann nicht mehr um einen Koordinations-, sondern um einen Subordinationsvertrag, bei dem die auftragsrechtlichen Regeln, auf die § 675 Absatz 1 BGB verweist, in erster Linie – und nicht nur ergänzend – Anwendung finden. Im Übrigen verdrängt die Qualifizierung als Geschäftsbesorgung mit dienst- oder werkvertraglichem Charakter die Anwendung der dienst- und werkvertraglichen Vorschriften nicht, welche ebenso zur Ermittlung des Rechtfolgenprogramms in Betracht kommen.[348]

Die Abgrenzung gewinnt insoweit für Treuhandverhältnisse an Bedeutung, als die Pflichten des Treuhänders in einer Treuhand mit werkvertraglichem Charakter präziser definiert werden können und sich nicht so sehr an der rahmenmäßigen Interessenwahrnehmungspflicht orientieren müssen.[349] Schuldet der Treuhänder einen konkreten Erfolg, können seine Pflichten durch den konkret versprochenen Erfolg bestimmt werden.[350]

Das Escrow-Agreement ist eine erfolgsorientierte Treuhand und hat dementsprechend werkvertraglichen Charakter. Der Escrow-Agent verspricht einen Erfolg: die Gegenstandweiter- bzw. -rückgabe unter Beachtung der im Escrow-Agreement festgelegten Bedingung. Die Aufbewahrung des Gegenstands in der Schwebephase ist dahingehend auch ein geschuldeter Erfolg. Diese Einordnung ist bedeutsam, weil die Pflichten des Escrow-Agenten eng gefasst und strikt auszulegen sind. Er verpflichtet sich nicht zu jeder Art der Interessenwahrnehmung und insbesondere nicht zu jedweder angemessenen Handlung, die zum Ausgleich widerstreitender Interessen der Hauptparteien führt. Er bringt die Interessen zum Ausgleich, indem er sich strikt auf die Weisungen der Hauptparteien beschränkt. Eine über die Weisungen

[347] Vgl. Beck-OGK/*Maties*, § 611 BGB, Rn. 11 ff.
[348] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A23 ff.
[349] Siehe dazu unten Kap. II.7.2.1.1.
[350] Ähnlich: *Löhnig*, Treuhand, S. 149 (werkvertragliche Treuhand führt nicht zu einer komplexen und unbestimmten Interessenwahrnehmungspflicht als Hauptpflicht für den Treuhänder, sondern nur zur Pflicht, den Erfolg herbeizuführen. Nach der hier vertretenen Meinung aber wird der Treuhänder diese Hauptpflicht nicht los, sondern ändert sich nur deren Gewichtung im Treuhandverhältnis). Siehe auch *Wilhelm*, Die rechtsgeschäftliche Treuhand, S. 213; *Liebich*/*Mathews*, Treuhand, S. 73 ff.

hinausgehende Pflicht kann sich zwar aus der allgemeinen Interessenwahrnehmung ergeben, derartige Pflichten aber kommen nur in geringem Umfang vor.

II.4.1.1.4. Escrow-Agreement als gemischter Vertrag?

Die Hauptpflicht des Escrow-Agenten besteht in der Interessenwahrnehmung, was durchaus unter den Geschäftsbesorgungsbegriff fällt. Doch erschöpft die Interessenwahrnehmung nicht das Pflichtenprogramm des Escrow-Agenten, denn er schuldet Gegenstandaufbewahrung, Gegenstandweiter- bzw. -rückgabe, Weisungsbefolgung usw. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob das Escrow-Agreement nicht Züge mehrerer Vertragstypen aufweist und somit als gemischter Vertrag zu qualifizieren wäre. Das ist besonders hinsichtlich der Aufbewahrungspflicht von Bedeutung, denn sie bildet das gesetzestypische Objekt des Verwahrungsvertrags. Keine große Schwierigkeit bereiten hingegen die weiteren Pflichten des Escrow-Agenten, da sie sich aufgrund des weiten Geschäftsbesorgungsbegriffs leicht auf die Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichem Charakter nach § 675 Absatz 1 BGB zurückführen lassen.

Die gemischten Verträge lassen sich üblicherweise in vier Kategorien unterteilen. Die Verträge mit anderstypischer Nebenleistung bestehen aus einem Vertrag mit einer übergeordneten typischen Leistung und mindestens einer untergeordneten Leistung, die für einen anderen Vertragstyp typisch ist. Kombinationsverträge bei denen sich eine Partei zu mindestens zwei gleichgeordneten Leistungen aus unterschiedlichen Vertragsarten verpflichtet. Bei doppeltypischen Verträgen gibt es für eine typische Leistung eine für andere Vertragsart typische Gegenleistung. Und die Typenverschmelzungsverträge zeichnen sich durch die Mischung von Typenmerkmalen bei der Hauptleistung einer Partei aus.[351]

Liegt ein gemischter Vertrag vor, so muss die auf ihn anwendbare Regelung gefunden werden. Drei Haupttheorien behandeln die Lösung dieser Frage. Die Vertreter der Absorptionstheorie besagen, die Vertragsordnung der dominanten Leistung solle mit Ausschluss anderer Ordnungen angewandt werden. Nach der Kombinationstheorie sollten die typischen Vertragsregelungen kombiniert werden und zur Anwendung auf den jeweiligen Teil des Mischvertrags gelangen. Eine dritte Strömung schlägt die analoge Anwendung der typischen Gesetzesvorschriften vor.[352] Die heute wohl herrschende Meinung besagt, dass keine dieser Auffassungen allein eine Antwort auf die Frage liefern kann; vielmehr kann die Absorptions-, die

[351] Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, S. 160 ff.; MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 29 ff.
[352] Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, S. 162 f.

Kombinations- oder die Analogiemethode zur Anwendung gelangen, je nach dem Zweck des einzelnen Vertrags und den Umständen des Einzelfalles.[353] So wird auf Verträge mit anderstypischen Nebenleistungen nach der heute wohl h. L. als „Faustregel" die Absorptions-, während bei Kombinations- und doppeltypischen Verträgen eher die Kombinationsmethode angewendet. Typenverschmelzungsverträge wären hingegen wie Typenkombinationsverträge zu behandeln, wenn sich die maßgeblichen Vertragsteile abgrenzen lassen, anderenfalls durch das auf die schwerpunktmäßige Leistung anwendbare Recht zu regeln.[354]

Hauptpflicht der Verwahrung ist nach § 688 BGB die Aufbewahrung beweglicher Sachen. Im Fall der Aufbewahrung von unbeweglichen Sachen handelt es sich um einen Auftrag (bei Unentgeltlichkeit), einen Dienst- oder einen Werkvertrag und bei Hinterlegung von Rechten kann eine Treuhand vorliegen.[355] Daraus folgt, dass jegliche Pflicht des Escrow-Agenten, ein Grundstück oder ein Recht im Zuge eines Vollrecht-Escrows aufzubewahren, nicht den Regeln der Verwahrung, sondern denjenigen der Geschäftsbesorgung, ggf. ergänzt durch die Vorschriften des Dienst- oder des Werkvertrags, unterstellt sein kann. Dies hat für das Escrow-Agreement aber wenige praktischen Konsequenzen, weil sämtliche Escrow-Verträge als Treuhand mit Werkvertragscharakter zu qualifizieren sind, sodass die Anwendung der geschäftsbesorgungsrechtlichen und werkvertraglichen Vorschriften immer zu bejahen wäre (unter Ausschluss der Regeln des Dienstvertrags). Es kann dahingestellt bleiben, ob der Werkvertragscharakter i. S. v. § 675 Absatz 1 BGB einen Untertypus der Geschäftsbesorgung oder einen gemischten Vertrag aus Geschäftsbesorgung und Werkvertrag darstellt, denn in beiden Fällen würden die gleichen Vorschriften zur Anwendung gelangen.

Anders ist die Lage, wenn bewegliche Sachen Gegenstand eines Escrow-Agreements sind. Beim Besitz-Escrow bleibt die Interessenwahrnehmung weiterhin die Hauptpflicht des Escrow-Agenten, während die Aufbewahrung bloß eine Nebenleistung darstellt.[356] Die Qualifizierung als gemischte (Werks-) Geschäftsbesorgung mit einer Aufbewahrungsnebenleistung liegt auf der Hand. Folgt man der Absorptionstheorie, so müsste diese Nebenleistung den Regeln des schwerpunktmäßigen Vertrags – also der Geschäftsbesorgung mit Werkvertragscharakter – unterstellt sein, was letztendlich zur Anwendung der werkvertraglichen Vorschriften

[353] Vgl. MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 29; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, S. 25.
[354] Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, S. 164 ff.; MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 30 ff.
[355] Vgl. Beck-OGK/*Schlinker*, § 688 BGB, Rn. 9.
[356] In der notariellen Verwahrung – die Geeignetheit des Vergleichs der Verwahrung durch den Notar zum Escrow-Agreement wird noch im Kap. II.4.1.2 dargelegt – bildet weder die Ablieferung an Dritte noch die Aufbewahrung den Kern des Verfahrens, vielmehr geht es um die Sicherung der gewünschten Rechtsfolgen (vgl. *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 210), m. a. W. um die Interessenwahrnehmung.

auf die Aufbewahrungspflicht führen würde; ist hingegen der Kombinationstheorie vorzuziehen, so könnten die Vorschriften der §§ 688 ff. BGB auf die Nebenleistung Anwendung finden. Die gleiche Frage betrifft auch das Vollrecht-Escrow mit beweglichen Sachen als Aufbewahrungsobjekt, denn die gegenüber den Hauptparteien übernommene Pflicht zur Aufbewahrung könnte auch hier durch die Vorschriften des Werk- oder des Verwahrungsvertrags ergänzt werden.

Im Rahmen eines Escrow-Agreements ist die Absorptionstheorie vorzugswürdig. Angesichts der anderstypischen Nebenleistung wäre diese Lösung in erster Linie schon anzuwenden. Weitere Gründe sprechen auch für das Verdrängen der Anwendbarkeit des Verwahrungsrechts auf das Escrow-Agreement. Die Unterstellung der Aufbewahrungspflicht an die Regeln der Verwahrung hat keine große praktische Konsequenz. Einige verwahrungsrechtlichen Vorschriften, die dem Zweck des Escrow-Agreements entsprechen, haben schon im Recht der werkvertraglichen Geschäftsbesorgung ein Äquivalent (§§ 664, 665, 670 BGB bspw. entsprechen in Weitem §§ 691, 692, 693 BGB), sodass diesbezüglich kein Rückgriff auf die Verwahrung notwendig ist. Andere verwahrungsrechtliche Vorschriften entsprechen gar nicht dem Parteienwillen oder dem Zweck eines Escrow-Agreements, wie §§ 695, 696, 697 BGB. Im Übrigen kann vielmehr die Regelung des konkreten Escrow-Vertrags, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart ist, aus der ergänzenden Auslegung nach §§ 157, 242 BGB gewonnen werden, als aus dem dispositiven Verwahrungsrecht. Die ergänzende Auslegung wird dadurch vereinfacht, dass dem Escrow-Agreement die Eigenschaften eines verkehrstypischen Vertrags[357] zukommt. Ferner würde die Kombinierung der geschäftsbesorgungsrechtlichen und verwahrungsrechtlichen Regeln beim Escrow-Agreement von beweglichen Sachen zu einer unerwünschten Spaltung in der rechtlichen Behandlung des Escrow-Agreements führen, da diese Kombination bei Escrow-Agreements mit anderen Gegenständen nicht gegeben wäre. Durch eine einheitliche Behandlung werden in der Praxis die Übersichtlichkeit und Sicherheit der Rechtsverhältnisse erhöht.

II.4.1.1.5. Der Escrow-Account

In vielen Fällen – insbesondere bei M&A-Transaktionen – ist das Treugut Buchgeld. In der Regel wird das Geld auf ein Bankkonto des Treuhänders (Treuhandkonto) eingezahlt.[358]

[357] Verkehrstypische Verträge sind im deutschen Recht solche, die große Bedeutung und Verbreitung in der Praxis erlangt haben, sodass sich gewisse Regelungsmuster für sie herausgebildet haben (MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 26).

[358] Spiegelbildlich zur Ermächtigungstreuhand kann der Treuhänder seine Gewalt über das Treuhandkonto aus einer Verfügungsermächtigung herleiten (vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 235, 267), ohne selbst Kontoinhaber zu sein. Auch die Begründung einer Vollmachtstreuhand mittels Erteilung einer Bankvollmacht ist denkbar.

Der Kontoinhaber erhält dadurch einen Anspruch gegen die Bank,[359] der dann das Treugut bildet. Treuhandkonten sind für die Verwirklichung eines Treuhandzweckes bestimmt. Die Treuhandabrede betrifft die Bank nicht, unabhängig davon, ob das Treuhandverhältnis offengelegt ist. Denn dieses betrifft ausschließlich das Verhältnis zwischen Treugeber und Kontoinhaber.[360] Die Bank bietet in dieser Konstellation nur Dienste im Rahmen eines Bankvertrags. Das Konto fungiert nur als technisches Mittel zum Erhalt und zur Aufbewahrung der Beträge.[361]

In Deutschland wird zwischen den „versteckten" und den „offenen" Treuhandkonten unterschieden. Ist es aus der Sicht der Bank nicht erkennbar, dass das Konto einem Treuhandzweck dient, so liegt ein verdecktes Treuhandkonto vor.[362] Bei den offenen Treuhandkonten ist umgekehrt der Bank von Anfang an bekannt (oder zumindest erkennbar), dass auf das Konto ausschließlich Einlagen eingehen sollen, die dem Kontoinhaber in seiner Eigenschaft als Treuhänder zustehen[363] und im fremden Interesse verwaltet werden. Hauptfolge der Einordnung als offenes Treuhandkonto ist es, dass gewisse Rechte der Bank als vertraglich ausgeschlossen gelten, wie das Zurückbehaltungs-, das Aufrechnungs- und das Pfandrecht.[364] Dies liegt daran, dass ein Wille der Bank, auf solche Rechte zu verzichten, lediglich hinsichtlich des Treuguts erfolgen sollte, nicht aber in Hinsicht auf Eigengelder des Treuhänders. Nur wenn der treuhänderische Charakter des Kontos anfänglich erkennbar ist, kann nach §§ 133, 157 BGB ein solcher Wille der Bank anerkannt werden.[365]

Anderkonten sind eine Unterart offener Treuhandkonten[366] – wohl die wichtigste. Diese stehen nur für bestimmte Berufsgruppen zur Verfügung, die ein besonderes Bedürfnis für Empfang und Aufbewahrung von Fremdgeldern haben, wie Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Die Auswahl solcher Berufsgruppen rechtfertigt sich, weil sie besonderer Berufsaufsicht unterliegen, und somit davon ausgegangen werden kann, dass die Errichtung des Anderkontos nicht zur Verwahrung von Privatvermögen des Treuhänders

[359] Vgl. *Werner* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bankrecht und Kapitalmarktrecht, Rn. 4.267.
[360] Vgl. *Harders* in: Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, § 42, Rn. 21; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 275 (akzeptiert aber, dass der Treugeber Auszahlungen direkt von der Bank auffordert).
[361] Vgl. *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 87 f.; *Kropf* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bankrecht und Kapitalmarktrecht, Rn. 3.1036 ff.
[362] Vgl. Schwintowski/*Müller-Christmann*, Bankrecht, Kap. 9, Rn. 43.
[363] Vgl. m. w. N. *Harders* in: Derleder/Knops/Bamberger, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 42, Rn. 15. Leicht anders sieht es Grundmann, für den die Offenlegung des Kontozweckes nicht ausreichend wäre, sondern der Bank müsse darüber hinaus die Verpflichtung zur Verfolgung fremder Interessen bekannt sein (vgl. Grundmann/*Grundmann*, Bankvertragsrecht, Teil 2, § 3, Rn. 208).
[364] Vgl. m. w. N. Langenbucher/Bliesener/Spindler/*Servatius*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 35. Rn. 51. Für eine Rechtsprechungsübersicht siehe unten Fn. 1001.
[365] Vgl. m. w. N. *Harders* in: Derleder/Knops/Bamberger, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 42, Rn. 12, 15.
[366] Vgl. Schwintowski/*Müller-Christmann*, Bankrecht, Kap. 9, Rn. 50.

verwendet oder anderweitig missbraucht wird.[367] Das Anderkonto wird gemäß den allgemeinen Sonderbedingungen für solche Konten errichtet, die durch die Banken mit den entsprechenden Berufsaufsichtskammern vereinbart werden. Derzeit gibt es in Deutschland vier Fassungen der Sonderbedingungen für Anderkonten, nämlich für Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte und Wirtschaftsprüfer bzw. Steuerberater. Diese vier Arten allgemeiner Sonderbedingungen sind in weitem Umfang gleich, nur das Notaranderkonto zeigt aufgrund der Stellung des Notars als Amtsträger einige Besonderheiten im Vergleich zu den anderen Anderkonten auf.[368] Für diese Arbeit sind die Notaranderkonten von besonderer Bedeutung, weil die notarielle Verwahrung als Analogiequelle für die Herausarbeitung von Lösungen für das Escrow-Agreement genutzt werden wird. In dieser Arbeit wird mithin auf das Notaranderkonto abgestellt. Das Anderkonto wird grundsätzlich als Girokonto geführt.[369]

Sonderbedingungen Nr. 6 für Notare legt fest, dass die Bank nicht berechtigt ist, einem Dritten Verfügungen über das Anderkonto zu gestatten oder Auskünfte zu erteilen. Ebenso steht dem Dritten keine Rechte auf Leistung aus einem Anderkonto zu. Das gilt auch im Verhältnis zum Dritten, in dessen Interesse das Konto errichtet wird, und folgt aus der Konstruktion des Anderkontos als offene Vollrechtstreuhand.[370]

Sonderbedingung Nr. 8 schreibt das Abtretungs- und Verpfändungsverbot des Guthabens eines Anderkontos vor. Eine Abtretung des Kontosaldos ist im Grundsatz nur gemeinsam mit dem der notariellen Verwahrung zugrunde liegenden Anspruch zulässig. Dies verhindert, dass die besondere Stellung des Kontoinhabers als Treuhänder auf eine andere Person übertragen wird, die nicht die gleiche Stellung innehat.[371] Gerichtliche Pfändungen auf das Anderkonto sind zwar möglich, aber die Bank muss nach Sonderbedingung Nr. 9 den Gläubiger auf die Eigenschaft als Anderkonto hinweisen. Zweck dieser Bedingungen ist, eine unnötige Drittwiderspruchsklage zu vermeiden, denn die Einlage gehört „wirtschaftlich“ dem Treugeber, und nicht dem Notar.[372]

Für die Zwecke dieser Arbeit ist auch zu erwähnen, dass es in Nr. 10 der Sonderbedingungen einen vertraglichen Ausschluss der Aufrechnung sowie der Pfand- und Zurückbehaltungsrechte in Bezug auf Forderungen gibt, die nicht unmittelbar aus dem

[367] Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 288.
[368] Vgl. Bunte/*Zahrte*, AGB-Banken, 4. Teil, XI, Rn. 4 f.
[369] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 4.
[370] Vgl. Bunte/*Zahrte*, AGB-Banken, 4. Teil, XI, Rn. 29.
[371] Vgl. m. w. N. Bunte/*Zahrte*, AGB-Banken, 4. Teil, XI, Rn. 37.
[372] Die Frage nach dem Schutz des Treuguts in der Zwangsvollstreckung wird ausführlicher in Kap. II.8.1.1 behandelt.

Anderkontoverhältnis entstehen (Anderkontogebühren z. B. wären nicht ausgeschlossen). Der Ausschluss basiert darauf, dass Werte, die der Kontoinhaber nur treuhänderisch für einen Dritten hält, nicht geeignet sind, weitere Forderungen der Bank zu befriedigen.[373] Wie oben dargestellt, gibt es einen solchen Ausschluss auch bei offenen Treuhandkonten, die nicht von den Sonderbedingungen für Anderkonten erfasst sind.

Ein Escrow-Account kann dementsprechend als Treuhandkonto errichtet werden, sofern der Kontoinhaber die Stellung eines Escrow-Agenten (Treuhänders) übernimmt und somit als Mittelsmann zwischen den Hauptparteien und dem kontoführenden Institut steht. Das ist nicht mit dem Fall zu verwechseln, in dem die Bank selbst die Rolle des Escrow-Agenten antritt, denn hier unterliegt die Bank selbst der treuhänderischen Bindung. Im Gegensatz zum Fall eines Treuhandkontos gibt es dann keinen Mittelsmann zwischen Treugeber und Bank. Es wird folglich von einem Treuhandauftrag der Bank gesprochen, und nicht von einem Treuhandkonto.[374] Ist die Bank selbst Treuhänder, so ist das Treugut konsequenterweise nicht eine Guthabenforderung, sondern bereits das der Bank anvertraute Geld. Auch, wenn das Konto der Bank selbst gehört, ist von einem Escrow-Account die Rede, nur dann nicht in Form eines Treuhandkontos. Da Anderkonten unter Berufsregelungen fallen, gibt es keinen Bedarf, sie den Escrow-Agreements zuzuordnen.

II.4.1.1.6. Zwischenergebnis

Das Escrow-Agreement ist eine doppelnützige Sicherungs- und Erfüllungstreuhand. Sie wird stets als fiduziarische Treuhand ausgestaltet, wobei ihr Gegenstand in einem Recht oder im Besitz einer beweglichen Sache bestehen kann. Auch die sog. „germanische" Fiducia kommt in Betracht, denn die Parteien können das Vollrecht selbst unter Bedingung stellen und nicht nur die Verpflichtung zur Weiter- oder Rückgabe des Escrow-Gegenstands. In der Treugeberposition passiert eine qualitative Spaltung, da die Hauptparteien gegensätzliche Interessen am Escrow-Gegenstand haben. Der Escrow-Agent bringt diesen Interessenwiderstreit zum Ausgleich.

Wie jede Treuhand stellt das Escrow-Agreement eine besondere Konstellation der Geschäftsbesorgung dar. In aller Regel weist es werkvertragliche Züge auf. Bei einem Besitz-Escrow oder Vollrecht-Escrow von beweglichen Sachen könnte man zwar einen gemischten

[373] Vgl. m. w. N. Bunte/*Zahrte*, AGB-Banken, 4. Teil, XI, Rn. 41.
[374] Vgl. Langenbucher/Bliesener/Spindler/*Servatius*, Bankrechts-Kommentar, Kap. 35. Rn. 43; Ellenberger/Bunte/*Hadding*/*Häuser*, Bankrechts-Handbuch, § 21, Rn. 7; *Müller-Feldhammer*, JR 2009, 136.

Vertrag mit anderstypischer Nebenleistung anerkennen, dies bleibt jedoch ohne große praktische Konsequenz, weil die Vorschriften der Geschäftsbesorgung und des Werkvertragsrechts unter Ausschluss des Verwahrungsrechts weiterhin anwendbar bleiben würden (Absorptionstheorie).

Der Escrow-Account ist eine besondere Erscheinungsform des Escrow-Agreements, dessen Gegenstand Buchgeld ist. Dieses wird in einem Treuhandkonto aufbewahrt und die Guthabenforderung gegen die Bank bildet das Treugut. Ist die Bank der Escrow-Agent, handelt es sich dann um einen Treuhandauftrag, und kein Treuhandkonto. Die der Bank anvertrauten Gelder sind in diesem Fall das Treugut.

II.4.1.2. Notarielle Verwahrung als Analogiequelle

Die notarielle Verwahrung des deutschen Rechts weist gemeinsame Züge mit dem Escrow-Agreement auf, welche eine Analogieziehung für die Lösung konkreter Rechtsfragen des Escrow-Agreements erlaubt. Trotzdem könnten angesichts der Einteilung des Escrow-Agreements als Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichem Charakter die Vorteile einer analogen Rechtsanwendung infrage gestellt werden, da *prima facie* bereits das Geschäftsbesorgungsrecht Lösungen für konkrete Rechtsfragen des Escrow-Agreements liefern sollte. Indes ist die Regelung der notariellen Verwahrung sachnäher und ermöglicht eine bessere Handhabung solcher Rechtsfragen.

Für einen Analogieschluss muss eine planwidrige Regelungslücke vorliegen[375] und eine Regelung für eine vergleichbare Interessenlage muss im Gesetz zu finden sein. Diese zwei Voraussetzungen sind im Folgenden zu prüfen.

II.4.1.2.1. Planwidrige Lücke im Gesetz

Im Allgemeinen stellt die Regelung des Geschäftsbesorgungsrechts, typologisch betrachtet, eher auf einen Sachverhalt ab, in dem es keinen Interessengegensatz zwischen zwei Auftraggebern gibt, der sich durch die Aufbewahrung und Weiter- oder Rückgabe des zu verwahrenden Gegenstands löst. Der notariellen Verwahrung liegt demgegenüber genau dieser Sachverhalt zugrunde. Dass der Gesetzgeber diese Konstellation für regelungsbedürftig erachtet, verdeutlicht sich bereits mit dem Erlassen einer Sonderregelung für die notarielle Verwahrung. Das heißt, wenn das Geschäftsbesorgungsrecht keine Antwort auf eine Frage des Escrow-

[375] Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, §§ 3, 20 ff.; m. w. N. BGH NJW 2003, 1932 (1933).

Agreements liefert, passiert dies nicht aufgrund einer bewussten Entscheidung gegen eine darauf gerichtete Regelung, sondern ist dies auf eine planwidrige Lücke zurückzuführen. Der theoretische Einwand, die notarielle Verwahrung bedürfe wegen der vorsorgenden Rechtspflegetätigkeit des Notars eine besondere Regelung, hält nicht stand, weil das BeurkG Regeln enthält, die über die Amtsaspekte der Verwahrung durch den Notar hinaus gehen und auch zivilrechtliche Aspekte berühren. Es ist schwer nachvollziehbar, dass die deutsche Rechtsordnung zivilrechtliche Aspekte der Notartätigkeit für regelungsbedürftig erachtet, aber umgekehrt vergleichbare Konstellationen ohne spezifische Regelung erlassen wollte, nur weil der Treuhänder kein Notar wäre.

Komplizierter ist, wenn das Geschäftsbesorgungsrecht eine Lösung für die Rechtsfrage liefert, aber die notarielle Verwahrung eine sachnähere Lösung enthält (z. B. in Hinsicht auf die Herausgabe des Erhaltenen und des Erlangten nach § 667 BGB, während § 60 BeurkG eine Regel enthält, die das Absehen von Auszahlungen berücksichtigt). In solchen Fällen gibt es nahezu keinen Raum für die Anwendung geschäftsbesorgungsrechtlicher Vorschriften, denn meistens entsprechen sie nicht dem Zweck eines Escrow-Agreements, sodass (wenn auch nur stillschweigend) ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss dieser Regeln zu vermuten ist. Daraus ergibt sich: Nur wenn keine ausdrückliche Parteienvereinbarung vorhanden und die Regelungslücke im Vertrag nicht durch ergänzende Auslegung nach §§ 157, 242 BGB zu füllen ist, und ferner das Geschäftsbesorgungsrecht dem Zweck des Escrow-Agreements nicht entspricht, erst dann kann auf die Vorschriften der notariellen Verwahrung im Wege der Analogie zurückgegriffen werden. Es gibt folglich keinen Bedarf an eine weitergehende Analyse logischer oder teleologischer Lücken,[376] denn es gibt keine weiteren widerstreitenden Normen, die zur Anwendung gelangen könnten.

Keine Lücke gibt es indessen, wenn einem Rechtsanwalt (BRAO, § 43a Absatz 7; BORA § 4), einem Patentanwalt (§ 39a Absatz 7 PAO; § 6 Berufsordnung der Patentanwälte), einem Steuerberater (§ 8 Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer) oder einem Wirtschaftsprüfer (§ 9 Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer / vereidigte Buchprüfer) Vermögenswerte anvertraut werden. Solche Konstellationen sind nicht gesetzlich (sondern zu größtem Teil untergesetzlich) oder nicht so ausführlich im Gesetz geregelt, wie es bei der notariellen Verwahrung der Fall ist. Allerdings bietet sich bei solchen Berufen die Analogie zur notariellen

[376] Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, § 58 (von Kollisionslücken spricht man, wenn zwei Normen einander in der Weise widersprechen, dass man nicht ermitteln kann, welche von ihnen den Vorrang hat, auch nicht unter Heranziehung von Kollisionsregeln wie *lex specialis*, *lex posterior* usw.).

Verwahrung nicht an, da keine planwidrige Lücke ersichtlich ist. Vielmehr scheinen die einschlägigen Berufsregelungen diesen Sachverhalt anhand allgemeiner Berufspflichten zu regeln, wie die „erforderliche Sorgfalt“ (§ 43a Absatz 1 BRAO; § 39a Absatz 7 Satz 1 PAO), die „besondere Sorgfalt“ (§ 8 Absatz 1 Berufsordnung der Bundessteuerberaterkammer) oder die Gewissenhaftigkeit (§ 9 Absatz 1 Satz 1 Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer / vereidigte Buchprüfer). Andererseits sind diese Berufsregelungen nicht für die analoge Anwendung auf das Escrow-Agreement geeignet. Die Lücken, die mithilfe der Analogie zu schließen sind, finden auf der gesetzlichen Ebene kaum eine Entsprechung in den genannten Berufsnormen. Die notarielle Verwahrung verfügt dementgegen über eine umfassende Regelung im Gesetz. Das Escrow-Agreement ist auch keine Oberkategorie für Erscheinungen wie die notarielle Verwahrung und die Verwahrung anvertrauter Gegenstände durch Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. Da solche Konstellationen über maßgeschneiderte Regelungen verfügen, würde das Unterstellen einer Zwischenkategorie, wie das Escrow-Agreement, der Rechtsbehandlung praktisch nichts beitragen.

Die Herausbildung des Escrow-Agreements als eigene, verkehrstypische Rechtserscheinung hat hingegen Bedeutung, selbst wenn es letztendlich nur eine besondere Fallgestaltung der Treuhand darstellt. Das Schrifttum ordnet viele einzelne Vertragstypen, wie den Anwalts- und Baubetreuungsvertrag, der Geschäftsbesorgung zu,[377] weil es nützlich ist, solche Erscheinungsformen als Konkretisierungen des allgemeineren gesetzlichen Typus zu behandeln. Gleiches gilt für das Escrow-Agreement. Indem man es als eigene Kategorie betrachtet, können unter dem Schirm der Treuhand, m. a. W. der Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichem Charakter, sachnähere Rechtssätze entwickelt werden.

II.4.1.2.2. Vergleichbarkeit der Interessenlage

Die notarielle Verwahrung (oder notarielle Hinterlegung) ist 08.09.1998 ins BeurkG eingeführt worden (damalige §§ 54a bis 54e BeurkG) und steht nach der Reform vom 09.06.2017 in §§ 57 bis 62 BeurkG. Vor 08.09.1998 gab es nur vereinzelt Vorschriften über die notarielle Verwahrung in § 23 BnotO und in den Dienstordnungen für Notare der jeweiligen Bundesländer. Oft wird die notarielle Verwahrung für die Abwicklung der Kaufpreiszahlung bei Grundstücks- und Anteilskaufgeschäften verwendet. Im Folgenden wird nur über die Verwahrung von Geld durch den Notar gesprochen, obgleich auch Wertpapiere und sonstige

[377] Siehe eine ausführliche Liste von einzelnen Geschäftsbesorgungsverträgen und einhergehenden Analysen in Beck-OGK/*Teichman*, § 675 BGB, Rn. 37 ff.

werthaltige Gegenstände durch ihn verwahrt werden dürfen.

Die Verwahrung durch den Notar ist ein hoheitliches Verfahren, durch das der Notar zum Schutz der Interessen der Beteiligten Geld aufbewahrt und dem Berechtigten abliefert.[378] Zwei Rechtsverhältnisse sind stets gegeben: Einerseits gibt es die zivilrechtliche Verwahrungsvereinbarung, durch die sich der Hinterleger der anderen Partei gegenüber verpflichtet, das im zugrundeliegenden Geschäft geschuldete Geld bei dem Notar zu hinterlegen, andererseits wird mit dem Notar eine verfahrensrechtliche Verwahrungsanweisung abgeschlossen, die das Verhältnis der Hauptparteien mit dem Notar regelt.[379_380]

Kernstück dieses Verfahrens ist die Verwahrungsanweisung. Der Notar muss dafür sorgen, dass alle Bestimmungen zur ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung und zum Vollzug der Verwahrung darin enthalten sind (§ 57 Absatz 3 BeurkG). Jedenfalls muss die Anweisung mindestens über die Person des Anweisenden und des Empfangsberechtigten sowie über die zeitlichen und sachlichen Bedingungen der Verwahrung und die Auszahlungsvoraussetzungen bestimmen (§ 57 Absatz 2 Nr. 2 BeurkG). Üblicherweise setzt die Verwahrungsanweisung auch den Einzahlungszeitpunkt, die mit dem Geld während der Verwahrung durchzuführenden Anlagen[381] und die Zugehörigkeit der Erträge fest.[382] Obwohl die Rückzahlungsvoraussetzungen nicht zwangsläufig geregelt werden müssen,[383] versteht es sich von selbst, dass beim Ausfall der Auszahlungsvoraussetzungen das Geld an den Anweisenden zurückzuzahlen ist.[384_385] Der

[378] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BnotO, Rn. 9; *Elsing* in: Kilian/Sandkühler/Stein, Praxishandbuch Notarrecht, § 13 Rn. 1.
[379] Vgl. Limmer/Frenz/*Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, II.2.D, Rn. 694; *Winkler*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 7; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (624 ff.).
[380] In der älteren Literatur waren die Bezeichnungen „Hinterlegungsvereinbarung“ und „Hinterlegungsanweisung“ oder „-ansuchen“ üblich. In dieser Arbeit werden der einheitlichkeitshalber stets die neueren Bezeichnungen „Verwahrungsvereinbarung“ und „Verwahrungsanweisung“ benutzt.
[381] Während die Anlage als Tages- oder Festgeld regelmäßig für zulässig gehalten wird, bestreitet das Schrifttum die Möglichkeit der Anlage in Geldmarktfonds und in Wertpapieren. Die zwei Letzteren wären nach einer Auffassung wegen des bei solchen Anlageformen innewohnenden Verlustrisikos mit dem Sicherungszweck der notariellen Verwahrung nicht vereinbar. Siehe dazu: Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 70 ff.; *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 68, § 58 BeurkG, Rn. 13 f. Kritisch: Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 65; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 56, § 58 BeurkG, Rn. 8.
[382] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 66 ff.; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 57.
[383] Diese Lösung ist sachgerecht, weil die Umstände, die zum Nichteintritt der Auszahlungsvoraussetzungen führen, so vielfältig sein können, dass eine allgemeine Regel für sie alle kaum aufgestellt werden kann. Eine Vereinbarung über die Rückzahlung ist aber empfehlenswert, wenn die Durchführung des Vertrags schon bei der Beurkundung unsicher erscheint (vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 77 f.; ähnlich *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (631)).
[384] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 86.
[385] *Ganter* sieht den Rückzahlungsanspruch des Käufers als aufschiebend bedingt, wobei der Wegfall der Möglichkeit der Durchführung des Vertrags die Bedingung wäre (DNotZ 2004, 421 (430 f.)). Gleich: *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 46.

Notar muss ferner nach § 58 Absatz 1, 2 BeurkG unverzüglich das Geld auf ein für jede Verwahrungsmasse gesondertes Anderkonto zuführen. Verfügungen über das Anderkonto darf der Notar gemäß § 58 Absatz 3 BeurkG nur bewirken, um dem Empfangsberechtigten oder einem durch ihn benannten Dritten Beträge zuzuführen. Über das Konto verfügt im Prinzip nur der Notar persönlich.[386]

Nicht in jeder Situation ist die Verwahrung durch den Notar zulässig, sondern nur, wenn ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Beteiligten vorliegt (§ 54 Absatz 2 Nr. 1 BeurkG). Diese Voraussetzung bezweckt die Vermeidung von Tätigkeiten, die die Grenzen der vorsorgenden Rechtspflege überschreiten. Das Erfordernis eines Sicherungszwecks grenzt die notarielle Verwahrung somit von anderen bloßen Verwahrungen ab, bei denen die Parteien etwa nur das Verlustrisiko für den Hinterleger vorbeugen oder den Austausch von Gegenständen vereinfachen wollen. In der Tat muss die Verwahrtätigkeit des Notars den Beteiligten eine zusätzliche Sicherheit verschaffen; die Aufbewahrung und Ablieferung des Gegenstands bilden nur ein Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels.[387] Nach wohl überwiegender Auffassung[388] ist dies dann der Fall, wenn die Transaktion nur durch Einbezug des Notars als Verwahrer abgesichert werden kann oder die Verwahrung eine überlegene Absicherung im Vergleich zu anderen Sicherheiten bildet. Steht den Parteien neben der notariellen Verwahrung eine gleichwertige Absicherung offen, dann ist ihnen die notarielle Verwahrung verwehrt.[389]

Der Sicherungszweck besteht vordergründig im Vorbeugen des Vorleistungsrisikos,[390] kann aber auch bspw. in der Sicherung von Grundpfandgläubigern und der Verhinderung von Zwangsversteigerungen bestehen oder als Einbehalt für weitere Ansprüche aus dem zugrundeliegenden Geschäft dienen.[391] Mit *Kawohl* kann man behaupten, der „Verlust der eigenen Verfügungs- und Dispositionsbefugnis der Parteien ist charakteristisch für die Sicherungsfunktion der notariellen Verwahrung".[392] Dem Anweisenden wird versichert, dass das Geld nur bei Eintritt der angegebenen Voraussetzungen an den Empfangsberechtigten ausgezahlt, anderenfalls

[386] So streng ist dieser Rechtssatz, dass das Gesetz nur in sehr begrenzten Fällen Verfügungen über das Anderkonto durch die Notarvertretung, den Notariatsverwalter oder durch andere Notare erlaubt (§ 58 Absatz 3 Satz 1, 2 BeurkG). Die Erteilung von Kontovollmachten ist grundsätzlich nicht erlaubt. Siehe dazu Limmer/Frenz/*Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, II.2.D, Rn. 753 f.; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 19 ff.
[387] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 48 ff.
[388] Für eine Meinungsübersicht siehe Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 4 ff.
[389] Vgl. m. w. N. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 7 ff.
[390] Vgl. BGH DNotZ 1960, 265 (267); Limmer/Frenz/*Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, II.2.D, Rn. 695; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (621); *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 29 ff. (mit Hinweis auf andere Risiken, die durch notarielle Verwahrung vermieden werden können).
[391] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 20 ff.
[392] *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 17.

an den Anweisenden zurückgezahlt wird. Aber auch die Erfüllung einer dem zugrundeliegenden Geschäft innewohnenden Schuld erfolgt über die notarielle Verwahrung. Gemäß der Verwahrungsvereinbarung muss der Anweisende nur auf das Anderkonto einzahlen und der Empfangsberechtigte danach vom Notar Befriedigung suchen.[393] Die Erfüllung wird dann über den Notar ausgeführt.[394]

Die notarielle Verwahrung begründet keine Geschäftsbesorgung im Sinne von § 675 Absatz 1 BGB, denn es handelt sich um eine Amtstätigkeit – und nicht um ein Geschäft privatrechtlicher Natur.[395] Dennoch sind die treuhänderischen Züge der notariellen Tätigkeit allgemein anerkannt. Schon vor der Novelle vom Jahr 1998 hat ihr die Literatur treuhänderischen Charakter verleiht,[396] was sich nach der Novelle nicht verändert hat.[397] Der Notar nimmt zweckgebunden fremde Vermögensinteresse der Beteiligten wahr.[398] Die Treuhandtätigkeit des Notars kann einseitig oder mehrseitig sein. Einseitig ist sie, wenn der Notar die Interessen von nur einer Person verfolgt.[399] Mehrseitige Treuhandverhältnisse entstehen hingegen, wenn der Notar auf die Interessen mehrerer Parteien in demselben Treuhandverhältnis Rücksicht zu nehmen hat, wie bei der vertraglich vereinbarten Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto üblich – denn beide Parteien werden vor dem Risiko einer Vorleistung geschützt.[400] Wichtig ist es für die Einordnung als mehrseitige Treuhand, dass der Notar die Verwahrung zum Zweck der Wahrung gegenläufiger Interessen vollzieht; unwesentlich ist es, ob nur eine oder beide Beteiligten dem Notar Erklärungen abgeben.[401]

Der Notar kann auch die Treuhandaufträge Dritter entgegennehmen, etwa wenn die Grundstückkauffinanzierende Bank das Darlehen auf das Notaranderkonto mit dem Hinweis valutiert, dass das Geld dem Käufer nur nach Eintragung eines Grundpfandrechtes zu ihren

---

[393] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 32 f.; *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 7, 14.
[394] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 126 ff.
[395] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 7; *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 89 (die Bezeichnung „Treuhandaufträge" im Absatz 6 von § 57 BeurkG wäre daher irreführend); *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451 (458) (Notar als „Amtstreuhänder").
[396] Vgl. BGH DNotZ 1960, 265 (267); BGH NJW 1980, 1106; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (625); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 17 f.; *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 210 (Grundsätze der zivilrechtlichen Treuhand begrenzt anwendbar; Notar als „Amtstreuhänder"), 218 (Anderkonto ist fiduziarische Treuhand); *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 10.
[397] Vgl. BGH DNotZ 1998, 626 (treuhänderische Zweckbindung); *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 26; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BnotO, Rn. 9; Diehn/*Kilian*, § 23 BnotO, Rn. 8; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 16; *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 47; Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 20. Kritisch: Armbrüster/Preuß/*Mayer*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 7 (Notar ist kein Treuhänder in zivilrechtlichem Sinne, weil seine Tätigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist. Dass er Interessen aller Beteiligten wahrt und zivilrechtlich Eigentümer wird, ändert daran nichts).
[398] Vgl. Arndt/Lerch/ Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 16.
[399] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 27 f.
[400] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 18.
[401] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 97 f.

Gunsten freizugeben ist. Im Wege der Vertragsauslegung ist dann zu bestimmen, ob die Bank zu Teil des mehrseitigen Treuhandverhältnisses Notar-Käufer-Verkäufer wird, eine danebenstehende einseitige Treuhand oder zusätzlich eine mehrseitige Treuhand mit Notar und Darlehensnehmer begründet.[402_403] Ein Treuhandauftrag liegt auch dann vor, wenn ein Grundpfandrechtsgläubiger dem Notar eine Löschungsbewilligung zuteilt, die vom Notar nur bei Befriedigung seiner Forderung gebraucht werden darf.[404]

Diese Beschreibung verdeutlicht, dass die notarielle Verwahrung mit dem Escrow-Agreement vieles gemeinsam hat. Dies zeigt sich auf der Tatbestandsseite schon daran, dass (1) ein neutraler[405] Dritter zur treuhänderischen Aufbewahrung und zur Weiter- bzw. Rückgabe eines Gegenstands einbezogen wird; (2) solange das Geld im Notaranderkonto steht, jedwede Verfügung durch den Anweisenden oder Empfangsberechtigten verhindert wird; (3) die Auszahlung an den Empfangsberechtigten bzw. Rückzahlung an den Anweisenden vom Eintritt gewisser in der Verwahrungsanweisung bestimmten Voraussetzungen abhängen; und (4) Sicherungs- und Erfüllungszwecke durch die Verwahrtätigkeit zu erfüllen sind. Als Unterschiede können aber erwähnt werden: (i) Nur bestimmte Objekte (Geld, Wertpapiere und sonstige wertvolle Gegenstände) dürfen dem Notar übergeben werden; (ii) nur Notare dürfen eine Tätigkeit i. S. v. §§ 57 ff. BeurkG übernehmen; und (iii) das Verfahren ist nicht rein privatrechtlicher, sondern auch hoheitlicher Natur. Insbesondere die hoheitliche Eigenschaft macht den größten Unterschied zum Escrow-Agreement aus. Infolgedessen, nur um ein Beispiel zu nennen, haftet der Notar bei Nichtbeachtung der erteilten Verwahrungsanweisung wegen Amtspflichtverletzung nach § 19 Absatz 1 BNotO. Selbst ein mutmaßlicher übereinstimmender Wille der Parteien befreit ihn nicht der Amtshaftung.[406] Ein privater Escrow-Agent hingegen kann nicht nach § 19 Absatz 1 BNotO haftbar gemacht werden.

In den folgenden Kapiteln werden auf der Basis dieses Vergleichs zwischen Escrow-Agreement und notarieller Verwahrung manche in der Literatur und Rechtsprechung zur

---

[402] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 19; BGH NJW 1997, 2104. Der Beitritt der Bank zum mehrseitigen Treuhandverhältnis wäre jedoch von der Zustimmung der Kaufvertragsparteien abhängig (Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 65 f.). Nach anderer Auffassung wäre der Treuhandauftrag des Dritten stets eine einseitige Treuhand: *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (626); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 129.

[403] Anders aber, wenn die kauffinanzierende Bank keine Auflage stellt. Da die Bank hier kein Sicherungsinteresse verfolgt, ist das Notaranderkonto eine bloße Zahlstelle, eine Verwahrung wird mit dem Notar nicht abgeschlossen (vgl. *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 128).

[404] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 104.

[405] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 9 („sachliche Unabhängigkeit"); Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 11 („unparteiisch"); *Brambring*, DNotZ 1990, 615, 624 („unparteiisch"); *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 96 („Neutralität"); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 12 (sachliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit).

[406] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BnotO, Rn. 60.

notariellen Verwahrung entwickelten Rechtssätze analog auf das Escrow-Agreement übertragen.

II.4.2. Brasilien

Das brasilianische Recht kennt keinen gesetzlichen Vertragstypus, der die Wahrung fremder Interessen ohne Vertretungsmacht zum Gegenstand hat und das Escrow-Agreement beherbergen könnte. Folglich ist das Escrow-Agreement stets ein atypischer (aber verkehrstypischer) Vertrag. Dadurch wird nicht verkannt, dass auch das Escrow-Agreement ein fiduziarisches Geschäft darstellt; die Rechtsbeziehung der Parteien im Innenverhältnis dieses fiduziarischen Geschäfts kann aber wiederum keinem gesetzlichen Typus zugeordnet werden, wie noch darzulegen sein wird. Nichtsdestotrotz können je nach der Art des Escrow-Gegenstands Vorschriften des Geschäftsbesorgungsrechts und des Verwahrungsrechts analogen angewendet werden.

Im Gegensatz zu Deutschland – wo es keine Zweifel über die Rechtsnatur des Escrow-Agreements als Treuhand besteht – wird die Qualifizierung des Escrow-Agreements in der Rechtslehre nicht einheitlich vorgenommen. *Silva Neto* scheint den Escrow-Accounts als Verwahrungsvertrag (*contrato de depósito*) mit der Begründung zu qualifizieren, dass der Escrow-Agent sich zur Aufbewahrung von Gegenständen (am häufigsten Geldbeträgen) verpflichtet. Die Rückgabe des Verwahrguts wäre den im Hauptgeschäft niedergelegten Voraussetzungen unterstellt und an die Vorfälle des Hauptgeschäfts gebunden.[407]

Eine Variante dieser Lehre sieht das Escrow-Agreement als eine Verwahrung zugunsten Dritten, welche Sicherungszwecken dient. *Francisco Paulo de Crescenzo Marino* z. B. erörtert das Escrow-Agreement als akzessorischen Verwahrungsvertrag zugunsten Dritter im Rahmen einer Vertragsverbindung, mit dem Ergebnis, dass die typische Regelung des Verwahrungsvertrags abbedungen würde.[408] *Fábio Konder Comparato* hat in einer kurzen Analyse der Hinterlegung vom Kaufpreis bei der Bank im Kontext des Anteilskaufs diesen Sachverhalt als Verwahrung mit Sicherungszweck zugunsten eines Dritten (des Verkäufers) beschrieben, mit der Eigenheit, dass der Anspruch gegen die Bank auf Auszahlung der Zustimmung des Käufers bedürfe.[409] Nach der Auffassung von *Milena Donato Oliva* wollen sich die Parteien eines Escrow-Agreements typischerweise der Struktur des Verwahrungsvertrags für

[407] Vgl. *Silva Neto*, RJLB 2017 (4), 183 (202 f.).
[408] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 182 ff.
[409] Vgl. *Comparato*, Ensaios e pareceres, S. 363 f.

Sicherungszwecke zunutze machen, selbst wenn die Vereinbarung die Grenzen der Typizität der Verwahrung überschreiten.[410]

Anders sieht es *Kayo*. Ihrer Auffassung nach wäre der Escrow-Account ein gemischter Vertrag mit Elementen der Geschäftsbesorgung und der Verwahrung, sodass Vorschriften beider Vertragstypen entsprechend zur Anwendung gelangen könnten. Der Escrow-Account gleiche der bankrechtlichen Verwahrung (*depósito bancário*), aber nicht alle Vorschriften des Verwahrungsvertrags könnten angewandt werden, weil (1) die Rückgabe der Sache bei der Verwahrung auf einseitiges Verlangen des Hinterlegers erfolge, nicht aber beim Escrow-Agreement, (2) die Einlagen im Escrow-Agreement alternativ an zwei Hauptparteien ausgezahlt werden könne und (3) die Forderungssicherung kein Zweck des Verwahrungsvertrags bilde. Andererseits erhalte die kontoführende Bank Weisungen von den Hauptparteien für die Durchführung von Kontobewegungen, was den Sachverhalt näher an die gemeinschaftliche „plurale" Geschäftsbesorgung rückt. Da diese Art der Geschäftsbesorgung allein nicht allen Eigenschaften des Escrow-Accounts Rechnung trage, ginge es dabei um einen gemischten Vertrag.[411]

Den oben genannten Meinungen liegt der Fall zugrunde, dass der Escrow-Gegenstand Geld ist; dadurch verliert aber man den Blick auf das größere Ganze, da der Escrow-Gegenstand auch in anderen Sachen und/oder in Rechten bestehen kann. Nur *Oliva* weist auf die Möglichkeit der Eigentumsübertragung zusammen mit der Hinterlegung des Escrow-Gegenstands hin, wenn das Escrow-Agreement ein fiduziarisches Geschäft darstelle.[412] Das Abstellen auf den Escrow-Account führt nicht nur zur Einschränkung der Analyse auf die Hinterlegung von beweglichen Sachen, sondern führt auch zu der Frage nach der Rechtsnatur des Girokontovertrags (auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden soll). Methodisch ist es deswegen vorzugswürdig, zunächst die Qualifizierung des Escrow-Agreements im Allgemeinen zu unternehmen, und nur danach auf den Escrow-Account einzugehen.

II.4.2.1. Abgrenzung von ähnlichen Figuren

Manche Rechtsinstitute zeigen Merkmale auf, die denen des Escrow-Agreements ähneln. Daher könnte die Frage aufgeworfen werden, ob das Escrow-Agreement nicht als Oberbegriff betrachtet werden könnte, unter dem sich verschiedene typische Erscheinungsformen einreihen ließen, wie die Verwahrung, die freiwillige Sequestration und die

[410] Vgl. *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 48 f.
[411] Vgl. *Kayo*, A conta vinculada, S. 66 ff.
[412] Vgl. *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 49.

Sicherungsübereignung unter Einbezug eines dritten Sicherheitentreuhänders.[413] Die bestehenden Gemeinsamkeiten reichen jedoch nicht aus, um einen solchen Ansatz zu rechtfertigen. Um diese Konstellationen unter denselben Oberbegriff zu fassen, müsste man auf wesentliche Merkmale des Escrow-Agreements verzichten. Außerdem ließen sich aus solch einer breiten Einordnung kaum allgemeine rechtliche Konsequenzen ziehen. Hier wird dementsprechend einem engeren Escrow-Begriff zugrunde gelegt, wie oben dargestellt (Kap. II.1).

II.4.2.1.1. Verwahrungsvertrag

Das Escrow-Agreement hat es mit dem Verwahrungsvertrag gemein, dass sich der Verwahrer zur zeitweiligen Aufbewahrung und zur Rückgabe eines Gegenstands verpflichtet. Die Gemeinsamkeiten gehen aber über dieses Merkmal nicht hinaus. Dies reicht nicht aus, um das Escrow Agreement als Verwahrung qualifizieren zu können.

Zunächst fällt auf, dass der Verwahrer in einem Verwahrungsvertrag nach Art. 627 CC nur den Besitz einer beweglichen Sache erlangt, nicht aber das Eigentum.[414] Bei der Aufbewahrung unbeweglicher Sachen geht es um einen Auftrag, Dienstvertrag oder Werkvertrag.[415] Diese unverzichtbare Eigenschaft des Verwahrungsvertrags schließt schon das Vollrecht-Escrow aus, weil in dieser Fallgestaltung das Eigentum einer Sache oder die Vollrechtsinhaberschaft einer Forderung übertragen wird. Eigentlich nur das Besitz-Escrow beschränkt sich auf die Besitzübertragung von beweglichen Sachen. Um das Escrow-Agreement als Verwahrung beurteilen zu können, müsste man daher eine „Mosaikqualifizierung" annehmen. Das heißt, das Escrow-Agreement müsste je nach Gegenstand unterschiedlich zu qualifizieren sein. Eine derartige Betrachtungsweise würde aber zu der Entwicklung des Instituts nichts beitragen und würde auch nicht den Interessen der Parteien gerecht. Vor allem „*Repeat Players*", welche

[413] Das ist die Ansprechweise *Stefan Eisenhuts* in der Schweiz, nach dessen Auffassung unter dem Schirm des Escrow-Agreements Pfandrechte mit Pfandhalterschaft, dreiseitige Sicherungsübereignungen, dreiseitige Sicherungsabtretungen von Namenpapieren, Sequestration und Verwahrung mit Sicherungszweck (Sicherheitshinterlegung) fallen. Vgl. *Eisenhut*, Escrow-Verhältnisse, Kap. IV.

[414] Vgl. Teixeira/*Andrighi/Beneti/Andrighi*, Comentários ao novo código civil, Bd. IX, S. 376*; Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 404, 424; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código civil interpretado, Bd. 2, S. 390, 402. Einige Autoren verstehen umgekehrt, dass der Verwahrer nur Besitzdiener ist (vgl. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 45; *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 482). Die Besitzdienerschaft ist aber mit der Verwahrung unvereinbar, weil der Verwahrer dem Hinterleger nicht untergeordnet ist. Die Vorrangigkeit der Hinterlegerinteressen bedeutet kein Subordinationsverhältnis.

[415] Vgl. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 8 (Auftrag); *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 414 f. (Dienst- oder Werkvertrag); Azevedo/*Lopez*, Comentários ao código civil, Bd. 7, S. 343 (Dienstvertrag). Andere Autoren nennen die Aufbewahrung unbeweglicher Sachen „Bewachungsvertrag" (*contrato de guarda*), obwohl dieser als gesetzlicher Typus nirgends zu sehen ist (vgl. *Gomes*, Contratos, S. 415; *Franco*, Contratos, S. 176).

gewerblich als Escrow-Agent hervortreten, rechnen nicht mit einer wechselnden rechtlichen Behandlung des Escrow-Agreements, nur weil sich der Gegenstand von einer Transaktion zur nächsten ändert. Dies könnte zu absurden Situationen führen. In einem doppelunidirektionalen Escrow-Agreement z. B., bei dem der Tausch eines Autos für eine Forderung durchgeführt wird, wäre der Escrow-Agent in Bezug auf das Auto als Verwahrer (er hätte nur den Besitz des Autos), in Bezug auf die Forderung als fiduziarischen Auftragnehmer (da Besitz an Rechten nicht möglich ist, müsste er Inhaber der Forderung werden) zu bezeichnen, mit der Folge, dass der Escrow-Agent zwei unterschiedlichen Regelungswerken unterworfen wäre.

Überdies sind die Verpflichtungen des Verwahrers und des Escrow-Agenten unterschiedlich. Nach Art. 627 CC ist der Verwahrer verpflichtet, eine ihm durch den Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren und sie nach Verlangen des Hinterlegers zurückzugeben.[416] Hauptpflicht des Verwahrungsvertrags ist also die Aufbewahrung (*custódia*) der Sache.[417] Diese Pflicht verzweigt sich in zwei anderen Pflichten, nämlich die Schutz- (*guarda*) und die Unterhaltungspflicht (*conservação*) der Sache.[418] Der Schutz der Sache schlägt sich in der Hütung gegen äußere Gefahren nieder, während die Unterhaltung auf die Integrität der Sache (etwa Schutz vor Schäden aus immanenten Ursachen) abzielt.[419] Kommt die Aufbewahrung als Nebenpflicht vor, handelt es sich begriffsnotwendig nicht um eine Verwahrung, aber die analoge Anwendung Verwahrungsrechts kann Platz greifen. Die Qualifizierung des Escrow-Agreements als Verwahrung scheitert schon deswegen, weil die Hauptpflicht des Escrow-Agenten nicht in der Aufbewahrung des Escrow-Gegenstands, sondern in dem Interessenausgleich zwischen den Hauptparteien besteht. Diese Interessenwahrnehmung zeichnet sich durch die oben untersuchten wesentlichen Merkmale aus (Kap. II.2). Der typische Verwahrer nimmt eine sehr spezifische Art der Hinterlegerinteressen wahr, nämlich die Aufbewahrung des Gegenstands. Er verpflichtet sich nicht zur breiteren Interessenwahrnehmung,[420] etwa die Ziehung von Nutzungen aus der Sache oder das Vorenthalten der Sache aus Rechtssicherheitsgründen bei Streitfällen zwischen den Hauptparteien. Bei einem Escrow-Agreement ist die Aufbewahrung nur das Mittel zur Erreichung des Interessenausgleichs, sie selbst aber ist nicht die zentrale Tätigkeit des Escrow-Agenten.

Auch was die Zwecksetzung angeht, entspricht das Escrow-Agreement nicht dem

[416] Vgl. *Andrighi* in: Netto/Mendes/Martins Filho, O novo código civil, S. 593; *Gomes*, Contratos, S. 413.
[417] Vgl. *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código civil interpretado, Bd. 2, S. 383.
[418] Vgl. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 473 f.
[419] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 394, 434.
[420] Vgl. *Gomes*, Contratos, S. 416 (Aufbewahrung als „einziger Inhalt“ oder „Hauptinhalt“ des Geschäfts).

gesetzlichen Vorbild des Verwahrungsvertrags. Dem Escrow-Agreement wohnen sowohl der Sicherungs- als auch der Erfüllungszweck inne. Dem gesetzestypischen Verwahrungsvertrag ist aber die Sicherstellung des Gläubigers ebenso ein fremder Zweck wie der Vollzug eines zugrundeliegenden Geschäfts. Ein ähnliches Ergebnis wie die Sicherstellung des Gläubigers könnte im Verwahrungsvertrag durch die Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung für die Rückgabe der Sache erzielt werden, etwa die Tilgung einer Forderung des Verwahrers. Dieses Konstrukt ändert aber den Vertrag hin zu einer atypischen Gestaltung der Verwahrung. Wenn daneben auch die Abwicklung des Hauptgeschäfts als Zweck gesetzt wird, dann fällt die Einordnung in die Verwahrung schwer. Es sind Fälle denkbar, in denen der Hinterleger die Sache verkauft und den Herausgabeanspruch dem Käufer abtritt, um den Eigentumsübergang herbeizuführen. Doch wird der Verwahrer in diesen Fällen nicht als Zwischenstelle inmitten von Käufer und Verkäufer eingeschaltet, um die Erfüllung einer Pflicht zu bewirken; vielmehr ist er trotzdem nur zur Aufbewahrung des Gegenstands verpflichtet. Es geht eigentlich darum, ob die Grenzen des Typus des im Código Civil geregelten Verwahrungsvertrags weit genug sind, um die Zwecksetzung des Escrow-Agreements zu umfassen. Das ginge nach hier vertretener Ansicht aber zu weit. Solche Zwecke könnten äußerstenfalls indirekt hinter dem Verwahrungsvertrag stecken, sodass ein indirektes Rechtsgeschäft (*negócio jurídico indireto*) vorläge, aber kein Escrow-Agreement. Indirekte Rechtsgeschäfte sind gesetzestypische Geschäfte, die im konkreten Fall auf die Erreichung eines für diesen Geschäftstyp untypischen Zwecks gerichtet sind. Deshalb sind solche Zwecke „indirekt". Für das Vorliegen eines indirekten Rechtsgeschäfts sind daher prinzipiell zwei Kernelemente benötigt: die Wahl eines typischen Rechtsgeschäfts und der indirekte Zweck.[421] Richtig kann man den indirekten Zweck als bloßen Beweggrund (*motivo*) des Rechtsgeschäfts beobachten, da der indirekte Zweck nicht zum Geschäftsinhalt gelangt.[422] Wenn die Hinzufügung eines weiteren Zwecks zu Inhalt des Geschäfts wird, dann handelt es sich nicht mehr um einen indirekten, sondern um einen „direkten" Zweck. Hält das Gesetz den Zweck für Wesen des Vertragstyps, dann könnte die Hinzufügung eines weiteren direkten Zwecks die Zuordnung zu dem gesetzlichen Typus hindern.[423] Theoretisch könnte

[421] Vgl. *Ascarelli*, Negócio jurídico indirecto, S. 10.

[422] Vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 6, Fn. 11 und S. 11 f., Fn. 11. Auch *Ascarelli* stellt den indirekten Zweck auf das Feld der gemeinsamen Beweggründe der Parteien (Negócio jurídico indirecto, S. 27, Fn. 44).

[423] Vgl. *Ubaldino Miranda*, RDCiv 29, 81 (Kap. IV). Aus anderen als die hier vertretenen Gründen versteht *Junqueira de Azevedo*, dass die Hinzufügung eines weiteren Zwecks die Typizität des Geschäfts verändern könnte. Er vertritt die Auffassung, dass nur die wesentlichen kategorialen Merkmale eines Rechtsgeschäfts dessen Typizität beeinflussen. Deswegen wäre der Zweck eines Geschäfts für die Einteilung in die Gesetzestypen unerheblich. *Junqueira de Azevedo* nimmt aber an, dass der addierte Zweck diese Zuordnung andern könnte, wenn der Zweck ein Typusmerkmal wäre (vgl. *Azevedo*, Negócio jurídico, S. 150 f.).

jeder Vertragstyp ohne Umqualifizierung indirekte Zwecke annehmen. Der Unterschied der Verwahrung zum Escrow-Agreement liegt genau darin, dass die Sicherungs- und Erfüllungszwecke vollständig im Vordergrund jedes Escrow-Agreements stehen. Die Hauptparteien eines Escrow-Agreements erheben diese Beweggründe zum Geschäftsinhalt, sodass die Grenzen des Verwahrungsvertrags verschwinden würden.

Ein weiterer Unterschied des Verwahrungsvertrags zum Escrow-Agreement zeigt sich in den Interessenstrukturen, die an diesen Vertragstypen angesiedelt sind. Die Verwahrung verfolgt in erster Linie das Interesse des Hinterlegers. Deswegen darf er in der Regel die Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn im Vertrag eine Frist vereinbart ist (Art. 633 CC);[424] es sei denn, dass es sich um eine Frist zugunsten des Verwahrers handelt.[425] Die Hinzufügung einer Frist zugunsten des Verwahrers verdeutlicht, dass sich auch gewisse Interessen des Verwahrers in den Vertrag Einfluss gefunden haben, kehrt aber nicht die Interessenstruktur um, denn die Verwahrung erfolgt weiterhin vorrangig im Interesse des Hinterlegers. Hat das Interesse des Verwahrers den Vorrang, so wird der Vertrag zu einer Leihe, zu einem Sachdarlehen oder zu einem Pfandrecht.[426] Schwierigkeiten bereitet die Möglichkeit einer Verwahrung im Interesse eines Dritten. Dieser Sachverhalt ist im Art. 632 CC geregelt, wonach der Verwahrer nicht ohne Zustimmung des Dritten dem Hinterleger die Sache zurückgeben darf, wenn der Hinterleger ihn in Kenntnis des Drittinteresses gesetzt hat.[427] Basierend auf diesem Artikel unterscheidet

[424] Vgl. *Gomes*, Contratos, S. 416 f.; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 392; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código civil interpretado, Bd. 2, S. 386; *Franco*, Contratos, S. 176.
[425] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 255; *Gomes*, Contratos, S. 417.
[426] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 420 (Verwahrung wird zu Leihe oder Pfandrecht) und 393 (Sachdarlehen erfolgt im Interesse des Darlehensnehmers); Azevedo/*Lopez*, Comentários ao código civil, Bd. 7, S. 348 f. (Sachdarlehen oder Leihe).
[427] Das ehemalige Bürgerliche Gesetzbuch enthielt keine Vorschrift, die die Verwahrung im Interesse eines Dritten direkt regelte. Erst das neue, 2003 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Sachverhalt im Art. 632 CC geregelt. Aus der Gesetzgebungsgeschichte bei der Legislativ tritt die Herkunft dieser Vorschrift nicht deutlich hervor. Der erste Gesetzesvorentwurf (*primeiro anteprojeto de código*), der am 23. Mai 1972 dem Justizminister vorgelegt wurde, enthielt den aktuellen Art. 632 CC nicht. Der zweite Gesetzesvorentwurf vom 19. März 1973 hatte schon diese Vorschrift (damals noch Art. 631), aber keine detaillierte Erläuterung zu seiner Einfügung ist in der Begründung des Sachbearbeiters (*revisor*) des Schuldrechtsbuchs zu sehen. 12. Juni 1975 wurde der Gesetzentwurf 634/1975 (*projeto de lei 634/1975*) beim Bundestag (*Câmara dos Deputados*) ohne Änderungen in diesem Artikel eingereicht, der damals schon unter Ziffer 641 gekennzeichnet war. Während der Gesetzesdiskussionen im Bundestag und Bundesrat (*Senado Federal*) war diese Vorschrift Gegenstand keines Änderungsvorschlags (*emenda*) – abgesehen vom Änderungsvorschlag Nr. 332 des Bundesrats, der bloß das Komma zwischen den Wörtern „*este*“ und „*sem*“ supprimieren wollte, aber die Änderung wurde später im Bundestag abgelehnt – und ist letztendlich nach einer Neunummerierung als Art. 632 in Kraft getreten. Der Ursprung der Vorschrift ist insofern nicht ganz erkennbar, aber die manifeste Ähnlichkeit zum Art. 1773 des italienischen *codice civile* scheint kein Zufall. Im Vergleich zum Art. 1773 *codice civile*, hat der brasilianische Art. 632 CC lediglich geändert, wer wem das Drittinteresse an der Verwahrung mitzuteilen hat. Während im italienischen Gesetzbuch Art. 1773 der Dritte seinen Beitritt zum Verwahrungsvertrag dem Verwahrer und dem Hinterleger mitteilen muss, begnügte sich der

das brasilianische Schrifttum die im Art. 632 CC geregelte Verwahrung im Interesse eines Dritten von der Verwahrung zugunsten eines Dritten, welche einen Fall des Vertrags zugunsten Dritter nach Art. 436 ff. CC darstellt. Im ersteren Fall hat der Dritte zwar Interesse an der Verwahrung, aber die Rückgabe erfolgt nur an den Hinterleger. Bei der Verwahrung zugunsten eines Dritten müsste die Rückgabe an den Dritten selbst erfolgen.[428] Diese Fallgestaltungen entsprechen zwar der gesetzlichen Grundlage, sollen jedoch nicht zum irrigen Schluss führen, dass der Verwahrungsvertrag im Interesse oder zugunsten eines Dritten die Interessenstruktur eines Escrow-Agreements beherbergen könnte. Dass die Interessen eines Dritten in einen Verwahrungsvertrag eingefügt werden können, ist wenig überraschend, weil theoretisch viele Vertragsarten als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet werden könnten. Art. 632 CC bringt nichts Neues, da die Verwahrung im Interesse eines Dritten auch ohne diese Vorschrift als Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 436 ff. CC ausgestaltet werden könnte, bspw. durch Einräumung eines Einspruchsrechts des Dritten gegen die Rückgabe an den Hinterleger. Ohnehin ist die Einfügung des Belanges eines Dritten in die Struktur der Verwahrung aus zwei Gründen nicht mit der Interessenlage eines Escrow-Agreements gleichzustellen. Erstens berücksichtigt weder die Verwahrung zugunsten eines Dritten noch die Verwahrung im Interesse eines Dritten den Alternativcharakter der Gegenstandweiter- bzw. -rückgabe des Escrow-Agreements. Bei der Verwahrung zugunsten oder im Interesse eines Dritten ist von Anfang an nur eine Partei zur Abgabe der Sache berechtigt. Im Escrow-Agreement können beide Hauptparteien berechtigt werden, je nachdem, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt. Zweitens sind die Interessen der Hauptparteien im Escrow-Agreement gleichrangig, sodass der Escrow-Agent nicht vorrangig im Interesse des Hinterlegers oder des Dritten handelt, sondern er bringt mit seiner Tätigkeit die widerstreitenden Interessen der beiden zum Ausgleich.

Die wesentlichen Merkmale des Escrow-Agreements übersteigen also die Grenzen des Verwahrungsvertrags. Wird der Vertrag als Gemeinschaftsverwahrung ausgestaltet, sodass der Verwahrer nur an beide Hauptparteien gesamthänderisch ausliefern darf, so könnte man sagen, dass die Interessen der Hauptparteien gleichrangig sind. Das aber wäre kein Escrow-Agreement, weil der Gegenstand im Escrow-Agreement entweder an die eine oder an die andere Hauptpartei auszuliefern ist. Sind die Hauptparteien Gesamtgläubiger, so kann jede die

---

brasilianische Gesetzgeber mit einer Bekanntgabe durch den Hinterleger dem Verwahrer gegenüber, dass die Verwahrung im Drittinteresse erfolgt.

[428] Vgl. Azevedo/*Lopez*, Comentários ao código civil, Bd. 7, S. 364 f.; *Comparato,* Ensaios e pareceres, S. 363 f. Bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 2003 hatte *Pontes de Miranda* die gleiche Unterscheidung vorgenommen, vgl. Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 501. Unklar: *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código civil interpretado, Bd. 2, S. 393.

Auslieferung verlangen, was auch nicht dem Escrow-Agreement entspricht, weil keine Hauptpartei bis Bedingungseintritt zur Auslieferung berechtigt ist und danach nur eine diesen Anspruch geltend machen kann, nicht jede von ihnen. Das Verwahrungskonstrukt, das am nächsten dem Escrow-Agreement ähnelt, wäre die Verwahrung zugunsten Dritter unter der Bedingung, dass der Dritte beim Nichteintreten eines künftigen Ereignisses den Auslieferungsanspruch verliert. Selbst dann würden alle oben erwähnten Merkmale des Escrow-Agreements den konkreten Vertrag aus der Verwahrung hinausdrängen, wie oben dargestellt, und die Wahrung der Gleichrangigkeit der Interessen könnte jedenfalls in diesem ganz spezifischen Konstrukt ebenfalls infrage gestellt werden.

II.4.2.1.2. Freiwillige Sequestration

Die freiwillige Sequestration ähnelt dem Escrow-Agreement, indem (1) der Vertragszweck in der Sicherstellung einer etwaigen Forderung mittels Übergabe der Sache an einen unabhängigen neutralen Dritten besteht, und (2) die Berechtigung zur Auslieferung des Gegenstands vom Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängt. Das allerdings ist nicht ausreichend, um das Escrow-Agreement als freiwillige Sequestration zu bezeichnen.

Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, wie Italien (Art. 1798 ff. Codice Civile), Frankreich (Art. 1956 ff. Code Civil) und Portugal (Art. 1202 ff. Código Civil), in denen die Sequestration ausdrücklich als ein Unterfall der Verwahrung begriffen wird, bei dem die hinterlegte Sache Gegenstand eines Rechtsstreits ist, sieht die brasilianische Rechtsordnung keine typische freiwillige Sequestration vor. Das brasilianische Schrifttum beschreibt die freiwillige Sequestration als die Hinterlegung einer Sache bei einem Dritten, über deren Zugehörigkeit ein Rechtsstreit besteht.[429] Der Sequester muss die Sache aufbewahren, bis eine Entscheidung über den Rechtsstreit gefallen oder ein Vergleich zwischen den Streitparteien erreicht wird.[430] Bewegliche ebenso wie unbewegliche Sachen können Objekt der freiwilligen Sequestration sein.[431] Dementsprechend sind die Vorschriften über die Verwahrung und, wenn der Sequester die Sache zu verwalten hat, auch die Vorschriften über den Auftrag anzuwenden.[432]

Das Escrow-Agreement kann bereits deswegen nicht als freiwillige Sequestration

[429] Vgl. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 492.
[430] Vgl. *Gomes*, Contratos, S. 422; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 259.
[431] Vgl. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 492; *Gomes*, Contratos, S. 422. Gegenansicht: *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 426 (freiwillige Sequestration betrifft nur bewegliche Sachen).
[432] Vgl. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 493; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código civil interpretado, Bd. 2, S. 412; *Gomes*, Contratos, S. 422; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 259.

angesehen werden, weil der Escrow-Gegenstand nicht zwingend Objekt eines Rechtsstreits ist. Gegen diese Schlussfolgerung könnte vorgebracht werden, (1) dass mindestens dann, wenn das Escrow-Agreement eine strittige Sache zum Gegenstand hat, sollte es in die freiwillige Sequestration eingeordnet werden, oder (2) dass die Wesensmerkmale der freiwilligen Sequestration in Ermangelung einer gesetzlichen Typisierung theoretisch erarbeitet werden könnten, um Konstellationen zu umfassen, die typischerweise ein Escrow-Agreement bilden – z. B. in Bezug auf eine strittige Sache könnte man darauf verzichten wie im römischen Recht, wo Beispiele von Sequestrationen bekannt sind, bei denen die Rückgabe der Sache nur von einem zukünftigen und ungewissen Ereignis abhängig gemacht wurde.[433] Diese Einwände sind jedoch nicht stichhaltig.

In der Einordnung in Nr. (1) oben ist kein Vorteil zu sehen. Da die freiwillige Sequestration kein typischer Vertrag ist, muss deren Regelung entweder aus der Vertragsauslegung, aus der ergänzenden Auslegung oder aus analog anwendbaren Vorschriften des Gesetzes gewonnen werden. Die richtige Analogie müsste jedenfalls untersucht werden, weil jedenfalls keine Gesetzesvorschrift aus typischen Verträgen unmittelbar anwendbar ist (siehe unten Kap. II.4.2.2.2.2). Hinsichtlich Nr. (2) oben würde auch nichts zur Anwendung des Rechts beitragen und zu den gleichen Schwierigkeiten führen wie oben unter Nr. (1). Im Ergebnis kann das Escrow-Agreement nicht als freiwillige Sequestration bezeichnet werden.

II.4.2.1.3. Geschäftsbesorgung

Der Vertragstyp, der schlechthin die Wahrnehmung fremder Interessen zum Gegenstand hat, ist die Geschäftsbesorgung. Trotzdem kann das Escrow-Agreement im brasilianischen Recht nicht der Geschäftsbesorgung zugeordnet werden. Der Grund dafür ist die typeigene Verknüpfung des Geschäftsbesorgungsbegriffs des Art. 653 CC mit der Vertretungsmacht.

Durch den Geschäftsbesorgungsvertrag (*contrato de mandato*)[434] wird nach Art. 653 CC dem Beauftragten vom Geschäftsherrn die Befugnis eingeräumt, in dessen Namen Handlungen vorzunehmen oder Interessen zu verwalten. Die Geschäftsbesorgung kann entgeltlich oder unentgeltlich vereinbart werden, gemäß Art. 658 CC. Dieser gesetzliche Begriff vermeidet einerseits die schwierige Abgrenzung des deutschen Rechts zwischen dem unentgeltlichen

[433] Siehe ausführlich dazu: *Muther*, Sequestration und Arrest im römischen Recht, S. 35 ff. Vgl. auch: *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 610; *Arangio-Ruiz*, Istituzioni di diritto romano, S. 311.

[434] Da der *contrato de mandato* des brasilianischen Rechts dem Auftrag und der Geschäftsbesorgung des deutschen Rechts nicht deckungsgleich ist, wird der *contrato de mandato* aus Übersetzungsgründen in dieser Arbeit schlicht „Geschäftsbesorgung“ genannt.

Auftrag und der entgeltlichen Geschäftsbesorgung, bringt aber andererseits die Frage der notwendigen Verbindung mit der Vertretungsmacht mit sich („in dessen Namen"-Formulierung). Art. 653 CC lautet:

> Eine Geschäftsbesorgung liegt vor, wenn jemand von einer anderen Person Befugnisse empfängt, in dessen Namen Handlungen vorzunehmen oder Interessen zu verwalten. Die [*Procuração*] ist das Instrument der Geschäftsbesorgung. [freie Übersetzung]

Anhand dieses Begriffes sieht ein Teil der Lehre die Einräumung der Vertretungsmacht als notwendigen Bestandteil der Geschäftsbesorgung an.[435] Geschäftsbesorgung ohne Vertretungsmacht wäre aufgrund der Vertragsfreiheit nicht ausgeschlossen, dann aber anderweitig zu qualifizieren.[436] Andere Autoren weisen auf die Unterscheidung vom Geschäftsbesorgungsvertrag und Einräumung von Vertretungsmacht hin, und schließen daraus, dass Geschäftsbesorgungen ohne Gewährung von Vertretungsmacht möglich sind.[437] Die Komplikationen rund um die Anknüpfung der Geschäftsbesorgung an die Vertretungsmacht ergibt sich aus der verschachtelten Formulierung des Art. 653 CC und kann nur aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte und der systematischen Stellung der Geschäftsbesorgung erklärt werden.

Der erste Gesetzentwurf des alten Código Civil von 1916 hat die Geschäftsbesorgung offensichtlich für die Bestellung eines rechtsgeschäftlichen Vertreters gemeint. So stand es in dem ursprünglichen Entwurf (*projeto primitivo*) des Gesetzesverfassers, *Clóvis Bevilaqua*, der dem Bundestag vorgelegt wurde:[438]

> Die Geschäftsbesorgung kommt zustande, wenn jemand einen anderen als Vertreter bestellt und ihm Befugnisse für die Durchführung einer oder mehrerer Handlungen einräumt. [freie Übersetzung]

Während der Debatten in der Kommission (*comissão revisora*) wurde der Text angepasst und letztendlich mit der folgenden Formulierung dem Bundestag vorgelegt (*projeto*

---

[435] Vgl. bspw. Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 25 f.; *Rodrigues*, Curso de direito civil, Bd. 3, S. 283 f.; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 282.

[436] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 282 (der Sachverhalt stelle einen Dienstvertrag dar); Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 41 f. (Handeln im eigenen Namen ändert die Rechtsnatur des Vertrags).

[437] Vgl. bspw. Reale/Martins-Costa/*Assis*, Contratos nominados, S. 26 f.; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 61 f.; *Sandoval* in: Netto/Mendes/Martins Filho, O novo código civil, S. 607 f.; *Gomes*, Contratos, S. 424.

[438] Codigo civil brasileiro, trabalhos relativos à sua elaboração, Bd. I, S. 260, Art. 1442. Im Original: „*Tem logar o mandato, quando alguem institue outrem seu representante, conferindo-lhe poderes para que execute um acto ou uma serie de actos jurídicos*".

revisto):[439]

> Die Geschäftsbesorgung kommt zustande, wenn jemand einem anderen Befugnisse einräumt, um in dessen Namen eine oder mehrere Handlungen vorzunehmen oder ein oder mehrere Geschäfte zu verwalten. Die [*Procuração*] ist das Instrument der Geschäftsbesorgung. [freie Übersetzung]

In den Diskussionen im Bundestag wurde im Bericht des Mitglieds des Anwaltsinstituts, Dr. Solidônio Leite, die Anknüpfung an die Vertretungsmacht für ungeeignet erachtet und ein Änderungsvorschlag (*emenda*) zum Ausschluss des „in dessen Namen"-Ausdrucks vorgelegt.[440] Dieser wurde aber im Bundestag abgelehnt. Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens sind Textänderungen eingeführt worden, der Grundgehalt der Vorschrift aber ist erhalten geblieben. In der Endfassung des CC1916 bekam die Vorschrift den gleichen Text wie im heutigen Art. 653 CC und wurde mit der Nummer 1.288 beschriftet. Das CC1916 enthielt keine allgemeinen Vorschriften über die Vertretungsmacht, die verstreut in den Vorschriften des besonderen Teils des Gesetzbuches geregelt war; dort hauptsächlich im Kapitel der Geschäftsbesorgung.

Während der Geltungszeit des CC1916 haben sich Stimmen in der Literatur erhoben, welche die Trennung von Vertretungsmacht und Geschäftsbesorgung für unentbehrlich hielten und die Geschäftsbesorgung ohne Vertretungsmacht als zulässig ansahen.[441] Die herrschende Lehre hingegen sah die Vertretungsmacht als unabdingbarer Bestandteil der Geschäftsbesorgung an.[442]

Die Diskussion hat sich in den 70er mit der Beauftragung der Reale-Kommission zur Vorbereitung des derzeitigen Gesetzbuches erneuert. Der 1975 dem Bundestag vorgelegte Gesetzentwurf enthielt eine dem Art. 1.288 CC1916 identische Vorschrift. Aber im Gegensatz zum CC1916 schloss der Gesetzentwurf im Allgemeinen Teil sechs Artikel (aktuelle Arts. 115-120 CC) die Vertretungsmacht betreffend als ein von der Geschäftsbesorgung getrenntes Rechtsinstitut ein. Während der Beratungen im Bundestag wurde die Ankopplung der Vertretungsmacht an die Geschäftsbesorgung mindestens drei Mal infrage gestellt, und zwar in den Konferenzen von Kommissionsmitgliedern Miguel Reale am 5.8.1975, Moreira Alves am

---

[439] Codigo civil brasileiro, trabalhos relativos à sua elaboração, Bd. I, S. 843, Art. 1506. Im Original: „*Tem logar o mandato, quando alguem confere a outrem poderes para que, em seu nome, pratique um ou mais actos ou administre um ou mais negocios. A procuração é o instrumento do mandato*".

[440] Codigo civil brasileiro, trabalhos relativos à sua elaboração, Bd. II, S. 501 f.

[441] Bspw. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 61 f.; *Gomes*, Contratos (1986), S. 387 f.

[442] Bspw. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 507; *De Plácido e Silva*, Tratado do mandato, Bd. I, Rn. 10; *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 108 ff.

19.8.1975 und Agostinho Alvim am 6.11.1975.[443] Bei all diesen Gelegenheiten haben die Mitglieder der Kommission die Koppelung verteidigt, weil sie „dem Wesen" der Geschäftsbesorgung angehören würden[444] oder weil die Geschäftsbesorgung eine Konkretisierung der Vertretungsmacht wäre[445]. Am deutlichsten kann die Entscheidung des Gesetzgebers für die zwingende Verknüpfung durch Agostinho Alvim erkannt werden:[446]

> Die Geschäftsbesorgung ohne Vertretungsmacht ist ein atypischer Vertrag in unserem Recht. Der [Geschäftsbesorgungs-] Vertrag ohne Vertretungsmacht kann vorkommen. In der Tat ist es bei uns sehr üblich. (…) Aber das Kommissionsgeschäft beschränkt sich auf den Kauf. Der Gesetzentwurf regelt also den auf den Kauf beschränkten Kommissionsvertrag, aber lässt selbstverständlich eine Geschäftsbesorgung ohne Vertretungsmacht als Innominatvertrag für andere Ziele zu. [freie Übersetzung]

Im Gesetzgebungsverfahren wollte das Parlamentsmitglied Fernando Coelho im Änderungsvorschlag Nr. 457 die Ankopplung der Vertretungsmacht auflösen, aber sein Änderungsvorschlag hat nur das Herausstreichen des letzten Teils der Vorschrift („Die [Procuração] ist das Instrument der Geschäftsbesorgung") angestrebt, während die „in dessen Namen"-Formulierung erhalten blieb. Der Änderungsvorschlag wurde abgelehnt und die Bestimmung wurde unverändert als Art. 653 in die endgültige Fassung der CC übernommen.

Aus der Gesetzgebungsgeschichte tritt also deutlich die klare Absicht des Gesetzgebers hervor, die Einräumung der Vertretungsmacht als Begriffsmerkmal der Geschäftsbesorgung zu gestalten. Angesichts solcher Überlegungen scheint jeglicher Versuch, die Geschäftsbesorgung ohne Vertretungsmacht zuzulassen, *contra legem*. Trotz dieses eindeutigen gesetzgeberischen Befunds streitet die Rechtslehre auch nach dem Código Civil von 2002 über die Möglichkeit der Geschäftsbesorgung ohne Vertretungsmacht.[447]

Zu betonen ist die Einigkeit unter den Kommissionsmitgliedern, dass Geschäftsbesorgung und Vertretungsmacht unterschiedlich sind, was sich eindeutig im Erlass von Artikeln 115-120 über die Vertretungsmacht im Allgemeinen Teil des neuen Gesetzbuches zeigt.[448]

---

[443] Vgl. *Mascarenhas Menck*, Código civil brasileiro no debate parlamentar, S. 111 f., 117, 418, 995 f.
[444] Vgl. *Mascarenhas Menck*, Código civil brasileiro no debate parlamentar, S. 418 (Konferenz von Moreira Alves).
[445] Vgl. *Mascarenhas Menck*, Código civil brasileiro no debate parlamentar, S. 117 (Konferenz von Miguel Reale).
[446] Vgl. *Mascarenhas Menck*, Código civil brasileiro no debate parlamentar, S. 996 (im Original: „*o mandato sem representação é um contrato atípico entre nós. Pode haver o contrato sem representação. Aliás, é comuníssimo, entre nós (...) Mas a comissão propriamente é restrita à compra e venda. De modo que o Projeto regulou o contrato de comissão, restrito à compra e venda, mas permitindo sempre um mandato sem representação para outros efeitos, como contrato inominado*").
[447] Siehe oben Fn. 437.
[448] Siehe die Vorträge von Miguel Reale und Moreira Alves in *Mascarenhas Menck*, Código civil brasileiro no debate parlamentar, S. 117, 418.

Trotzdem geht das Gesetz davon aus, dass die Geschäftsbesorgung zwangsläufig die Vertretungsmacht mit sich bringt, was nicht ausschließt, dass auch in anderen Konstellationen die Vertretungsmacht auftaucht.

Nichtsdestotrotz kann nicht geleugnet werden, dass das Kapitel der Geschäftsbesorgung die einzige Stelle im *Código Civil* ist, wo die Vertretungsmacht ausführliche Regelung trifft. Arts. 654, 655, 661, 662, 663, 665, 667, 672, 673 und 679 CC sind Beispiele von Vorschriften der Geschäftsbesorgung, die sich in der Tat auf die Vertretungsmacht beziehen. Selbst die Regeln der Vertretungsmacht des Allgemeinen Teils sind nicht so detailliert, wie diejenigen im Kapitel der Geschäftsbesorgung. Deswegen verweist Art. 120 CC auf die Vorschriften des Besonderen Teils, was die Voraussetzungen und Wirkungen rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht angeht. Einige weitere Vorschriften in den Kapiteln des Besonderen Teils über andere Vertragstypen erwähnen zwar die Möglichkeit, die Vertretungsmacht zu gewähren, wie Arts. 710, Einzelparagraf, und 761 CC. Jedoch enthalten solche Vorschriften keine materielle Regelung zur Vertretungsmacht, sondern nur einen bloßen Verweis auf an anderer Stelle zu findende Regeln.

Auf der Kehrseite beinhaltet das Kapitel des Besonderen Teils über die Geschäftsbesorgung auch Vorschriften, die nicht die Vertretungsmacht nach außen, sondern das Innenverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Geschäftsherrn regeln, bspw. Arts. 658, 659, 664, 668, 669, 670, 671, 676, 677, 678 und 681 CC. Das heißt, die Regelung der Geschäftsbesorgung im Código Civil ist eine Zusammenstellung von Regeln der Vertretungsmacht und Regeln der Vornahme von Handlungen bzw. Verwaltung von Fremdinteressen für den Geschäftsherrn.

Im Ergebnis: Die typische Geschäftsbesorgung ist der Vertrag, in dem sich der Beauftragte zur Vornahme von Handlungen oder zur Verwaltung fremder Interessen für den Geschäftsherrn verpflichtet, und vom Geschäftsherrn die Vertretungsmacht für die Durchführung solcher Verpflichtungen bekommt. Dann sind die Vorschriften der Geschäftsbesorgung direkt anwendbar sodass bei Lücken die Vorschriften des Allgemeinen Teils über die Vertretungsmacht zur Anwendung kommen.[449]

[449] Nicht hier muss die Frage der Erteilung der Vollmacht zu einem künftigen Zeitpunkt untersucht werden. Wenn die Erteilung der Vertretungsmacht notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen der Geschäftsbesorgung wäre, so gäbe es gute Gründe für die Qualifizierung des Sachverhalts als Vorvertrag. Wenn sich umgekehrt der gesetzliche Typus der Geschäftsbesorgung mit der Verpflichtung zur Erteilung der Vertretungsmacht begnügt, könnte bereits vor dem Verfügungsgeschäft für Erteilung der Vertretungsmacht eine Geschäftsbesorgung vorliegen. Nichts davon berührt aber die Schlussfolgerungen dieser Arbeit, denn das Escrow-Agreement ist jedenfalls nicht mit Vertretungsmacht verbunden. Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage kann dahinstehen.

Verpflichtet sich der Beauftragte nur zur Handlungsvornahme oder zur Interessenverwaltung ohne Vertretungsmacht, so handelt es sich nicht um eine Geschäftsbesorgung, sondern um einen atypischen Vertrag. Dieser richtet sich in erster Linie nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts und infolge der augenscheinlichen Ähnlichkeit des Sachverhalts auch nach den Vorschriften des Innenverhältnisses der Geschäftsbesorgung analog. Nicht zu folgen ist der Meinung, nach der die Geschäftsbesorgung ohne Vertretungsmacht als Dienstvertrag zu qualifizieren wäre. Der Dienstverpflichtete erbringt an den Dienstberechtigten eine materielle Arbeit, während der Beauftragte für den Geschäftsherrn nur gewisse Handlungen vornimmt oder Interessen verwaltet. Die Substanz der Tätigkeiten ist also verschieden.[450] Ferner entsteht bei der Geschäftsbesorgung ein Substitutionsverhältnis, d. h., der Beauftragte tritt in die Stellung des Geschäftsherrn ein und führt Handlungen,[451] als ginge es um seine eigene Angelegenheit, was beim Dienstvertrag nicht der Fall ist.

Die Hauptpflicht des Escrow-Agenten ist die Wahrnehmung der gegenläufigen Interessen der Hauptparteien. Eine Vertretungsmacht des Beauftragten für die Durchführung dieser Tätigkeit ist entbehrlich und fehlt beim Escrow-Agreement völlig.[452] Dementsprechend kann es nicht als Geschäftsbesorgung qualifiziert werden. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung ist geringer als es scheint, weil die Vorschriften des Innenverhältnisses der Geschäftsbesorgung jedenfalls weitestgehend analog zur Anwendung kommen.

II.4.2.1.4. Sicherungsübereignung und -abtretung

Da in einem Vollrecht-Escrow das Eigentum einer Sache oder die Inhaberschaft einer Forderung dem Escrow-Agenten für die Besicherung der anderen Hautpartei (oder die Besicherung beider Hauptparteien in einem multidirektionalen Escrow-Agreement) übertragen werden kann, könnte man darin irrigerweise einen Berührungspunkt zur Sicherungsübereignung (*alienação fiduciária em garantia*) oder Sicherungsabtretung (*cessão fiduciária de créditos*) sehen. Aufgrund des Erfüllungszwecks des Escrow-Agreements sind die Konstellationen jedoch zu trennen.

Die Sicherungsübereignung ist ein Rechtsgeschäft, welches das Sicherungseigentum

[450] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Assis*, Contratos nominados, S. 31 f.; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 59.
[451] Vgl. *De Plácido e Silva*, Tratado do mandato, Bd. I, Rn. 13.
[452] Nicht mit dem Fall zu verwechseln ist es, dass der Escrow-Agent (bspw. die Bank) eine Vollmacht für den Vollzug gewisser Anlagen (z. B. in einen Investmentfonds) mit dem Escrow-Gegenstand bekommt. In diesem Fall gäbe es eine typische Geschäftsbesorgung nur in Bezug auf die Anlagen, nicht aber in Hinsicht auf den Ausgleich widerstreitender Interessen der Hauptparteien.

(*propriedade fiduciária*) an einer Sache für den Sicherungsgläubiger begründet.[453] Wenn der Sicherungszweck entfällt, etwa weil die Forderung getilgt wird, fällt das Volleigentum an den Sicherungsgeber zurück. Anderenfalls darf der Sicherungsgläubiger die Sache verwerten und sich aus dem Erlös befriedigen (Art. 1.364 CC).[454] Im Regelfall bleibt der Sicherungsgeber im unmittelbaren Besitz, während der Sicherungsnehmer zu mittelbarem Besitzer wird. Das Sicherungseigentum ist in Brasilien eine gesetzestypische Sonderart des auflösend bedingten Eigentums (*propriedade resolúvel*) und ist im Allgemeinen in Arts. 1.361 ff. CC (unvertretbare bewegliche Sachen) und Art. 22 ff. vom Gesetz 9.514/95 (unbewegliche Sachen) geregelt. Je nach Art der Sache greifen Vorschriften von Sondergesetzen ein.[455] Das Sicherungseigentum unterscheidet sich vom allgemeineren auflösend bedingten Eigentum dadurch, dass es ausschließlich für Sicherungszwecke verwendet werden darf.

Durch die Sicherungsabtretung einer Forderung erlangt der Fiduziar volle Inhaberschaft der Forderung. Falls der Fiduziant seine Schuld nicht vertragsgemäß tilgt, darf der Fiduziar die Forderung einziehen, um sich zu befriedigen.[456] Auch die Sicherungsabtretung von bestimmten Forderungsarten ist in Sondergesetzen geregelt.[457]

Die Sachverhalte oben sind freilich nicht mit dem Vollrecht-Escrow zu verwechseln. Die Sicherungsübereignung bzw. -abtretung geht mit der vorrangigen Verwertung des Sicherungsguts, das heißt, mit dem Tausch des Sicherungsguts in Geld einher. Der Wert des Sicherungsguts – und nicht der Gegenstand in sich selbst – sichert die Liquidität innerhalb der Transaktion. Bei der Sicherungsübereignung von unbeweglichen Sachen kann der Fiduziar nach Art. 27, §§ 5°, 6°-A, vom Gesetz 9.514/97 nur bei gescheitertem Verkauf des Sicherungsguts die Sache behalten und ihren Wert mit der Schuld aufrechnen. Im Escrow-Agreement passiert das Gegenteil: Der konkrete Escrow-Gegenstand dient vorrangig der Befriedigung des Gläubigers, nicht der Verwertung der Sache. Aufgrund der Identität des Escrow-Gegenstands mit dem Gegenstand des Hauptgeschäfts reicht die Abgabe an den Berechtigten. Verpflichtet sich der Escrow-Agent zur Verwertung des Escrow-Gegenstands, handelt es sich nicht mehr um ein Escrow-Agreement.

---

[453] Vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, Rn. 6.
[454] Vgl. *Fiuza*, Alienação fiduciária em garantia, S. 43 f.; *Wald*, RDI 51, 253 (259).
[455] Bspw. Sicherungseigentum über Aktien (Gesetz Nr. 6.404/76) und über Flugzeuge und Schiffe (Gesetz-Verordnung Nr. 413/69, Gesetz Nr. 7.565/86 und Gesetz Nr. 7.652/88).
[456] Vgl. *Fiuza*, Alienação fiduciária em garantia, S. 18 f.
[457] Bspw. Sicherungsabtretung von Forderungen zur Förderung von Bauunternehmungen (Gesetz Nr. 4.864/65 und Gesetz-Verordnung Nr. 70/66).

II.4.2.2. Escrow-Agreement als fiduziarisches Geschäft

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt das Escrow-Agreement eine besondere Art des fiduziarischen Geschäfts und einen atypischen Vertrag dar. Dafür muss eine neue Betrachtungsweise des fiduziarischen Geschäfts im brasilianischen Recht unternommen werden. Im Anschluss dazu sind mithilfe der Atypizitätslehre die sachgerechten anwendbaren Gesetzesvorschriften zu bestimmen.

II.4.2.2.1. Zuordnung zu den fiduziarischen Geschäften

Die fiduziarischen Geschäfte werden in der brasilianischen Rechtslehre regelmäßig im Kontext des Sicherungseigentums (*propriedade fiduciária*) angesprochen und als Unterfall der römischen Fiducia – als gegensätzliche Erscheinung zur germanischen – erörtert. Dadurch wird der Blick auf das Außenverhältnis des fiduziarischen Geschäfts verleitet, während das Innenverhältnis zu wenig Beachtung findet. Um die hier vorgeschlagene Einordnung des Escrow-Agreements zu rechtfertigen, muss zunächst die Rechtsnatur des Innenverhältnisses fiduziarischer Geschäfte erläutert und danach die Figur der doppelfiduziarischen Geschäfte erklärt werden.

II.4.2.2.1.1. Rechtliche Einordnung fiduziarischer Geschäfte

a) Würdigung bisheriger Einordnungen

Das fiduziarische Geschäft als solches ist im brasilianischen Recht nicht geregelt. Es herrscht dennoch relativ weitgehende Einigkeit, dass das fiduziarische Geschäft einen allgemeinen Rechtsbegriff darstellt, welcher gewisse nicht gesetzlich geregelte Konstellationen umfasst, wie der Kauf für Sicherungszwecke, das Inkassoindossament und der Kauf für verwaltungs- oder Aufbewahrungszwecke.[458] Ob auch gesetzestypische Sachverhalte, wie die Sicherungsübereignung (*alienação fiduciária em garantia*) und das Fideikommiss (*fideicomisso*), fiduziarische Geschäfte darstellen, ist umstritten.[459]

Die Begriffsbestimmung des fiduziarischen Geschäfts erfolgt in der Rechtslehre trotz einiger Variationen weitgehend einheitlich. Aus den geläufigen Definitionen können hauptsächlich fünf Merkmale abgeleitet werden.

---

[458] Siehe Beispiele in *Marino*, RTDC 20, 35 (57 ff.) und in *Fiuza*, Alienação fiduciária em garantia, S. 17 ff. Die notwendige Atypizität fiduziarischer Geschäfte auch bejahend: *Restiffe Neto/Restiffe*, Garantia fiduciária, S. 48 f.
[459] Siehe unten Fn. 478 und 479.

Erstens wäre im fiduziarischen Geschäft stets ein dingliches Moment gegeben. Dieser wäre meistens die Übertragung des Eigentums an den Fiduziar, aber könnte auch die Übertragung der Inhaberschaft eines anderen Rechts an den Fiduziar sein.[460] Weitere Vermögenszuwendungen sind auch denkbar, wie die Übernahme einer Schuld durch den Fiduzianten, die Übertragung des Besitzes oder die Erteilung einer Vollmacht für eigene Angelegenheiten des Fiduziars (*procuração em causa própria*).[461]

Zweitens wäre auch ein obligatorisches Moment in jedem fiduziarischen Geschäft anzusehen, welches die Wirkungen der dinglichen Vermögenszuwendung teilweise neutralisieren. Dieses zeichne sich durch die Verpflichtung des Fiduziars aus, die ihm anvertrauten Güter nur für bestimmte Zwecke zu verwenden und, bei Erreichung eines solchen Zwecks, die Güter dem Fiduzianten zurückzugewähren.[462] Folglich hätte der Fiduziar lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch aus Pflichtverletzung gegen den Fiduziar, falls das Gut ihm nicht zurückgegeben wird.[463] Als eine Variante hierzu nimmt *Marino* an, das fiduziarisch übertragene Gut müsste nicht unbedingt zurückgegeben, sondern kann auch an einen Dritten weitergegeben werden.[464] Zu Recht weist *Marino* darauf hin, dass das die Vermögenszuwendung herbeiführende Verfügungsgeschäft und das schuldrechtliche Geschäft in einer besonderen Art der

---

[460] Vgl. *Lima*, Negócio fiduciário, S. 187 f.; *Alves*, Alienação fiduciária em garantia, S. 31; *Fiuza*, Alienação fiduciária em garantia, S. 15; *Guedes/Terra* in: Guedes/Moraes/Meireles, Direito das garantias, S. 217; *Azevedo*, Novos estudos e pareceres, S. 111; *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 38); *Restiffe Neto/Restiffe*, Garantia fiduciária, S. 31; *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 19; *Tepedino/Oliva*, RDCC 21, 207 (217 f.); *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 308; *Bessone*, Do contrato, Rn. 31; *Chalhub*, Alienação fiduciária, S. 33 (erwähnt nur Eigentum); *Ascarelli*, Negócio jurídico indirecto, S. 13 (erwähnt nur Eigentum); *Buzaid*, Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, § 2 (erwähnt nur Eigentum); *Conti*, Garantias fiduciárias, S. 37 (erwähnt dingliche Rechte); *Dinamarco*, RDI 51, 235 (237) (erwähnt nur Eigentum); *Ubaldino Miranda*, RDCiv 29, 81 (Kap. IV) (erwähnt nur Eigentum).

[461] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 179; *Marino*, RTDC 20, 35 (38 f.); *Alves*, Alienação fiduciária em garantia, S. 27, 31 (Besitzübertragung).

[462] Vgl. STJ, REsp 57.991/SP, Tenor Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 19.08.1997; STJ, REsp 155.242/RJ, Tenor Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 15.02.1999; *Buzaid*, Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, § 23; *Fiuza*, Alienação fiduciária em garantia, S. 15; *Guedes/Terra* in: Guedes/Moraes/Meireles, Direito das garantias, S. 217 f.; *Azevedo*, Novos estudos e pareceres, S. 111; *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 38 f.); *Restiffe Neto/Restiffe*, Garantia fiduciária, S. 31; *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 18; *Tepedino/Oliva*, RDCC 21, 207 (218); *Ascarelli*, Negócio jurídico indirecto, S. 13; *Chalhub*, Alienação fiduciária, S. 33; *Conti*, Garantias fiduciárias, S. 37; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 308; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 177; *Bessone*, Do contrato, Rn. 31; *Dinamarco*, RDI 51, 235 (237); *Ubaldino Miranda*, RDCiv 29, 81 (Kap. IV). Ähnlich: *Alves*, Alienação fiduciária em garantia, S. 31. Das Zusammenspiel zweier Geschäfte, eines translatorisch und eines schuldrechtlich, wurde auch durch *Orlando Gomes* betont, vgl. *Gomes*, Alienação fiduciária em garantia, § 22.

[463] Vgl. *Lima*, Negócio fiduciário, S. 189 ff. Der Schadensersatzanspruch schließt die Vollstreckung in das Fiduziargut selbstverständlich nicht aus, wenn ein Herausgabeanspruch besteht (vgl. *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 15).

[464] Vgl. *Marino*, RTDC 20, 35 (39).

Vertragsverbindung stehen.[465]

Drittens setze das fiduziarische Geschäft die zeitliche Begrenzung der Vermögenszuwendung voraus, weil das anvertraute Gut zurückzugeben wäre.[466] Gelegentlich wird auf den Eintritt einer Bedingung hingewiesen, um den Zeitpunkt der Rückgabe zu präzisieren.[467] Jedenfalls dürfte das Gut definitiv nicht im Vermögen des Fiduziars bleiben, weil das Geschäft nicht auf die Vermögensvermehrung des Fiduziars abzielt.[468]

Viertens ergebe sich aus den vorigen Merkmalen, dass der Fiduziar mehr Macht nach Außen hat, als er nach der Absprache mit dem Fiduzianten nach Innen ausüben darf. Die dinglichen Wirkungen der Vermögenszuwendung gewähren dem Fiduziar die Möglichkeit, das fiduziarische Gut für irgendwelchen Zweck zu nutzen, nicht nur für den gewollten Zweck. Diese Befähigung wird auch die Inkongruenz zwischen Zweck und Mittel genannt.[469]

Fünftens wäre für das fiduziarische Geschäft die Möglichkeit des Machtmissbrauchs durch den Fiduziar charakteristisch. Dies wäre eine Folge der uneingeschränkten Übertragung des Eigentums (oder eines sonstigen Rechts) mit rein schuldrechtlicher Bindung im Innenverhältnis. Der Fiduziar könnte sich das Fiduziargut in jeglicher Weise zunutze machen oder wirksam über das Fiduziargut verfügen, ohne dass der Fiduziant sich dagegen wehren könnte, ihm verbliebe real nur der Schadensersatzanspruch.[470]

Aus dieser Begriffslegung wird oft die Schlussfolgerung gezogen, dass nur die römische, nicht aber die germanische Fiducia ein fiduziarisches Geschäft darstelle. In der römischen Fiducia wurde das Eigentum uneingeschränkt durch einen eidesstaatlichen Akt (*mancipatio*

---

[465] Vgl. *Marino*, RTDC 20, 35 (52 ff.).

[466] Vgl. *Lima*, Negócio fiduciário, S. 170; *Azevedo*, Novos estudos e pareceres, S. 110 f.; *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 18; *Tepedino/Oliva*, RDCC 21, 207 (218).

[467] Vgl. *Alves*, Alienação fiduciária em garantia, S. 28.

[468] Vgl. *Lima*, Negócio fiduciário, S. 163; *Conti*, Garantias fiduciárias, S. 40.

[469] Vgl. *Buzaid*, Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, § 23; *Azevedo*, Novos estudos e pareceres, S. 110 f.; *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Fn. 70); *Chalhub*, Alienação fiduciária, S. 32 f.; *Conti*, Garantias fiduciárias, S. 40 ff.; *Ubaldino Miranda*, RDCiv 29, 81 (Kap. IV); *Bessone*, Do contrato, Rn. 31; *Marino*, RTDC 20, 35 (51) (Inkongruenz zwischen der typischen *causa* und des konkreten Zwecks des Geschäfts). Anders: *Lima*, Negócio fiduciário, S. 174 ff. (die Inkongruenz wäre ein gewöhnliches, aber kein notwendiges Merkmal); *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 12 ff. (keine Inkongruenz zwischen Mittel und Zweck); *Tepedino/Oliva*, RDCC 21, 207 (218 ff.) (keine Inkongruenz zwischen Mittel und Zweck).

[470] Vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 30 f.; *Lima*, Negócio fiduciário, S. 188; *Marino*, RTDC 20, 35 (51 f.); *Restiffe Neto/Restiffe*, Garantia fiduciária, S. 32 f.; *Chalhub*, Alienação fiduciária, S. 34 f.; *Conti*, Garantias fiduciárias, S. 43 f.; *Ubaldino Miranda*, RDCiv 29, 81 (Kap. IV); *Azevedo*, Novos estudos e pareceres, S. 114. Ähnlich: *Alves*, Alienação fiduciária em garantia, S. 37 f.; *Gomes*, Alienação fiduciária em garantia, § 20; *Bessone*, Do contrato, Rn. 31 (erwähnt nur das Vertrauen am Fiduziar). Nach der Gegenansicht wäre der Machtmissbrauch kein Merkmal fiduziarischer Geschäfte, denn diese zeichnen sich durch Inhaberschaft eines Rechts für fremde Rechnung aus: *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 15 ff.; *Tepedino/Oliva*, RDCC 21, 207 (218 ff.).

oder *in jure cessio*) auf den Fiduziar übertragen. Neben diesem Akt bestand eine Abrede (*pactum conventum*), die die Verpflichtung enthielt, das Gut nach Erreichen eines bestimmten Zwecks rückzuübertragen.[471] Da der Fiduziar die Volleigentümerstellung hatte, konnte er alle mit dem Eigentum verbundenen Befugnisse ausüben.[472] Der Fiduziant musste in die Person des Fiduziars vertrauen, dass er die in der Nebenabrede festgelegten Zwecke nicht überschreiten würde. Ein Verstoß gegen die Nebenabrede zog nur persönliche Haftung des Fiduziars nach sich.[473] In der germanischen Fiducia hingegen wurde das Eigentum zwar auf den Fiduziar übertragen, jedoch an eine auflösende Bedingung geknüpft, was bei Bedingungseintritt den Rückgang des Eigentums an den Fiduzianten veranlasste.[474] Das auflösend bedingte Eigentum hatte *erga omnes* Wirkung[475] und etwaige Verfügungen durch den Fiduziar im Verstoß gegen diese Bedingung waren unwirksam.[476] Da der Fiduziant in dieser letzten Konstellation aufgrund der dinglichen Wirkung der Einschränkung zum Eigentumsrecht nicht völlig vom Vertrauen auf den Fiduziar abhing, versteht ein Teil der Literatur, dass die germanische Fiducia kein fiduziarisches Geschäft wäre. Die Missbrauchsmöglichkeit wäre also dem fiduziarischen Geschäft inhärent.[477]

Ein erheblicher Teil des Schrifttums begreift das fiduziarische Geschäft dementsprechend als atypisches Geschäft, weil der Fiduziant beim Vorliegen einer spezifischen Gesetzesregelung auf die Rechtsmittel des Gesetzes zurückgreifen könnte. Das Vertrauen in der Person des Fiduziars wäre nicht nötig oder überflüssig.[478] Andere Stimmen sehen hingegen das fiduziarische Geschäft als einen Oberbegriff für typische und atypische Erscheinungsformen an,[479] wie die Sicherungsübereignung und das Inkassoindossament. Eine dritte Meinungsrichtung unterscheidet zwischen den echten und den unechten fiduziarischen Geschäften. Die ersteren

---

[471] Vgl. *Chalhub* Alienação fiduciária, S. 10 f.
[472] Vgl. *Gomes*, Alienação fiduciária em garantia, S. 50.
[473] Vgl. *Gomes*, Alienação fiduciária em garantia, S. 50 f.
[474] Vgl. *Ubaldino Miranda*, RDCiv 29, 81 (Kap. II).
[475] Vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 31.
[476] Vgl. *Chalhub* Alienação fiduciária, S. 14.
[477] Vgl. m. w. N. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 31 f.; *Marino*, RTDC 2004, 35 (52); *Conti*, Garantias fiduciárias, S. 45.
[478] Vgl. *Marino*, RTDC 20, 35 (57 f.); P*ontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 179; *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 32*; Conti*, Garantias fiduciárias, S. 45; *Lima*, Negócio fiduciário, S. 173 f.
[479] Vgl. *Buzaid*, Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, § 2; *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 36); *Tepedino/Oliva*, RDCC 21, 207 (209); *Guedes/Terra* in: Guedes/Moraes/Meireles, Direito das garantias, S. 217 (insb. Fn. 8); *Gomes*, Alienação fiduciária em garantia, § 28 (Sicherungsübereignung als Unterfall fiduziarischer Geschäfte); *Fiuza*, Alienação fiduciária em garantia, S. 16 (Sicherungsübereignung wäre trotz Typisierung immer noch ein fiduziarisches Geschäft, weil das Vertrauen in dieser Konstellation nicht vollkommen beseitigt worden wäre).

wären atypische, durch Übertragung des Eigentums für untypische Zwecke und somit durch Vertrauen geprägte Sachverhalte, während die Gefahr des Machtmissbrauchs bei den letzteren aufgrund gesetzlicher Typisierung nicht bestünde.[480]

Was die Struktur angeht, streiten die bedeutendsten Theorien, ob sich das fiduziarische Geschäft aus zwei getrennten Geschäften zusammensetzt (sog. dualistische Theorie) oder ein einzelnes Geschäft darstellt (monistische Theorie).[481] Für die dualistische Theorie gäbe es neben dem dinglichen Vertrag, vermöge dessen das Eigentum oder Rechtsinhaberschaft an den Fiduziar übertragen wird, einem schuldrechtlichen Vertrag, durch den sich die Parteien über den Zweck solcher Übertragung und Rückgabe des Fiduziarguts einigen.[482] Für die monistische wären beide solcher Wirkungen auf einen einzigen Vertrag zurückzuführen.[483]

Diese gängigen Überlegungen zum fiduziarischen Rechtsgeschäft stehen ganz überwiegend in einleitenden Kapiteln von Werken über Sicherungseigentum (*propriedade fiduciária*) oder über Sicherungsübereignung (*alienação fiduciária em garantia*). Diese Einleitungen dienen dann als Erklärung für die Zuordnung (oder Nichtzuordnung) der Sicherungsübereignung (also, des als Rechtsgrund für die Begründung des Sicherungseigentums fungierenden Rechtsgeschäfts)[484] zu den fiduziarischen Rechtsgeschäften. Im weiteren Verlauf beziehen sich solche Lehrwerke meistens auf die Sicherungsübereignung und sonstige Absicherungen, ohne dass tiefere Untersuchungen des fiduziarischen Geschäfts vorgenommen werden.

Dabei wird das ertragsreichste Feld der juristischen Forschung über fiduziarische Geschäfte, nämlich das Innenverhältnis des Fiduzianten zum Fiduziar, verpasst. Nicht viel wird gewonnen, indem man auf den Machtmissbrauch und auf die Typizität abstellt, denn daraus ergibt sich nur, dass der Fiduziant bei Machtmissbräuchen (eigentlich eine normale Pflichtverletzung) des Fiduziars einen Anspruch hat, welcher je nach der gesetzlichen Typisierung des fiduziarischen Geschöpfes schuldrechtlich oder dinglich sein kann.[485] Aufgrund der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einfügung einer Bedingung zu Verfügungsgeschäften nach Art. 126 CC

[480] Vgl. *Chalhub* Alienação fiduciária, S. 58.
[481] Eine ausführliche Darlegung der Theorien und ihrer Varianten hat *Orlando Gomes* unternommen (vgl. *Gomes*, Alienação fiduciária, Rn. 31-58), wobei der Autor die dualistische Theorie befürwortet (wie es eindeutig aus seinem Werk zum Allgemeinen Teil herauskommt: *Gomes*, Introdução ao direito civil, Rn. 208). Auch *Moreira Alves* erläutert die streitenden Theorien, ohne sich eindeutig für die eine oder die andere zu äußern (vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, Rn. 5).
[482] Vgl. *Marino*, RTDC 2004, 35 (52) (mit Betonung der Vertragsverbindung zwischen beiden Geschäften).
[483] Vgl. *Chalhub* Alienação fiduciária, S. 38 ff.
[484] Vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, Rn. 6.
[485] Nicht zu unterschätzen ist auch die in den Lehrwerken übliche Abgrenzung fiduziarischer Geschäfte von Scheingeschäften (*negócios simulados*) und indirekten Geschäften (*negócios indiretos*). Diese sind aber für diese Arbeit nicht von Belang und werden hier nicht vertieft.

könnten viele der dinglichen Wirkungen von typischen fiduziarischen Geschäften indes auch ohne solche Typisierung erreicht werden, und manche typischen Wirkungen sind andererseits ohnehin nur schuldrechtlich (bspw. die Karenzzeit des Art. 26, § 2°, Gesetz 9.514/97 ist schuldrechtlicher Natur und dispositiv).

Die Erforschung der fiduziarischen Geschäfte soll aber nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, sodass im Folgenden eher die systematische Stellung und das Innenverhältnis des fiduziarischen Geschäfts mit Blick auf die Rechtsanwendung untersucht werden. Denn diese wirken sich auf die Qualifizierung des Escrow-Agreements und folglich auf die Bestimmung der auf Escrow-Agreements anzuwendenden Vorschriften aus.

b) Eigener Ansatz

Ausgangspunkt für die Erkundung der Rechtsnatur fiduziarischer Geschäfte ist in Brasilien die relative Trennung von schuldrechtlicher und dinglicher Ebene. Das fiduziarische Geschäft setzt sich, wie oben angesprochen, meistens aus einem dinglichen und einem schuldrechtlichen Moment zusammen. Auf dinglicher Ebene wird dem Fiduziar ein Recht übertragen, was notwendigerweise mittels Verfügungsgeschäft erfolgt. Eventuell müssen weitere Verfügungsakte, wie Besitzübergabe oder Eintragung ins Grundbuch, vollzogen werden. Auf schuldrechtlicher Ebene kommt ein Verpflichtungsgeschäft zustande, dessen Ziel in der Bindung des Umgangs des Fiduziars mit dem Fiduziargut an bestimmte Zwecke besteht. Aufgrund der Kausalität des brasilianischen Systems ist die Verfügung stets an das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft geknüpft. Selbst wenn zwei separate Willenserklärungen nicht abgegeben werden müssen, sind zwei Geschäfte zwangsläufig anzuerkennen. Die Vermögenszuwendung kann logischerweise nicht Konsequenz des Verpflichtungs-, sondern nur des Verfügungsgeschäfts sein. Das schließt die monistische Theorie zwingend aus, weil die Trennung der Ebenen übersehen wird. Das fiduziarische Geschäft ist also ein Verbund von zwei Rechtsgeschäften. Die dualistische Theorie erscheint sachgerechter.

Wer mit dem Verweis auf typische Verträge die Rechtsmäßigkeit der Vermögenszuwendung in einem fiduziarischen Geschäft rechtfertigen will, verkennt, dass die Übertragung eines Rechtes im brasilianischen Recht keiner erschöpfenden Aufstellung von zulässigen Übertragungsgründen unterworfen ist. Es gibt kein *numerus clausus* an *causa* der Vermögenszuwendung, wohl aber der Zahl der dinglichen Rechte. Auch wenn die Sicherungsübereignung nicht in Brasilien besonders geregelt wäre, müsste man nicht dieses Konstrukt etwa mit Verweis auf einen Kauf (*compra e venda*) mit indirekten Zwecken aufbauen. Denn auch ein atypisches

Geschäft kann eine geeignete *causa* für die Vermögensverschiebung beinhalten. Am besten hat *Orlando Gomes* diese Besonderheit hervorgehoben.[486_487] Das Verpflichtungsgeschäft dient als *causa* der Vermögensverschiebung und *a fortiori* des Verfügungsgeschäfts (Verpflichtungs- und Erfüllungswille werden in einem System von relativer Trennung miterklärt!). Das Verfügungsgeschäft bleibt in einem fiduziarischen Konstrukt nicht ohne *causa*, weil die Sicherung einer Schuld, die Verwaltung eines Fiduziarguts, die Erfüllung einer Pflicht oder irgendwelcher andere Zweck des Verpflichtungsgeschäfts die Vermögenszuwendung und mithin die Verfügung rechtfertigt.

Diese Grundlage ermöglicht, den Blick auf die Pflichten des Fiduziars gegenüber dem Fiduzianten im Innenverhältnis, also im Verpflichtungsgeschäft zu werfen. Die Hauptpflicht des Fiduziars macht eigentlich die Wahrnehmung der Interessen des Fiduzianten aus, und zwar durch die Vornahme gewisser vom Fiduzianten angeordneten Handlungen mit dem Fiduziargut oder durch die Verwaltung mancher weit umrissenen Interessen des Fiduzianten in Bezug auf das Fiduziargut.

Unter diesem Blickwinkel schildern die oben angesprochenen Merkmale des fiduziarischen Geschäfts unterschiedliche Facetten desselben Phänomens, also der Verpflichtung zur Verwaltung fremder Interessen. Die schuldrechtliche Einschränkung der überschießenden Rechtsmacht (zweites und viertes Merkmal oben) bedeutet, dass der Fiduziar nicht beliebig mit dem Fiduziargut verfahren darf, weil der Fiduziant Interesse an eine bestimmte Vorgehensweise mit dem Fiduziargut hat. Wäre dem nicht so, würde er seine Macht grundlos einschränken, da eine Einschränkung der eigenen Macht wohl nicht im Eigeninteresse ist. Der Volleigentümer kann mit seinen Vermögenswerten grundsätzlich jedem Zweck nachgehen. Die Verpflichtung gegenüber dem Fiduzianten zur Verwendung des Fiduziarguts nur für bestimmte Zwecke erfolgt nicht im Eigen-, sondern im Fremdinteresse.[488] Ein Eigeninteresse des Fiduziars darf auch neben dem des Fiduzianten bestehen, wie es bei fiduziarischen Geschäften mit Sicherungszweck erfolgt. Selbst dann ist ein wahrzunehmendes Interesse des Fiduzianten involviert, da die Einräumung der Rechtsstellung an den Fiduziar unter der Voraussetzung erfolgt, dass er bei der Veräußerung des Sicherungsguts den bestmöglichen Gewinn erzielt. Die Verwaltung

[486] Vgl. *Gomes*, Alienação fiduciária, Rn. 58 (fiduziarisches Geschäft habe eine eigene causa und benötigt nicht, einer typischen Figur translatorischer Verträge oder von Realsicherheiten zugeordnet zu werden).
[487] Vgl. auch *Marino*, RTDC 2004, 35 (52 ff.). Es ist fraglich aber, ob in *Marinos* Beispiel eines Kaufs mit indirekten Sicherungszwecken eigentlich nicht eine Umqualifizierung des Sachverhalts als atypisch richtiger wäre. Denn der Kaufvertrag zielt auf eine definitive Übertragung des Eigentums ab.
[488] Vgl. *Buzaid*, Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, § 23.

oder Wahrnehmung fremder Interessen ist bei den fiduziarischen Geschäften also stets gegeben. Dass auch die Möglichkeit besteht, den Besitz zum Gegenstand eines fiduziarischen Geschäfts zu machten, sollte keine Schwierigkeiten bereiten. Auch mit dem bloßen Besitz kann der Fiduziar die Interessen des Fiduzianten wahrnehmen oder für andere Zwecke die Sache umleiten, ohne dass der Fiduziant dem widersprechen kann. Bspw. kann der Sachbesitz beim Fiduziar belassen werden, damit dieser beim Verkauf durch den Fiduzianten die Sache an den Käufer weiterleitet; da ein Mietvertrag das Eigentum an der Mietsache nicht voraussetzt, könnte er im Widerspruch zur Vereinbarung mit dem Fiduzianten die Sache wirksam vermieten. Als zwingendes Begriffsmerkmal jedoch ist die Rückgabe des Fiduziarguts nach Erreichung des beabsichtigten Zwecks ein Fehlschluss. Nicht jedes fiduziarisch übertragene Gut ist bestimmt, die Dauer des Treuhandverhältnisses zu überleben, da Sachen während der Interessenwahrnehmung verbraucht, ersetzt oder gehandelt werden können. Manche fiduziarischen Rechtsverhältnisse beabsichtigen sogar die Weitergabe des Fiduziarguts an einen Dritten anstatt Rückgabe.[489]

Angesichts dieser Begriffsklärung wundert *Espínolas* Versuch nicht, das Innenverhältnis fiduziarischer Geschäfte als Geschäftsbesorgung zu qualifizieren.[490] Denn die Verwaltung von Fremdinteressen bildet den wesentlichsten Teil jeder Geschäftsbesorgung. Doch reicht die Verpflichtung zur Verwaltung fremder Interessen nicht aus, um die Einordnung als Geschäftsbesorgung zu rechtfertigen, weil diese begriffsnotwendig nur dann vorliegt, wenn der Beauftragte zur Vertretung ermächtigt wird. Im Schrifttum haben sich Stimmen gegen die Auffassung *Espínolas* aus den falschen Gründen erhoben. Nach *Marino* würde diese Auffassung eine gewisse Zergliederung des Eigentumsrechts in materielles und formelles Eigentum herbeiführen.[491] Das ist jedoch nicht der Fall, Eigentümer ist ausschließlich der Fiduziar, sei es gegenüber dem Fiduzianten oder gegenüber allen anderen. Nur schuldrechtlich besteht die Verpflichtung zur Verwaltung fremder Interessen. Die Tatsache, dass der Fiduziar eigene Vermögenswerte für Rechnung eines anderen verwaltet, steht dem nicht entgegen. *Lima*[492], *Buzaid*[493], *Bessone*[494] und *Fiuza*[495] haben die Qualifizierung des Fiduziars (*Buzaid* zieht die Rechtsstellung des Sicherungseigentümers heran) als Beauftragten abgewiesen, weil eine doppelte Stellung – Vollrechtsinhaber und Beauftragte – nicht möglich wäre. Diesen vier Autoren ist die Auffassung

[489] Vgl. *Marino*, RTDC 20, 35 (39); *Gomes*, Alienação fiduciária, Rn. 16.
[490] Vgl. *Espínola*, Systema do direito civil, p. 545; *Espínola*, RT 184, 532 (535).
[491] Vgl. *Marino*, RTDC 2004, 35 (49 f.).
[492] Vgl. *Lima*, Negócio fiduciário, S. 167 f.
[493] Vgl. *Buzaid*, Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, § 23.
[494] Vgl. *Bessone*, Do contrato, Rn. 31
[495] Vgl. *Fiuza*, Alienação fiduciária em garantia, S. 14.

gemein, die Geschäftsbesorgung veranlasse keinen Erwerb der Vollrechtsstellung. Dabei wird allerdings missachtet, dass aufgrund der Atypizität der Erwerbsgründe auch die Verwaltung von fremden Interessen einen tauglichen Rechtsgrund für den Erwerb der Vollrechtsstellung darstellen kann. Ferner tritt aus der gesetzestypischen Umschreibung der Geschäftsbesorgung nicht hervor, dass der Eigentums- oder sonstiger Rechtserwerb inkompatibel mit dem Typus der Geschäftsbesorgung wäre. Schließlich bezieht sich die Verwaltung fremder Interessen nur auf das schuldrechtliche Innenverhältnis; nach außen tritt der Fiduziar nicht als bloßer Beauftragter auf, sondern als Vollrechtsinhaber. Infolgedessen treffen die Kritiken an die Qualifizierung als Geschäftsbesorgung nicht zu. Der eigentliche Grund, weswegen solche Qualifizierung scheitert, ist die Kopplung der Geschäftsbesorgung mit der Vertretungsmacht im Art. 653 CC, was bei fiduziarischen Geschäften gerade nicht passiert. Doch können die Vorschriften der Geschäftsbesorgung auf fiduziarische Geschäfte angewendet werden, wenn die Voraussetzungen für die Analogie erfüllt sind.

Nicht jede Verwaltung fremder Interessen stellt ein fiduziarisches Geschäft dar. Eine Interessenverwaltung kommt eigentlich in vielen Handlungen für fremde Rechnung ohne Vertretungsmacht vor, bspw. wenn der Schuldner einen Dritten mit einer Zahlung beauftragt. Das charakteristische Merkmal der fiduziarischen Geschäfte besteht darin, dass der Fiduziar solches Interesse anhand einer überschießenden Rechtsmacht verfolgt, meistens eines ihm gehörenden Fiduziarguts. Wenn diese Interessenverfolgung den Abschluss von Rechtsgeschäften über das Fiduziargut einschließt, liegt eine mittelbare Stellvertretung vor (*representação indireta*) m. a. W. der mittelbare stellvertretende Fiduziar erwirbt Rechte im eigenen Namen, also auf dinglicher Ebene, und gibt sie dem vertretenen Fiduzianten weiter (*interposição real*). Die mittelbare Stellvertretung bezeichnet die Situation, dass der Stellvertreter im eigenen Namen aber für fremde Rechnung Handlungen vornimmt oder Geschäfte abschließt.[496] Es kommt keine direkte Rechtsbeziehung zwischen dem Vertretenen und dem Geschäftspartner des Vertreters zustande.[497] Der Vertreter erwirbt zunächst alle Rechte und Pflichten in seiner Vermögenssphäre und muss nachher diese dem Vertretenen ggf. durch Abschluss eines weiteren Geschäfts übertragen oder abtreten.[498] Diese Unterscheidung wird an Arts. 662, 663, 665 und 671 CC deutlich. Das fiduziarische Geschäft ist die mittelbare Stellvertretung schlechthin. Aber nicht zwingend muss der Fiduziar Geschäfte über das Fiduziargut schließen. Verwaltende Maßnahmen können

[496] Vgl. Lotufo/Nanni/*Figueiredo*, Teoria geral do direito civil, S. 448; *Sandoval* in: Netto/Mendes/Martins Filho, O novo código civil, S. 604; *Landim*, O mandato civil sem representação, S. 21.
[497] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 322.
[498] Vgl. Lotufo/Nanni/*Figueiredo*, Teoria geral do direito civil, S. 448.

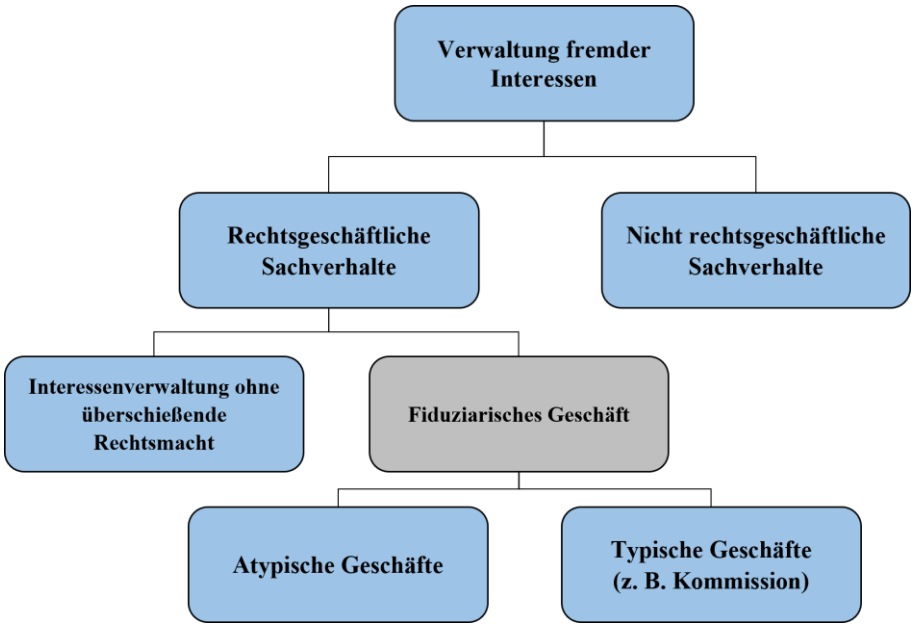
auch etwa die Obhut und Fürsorge des Fiduziarguts mittels bloßer tatsächlicher Handlungen sein, wobei dann gerade keine mittelbare Stellvertretung vorliegt.

Dieser Sachverhalt ist besonders, weil der Fiduziar über das Recht verfügen oder das Recht ausüben kann, ohne dass der Fiduziant sich dagegen wehren kann. Beim Abschluss von Geschäften im Namen des Vertretenen in einer unmittelbaren Stellvertretung muss der Vertretene gemäß Arts. 662, 663, 665 und 671 CC das Geschäft nicht gegen sich gelten lassen, wenn der Vertreter keine Vertretungsmacht hat oder seine Macht überschreitet. Und abgesehen von Ausnahmen kann er durch Ausübung seines Gestaltungsrechts jederzeit die Vollmacht widerrufen oder die Vertretungsmacht des Vertreters einschränken, sodass die Möglichkeit der Missachtung seiner Weisungen verhindert wird.[499] Bei verwaltenden Maßnahmen mit dem Fiduziargut, die keinen Abschluss eines Rechtsgeschäfts darstellen, hätte der Fiduziant die Möglichkeit der Vindikation und in manchen Fällen auch der Geltendmachung der Ansprüche aus dem Besitzschutz (*interditos possessórios*), um eine solche Pflichtverletzung zu verhindern, wenn er noch das Eigentum des Fiduziarguts innehätte. Seine Vermögenssphäre bliebe also verschont. Ist aber der Fiduziar Inhaber des Fiduziarguts und trifft er eine direkte Verfügung über es, so hat dies nachteilige Auswirkungen auf die Vermögenssphäre (auch wenn nur mittelbar) des Vertretenen, ohne dass er sich dem Dritten gegenüber schützen kann. Das Gleiche erfolgt bei nichtgeschäftlichen verwaltenden Maßnahmen. Der Fiduziant kann gegen den Fiduziar nur schuldrechtliche Ansprüche geltend machen. Er bleibt möglichen Missbräuchen ausgeliefert. In diesem Sinne ist die gängige Aussage richtig, dass das fiduziarische Geschäft stets die Missbrauchsgefahr mit sich bringt: Indes hat die brasilianische Rechtslehre bisher diese Missbrauchsgefahr nur unzureichend in den Rahmen der Verwaltung fremder Interessen erörtert.

Das brasilianische Recht kennt keinen typischen Vertrag, welcher die Verwaltung fremder Interessen als solche zum Gegenstand hat, also ohne Vertretungsmacht, außer in sehr spezifischen Konstellationen, die sehr eingeschränkte Tätigkeiten umfassen. Das bedeutet nicht, dass fiduziarische Geschäfte immer atypisch sind. Beispielsweise schließt der Kommissionär (*comissário*) nach Art. 693 CC Geschäfte im eigenen Namen für fremde Rechnung und handelt so als mittelbarer Stellvertreter. Das Kommissionsgeschäft stellt dann ein typisches fiduziarisches Geschäft dar. Allerdings muss der Kommissionär den Kauf oder den Verkauf von Gütern oder Kreditgeschäften für Rechnung des Kommittenten abschließen, um ein

[499] Aus diesem Grund scheint die Einordnung der Vollmacht in eigenen Angelegenheiten (*procuração em causa própria*) der Arts. 684, 685 CC in die fiduziarischen Geschäfte angemessen, denn in dieser Konstellation kann der Vertretene die Vollmacht nicht widerrufen. Ein fiduziarisches Geschäft ohne Fiduziargut liegt dann vor.

Kommissionsgeschäft zu bezeichnen. Das ist eine besondere, auf bestimmte Fiduziargüter bezogene Art der Verwaltung fremder Interessen, die sich im Gesetz niedergeschlagen hat. Wegen der ausdrücklichen Regelung im Gesetz sind die Geschäftsbesorgungsvorschriften nicht in erster Linie, sondern nur dank des Verweises im Art. 709 CC auf das Kommissionsgeschäft anwendbar. Selbst ohne Rechtsgeschäft kann eine Verwaltung von fremden Interessen in Bezug auf bestimmte Güter vorkommen, wie in der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 861 CC. Mangels rechtsgeschäftlicher Basis ist aber die Geschäftsführung ohne Auftrag kein fiduziarisches Geschäft. Das fiduziarische Geschäft ist ein Oberbegriff, der nicht im Gesetz vorgesehen ist, umfasst aber sowohl typische als auch atypische Geschäfte,[500] bei denen der Fiduziar sich zur Verwaltung der Interessen des Fiduzianten anhand einer ihm zustehenden überschießenden Rechtsmacht verpflichtet, in den meisten Fällen eines bereits zustehenden, zu erwerbenden oder zu übertragenden Rechts. Diese Einteilung kann wie folgt schematisch dargelegt werden:



Das gesteigerte Risiko für die Vermögenssphäre des Fiduzianten ändert zwar unmittelbar nichts bei der Rechtsanwendung, weil das fiduziarische Geschäft als eigenständiger Oberbegriff nicht geregelt ist. Doch können die Vorschriften der Geschäftsbesorgung, die die Interessenverwaltung regeln, analog zur Anwendung gelangen. Die besondere Rechtslage in einem fiduziarischen Geschäft beeinflusst auch die Intensität der sich daraus ergebenden Pflichten des

[500] Vgl. *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 36).

Beauftragten. Auch die Pflichten aus Treu und Glauben verstärken sich.[501] Beispielsweise könnte der Beauftragte verpflichtet sein, die Vermögenswerte, die später an den Geschäftsherrn übertragen werden sollen, so weit wie möglich getrennt zu halten.; oder von einem Fiduziar, der im Rahmen seines Gewerbes fiduziarische Geschäfte abschließt, könnte verlangt werden, seine Vermögensverhältnisse geordnet zu halten und keine risikoreichen Geschäfte einzugehen, um das Treugut nicht der Gefahr der Pfändung oder sonstiger Vollstreckungsmaßnahmen auszusetzen.

Im Außenverhältnis muss der Fiduziar mehr Macht haben, als ihm das obligatorische Innenverhältnis erlaubt. Das ist ein notwendiger Bestandteil jedes fiduziarischen Geschäfts, weil die Ausrichtung der Fiduziartätigkeit an die Interessen des Fiduzianten notwendigerweise bedeutet, dass der Fiduziar auf der schuldrechtlichen Seite nicht beliebig mit dem Fiduziargut verfahren darf. Solange er an die Wahrung der Interessen eines anderen angewiesen ist, gibt es immer eine gewisse Einschränkung seiner Macht.

Das dem Fiduziar übertragene Recht kann auf der dinglichen Ebene bedingt sein, ebenso wie der Rückfall des Rechtes nur schuldrechtlich vereinbart werden darf.[502] Wichtig ist die Bindung an Fremdinteressen. Verfehlt ist daher die Auffassung, dass die sog. germanische Fiducia kein fiduziarisches Geschäft im technischen Sinn darstellen kann. Die Vereinbarung einer Bedingung oder sonstiger Einschränkungen des Rechts des Fiduzianten auf dinglicher Ebene schließen für sich genommen die Verwaltung fremder Interessen und die überschießende Rechtsmacht nicht aus. Das wäre nur der Fall, wenn die Einschränkungen nach außen und nach innen deckungsgleich wären. Die übliche Behauptung, dass die Sicherungsübereignung (*alienação fiduciária em garantia*) kein fiduziarisches Geschäft darstellt, nur weil eine ausführliche gesetzliche Regelung existiert, ist wenig überzeugend. Soweit Interessen des Fiduzianten im Umgang mit der Sicherungssache zu beachten sind, gibt es immer Raum für einen Machtmissbrauch. Die Parteien können auch ein Übermaß an Macht durch eine Vereinbarung im Vertrag verschaffen, wenn sie z. B. ein bestimmtes, nicht im Gesetz vorgesehenes Vorgehen mit der Sicherungssache definieren. Die Sicherungsübereignung ist in diesem Sinne ein gesetzestypisches fiduziarisches Rechtsgeschäft,[503] das ein dingliches Recht an der Sicherungssache begründet und zugleich zur Verwaltung der Interessen des Fiduzianten verpflichtet.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist das Escrow-Agreement als atypisches

[501] Vgl. *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 73).
[502] Vgl. *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 78).
[503] Vgl. *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 36) (allerdings aus anderen Gründen als die hier herangezogenen).

fiduziarisches Geschäft zu qualifizieren. Die Hauptleistung des Escrow-Agenten ist stets die Interessenwahrnehmung, weil er widerstreitende Interessen der Hauptparteien zum Ausgleich bringt. Dafür empfängt er den Besitz einer beweglichen Sache oder bekommt die Inhaberstellung am Escrow-Gegenstand übertragen. Demzufolge besteht die Missbrauchsmöglichkeit nach außen, während er nach innen strikt an die Weisungen der Hauptparteien gebunden ist. Dis Eigenheiten der Tätigkeit des Escrow-Agenten hindern die Zuordnung des Escrow-Agreements zu einer gesetzestypischen Figur, z. B. das Kommissionsgeschäft, weil der Escrow-Agenten weder Güter kauft oder verkauft noch Kreditgeschäfte für die Hauptparteien abschließt. Die Geschäftsbesorgungsregeln, die sich auf die Interessenwahrnehmung beziehen, sind auf das Escrow-Agreement analog anwendbar.

II.4.2.2.1.2. Arten fiduziarischer Geschäfte

Auch in Brasilien werden fiduziarische Geschäfte je nach dem verfolgten Zweck klassifiziert. Die üblichen Klassifikationen erwähnen die *fiducia cum amico* und die *fiducia cum creditore* als Vorbild der *fiducia* für Sicherungs- und für Verwaltungszwecke. Die erstere beabsichtigt mit der Übertragung des Fiduziarguts die Beschaffung einer Absicherung für eine Forderung des Gläubigers; bei verzögerter Zahlung besteht die Verwertungsmöglichkeit, um die Schuld zu tilgen.[504] Klassisches Beispiel ist die Sicherungsübereignung. Die *fiducia cum amico* hat Bewahrung und Obhut des Fiduziarguts zum Gegenstand.[505] Unter Umständen kann sich die Aufgabe auch auf die Verwaltung erstrecken,[506] wie im Fall von Investmentfonds. Nicht erwähnt wird das fiduziarische Geschäft für Erfüllungszwecke. Das Abgrenzungsmerkmal ist der Zweck zur Befriedigung einer Forderung. M. a. W. soll der Fiduziar vorrangig aus dem Fiduziargut Befriedigung suchen, und nicht nur bei Eintritt eines Sicherungsfalls, wie im fiduziarischen Geschäft für Sicherungszwecke. Diese Einteilung ist wichtig, weil das Escrow-Agreement ein fiduziarisches Geschäft mit Sicherungs- aber auch Erfüllungszwecken darstellt.

Nach der Interessenausrichtung wird anerkannt, dass sich das fiduziarische Rechtsverhältnis im Interesse des Fiduzianten, des Fiduziars oder von beiden abwickelt.[507] Die Möglichkeit eines fiduziarischen Geschäfts im Interesse mehrerer Parteien, die sich in unterschiedlichen Polen des Rechtsverhältnisses befinden, ist in Brasilien soweit ersichtlich bisher nicht ermittelt

[504] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 185, 188. Ausführlich hierzu: *Lima*, Negócio fiduciário, Kap. I.XV.
[505] Vgl. *Chalhub*, Alienação fiduciária, S. 10. Ausführlich hierzu: *Lima*, Negócio fiduciário, Kap. I.XIV.
[506] Vgl. *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 36).
[507] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 187.

worden. Diesem „doppelfiduziarischen“ Verhältnis ist das nächste Kapitel gewidmet.

Obwohl eine Klassifikation nach der Art der Rechtsposition am Fiduziargut und nach dem Mittel der Erlangung dieser Position in der brasilianischen Rechtslehre nicht üblich ist (im Gegensatz zu Deutschland), könnte man solche Einteilungen annehmen – mehr für didaktische als für praktische Zwecke, da keine unmittelbar daran anknüpfende Rechtsfolge ersichtlich ist. Die Rechtsposition des Fiduziars am Fiduziargut kann sehr vielfältig sein, erfordert ist nur, dass eine überschießende Rechtsmacht verschaffen wird. Durch die Einräumung eines Rechts, des Besitzes, einer Verfügungsermächtigung und sogar einer Vollmacht kann der Fiduziar eine Rechtsposition am Fiduziargut erlangen. Was das Mittel zur Erlangung dieser Rechtsposition angeht, wird das Fiduziargut meistens vom Fiduzianten selbst dem Fiduziar übertragen. Aber nichts spricht dagegen, dass das Fiduziargut vom Fiduziar zu erwerben sei oder sich bereits im Vermögen des Fiduziars befindet.

II.4.2.2.1.3. Das „doppelfiduziarische“ Rechtsgeschäft

Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo die Doppeltreuhand längst bekannt und bereits Gegenstand von Untersuchungen im Schrifttum worden ist, ist die Figur eines „Doppelfiduziars“ im brasilianischen Recht bislang kaum erkundet worden. Die Lehrbücher befassen sich in aller Regel mit der Konstellation, dass der Fiduziar Interessen von nur einem Fiduzianten wahrnimmt. Nicht aber mit der Konstellation, dass Interessen von zwei oder mehreren Parteien aus unterschiedlichen Polen des Rechtsverhältnisses wahrzunehmen sind.

In Anlehnung an die Lehre *Löhnigs*[508] kann man auch in Brasilien die Unterscheidung der quantitativen zur qualitativen Spaltung in der Treugeberposition vornehmen. Mehrere Fiduzianten können gleichgerichtete Interessen haben, sodass die Tätigkeit des Fiduziars die Interessen der Fiduzianten gleichermaßen befriedigt, denn sie stehen in demselben Pol des Rechtsverhältnisses. Es geht hierbei nur um eine Frage der quantitativen Verteilung der Vorteile des fiduziarischen Geschäfts unter den Fiduzianten und ihrer Gleichbehandlung durch den Fiduziar. Wenn die Fiduzianten hingegen gegensätzliche Interessen haben, dann stehen sie in verschiedenen Polen und der Fiduziar muss ihre Interessen zum Ausgleich bringen. Ihr primäres, mittels der Fiduziartätigkeit zu befriedigendes Interesse ist der Interessenausgleich; in diesem Sinne gibt es hier keinen Interessenwiderstreit. Die sekundären Interessen der Fiduzianten stehen aber einander in der Weise entgegen, dass die Befriedigung des Interesses des einen zur

[508] Siehe oben Kap. II.4.1.1.2.2.

Nichtbeachtung des Interesses des anderen führen kann. Die Spaltung der Treugeberposition ist dann qualitativ. Der Fiduziar kommt seinen Verpflichtungen nicht etwa dadurch nach, dass er den sekundären Interessen von beiden Parteien gerecht wird (dies könnte unmöglich sein). Vielmehr muss er nur das primäre Interesse verfolgen: Er soll unparteilich, unabhängig und nach geeigneten Maßstäben vorgehen, um eine angemessene Bilanz solcher Interessen zu finden. Selbst die völlige Befriedigung des Interesses einer Partei und die Abweisung des Anliegens der anderen kann eine angemessene Bilanz darstellen, wenn sie sich auf solche Kriterien stützt.

Die o. a. Konstellation mit qualitativer Spaltung bezeichnet eine Kategorie, die sich „doppelfiduziarisches Geschäft" (*negócio fiduciário duplo*) benennen lässt. Typischerweise kommt diese Konstellation mittels eines dreiseitigen Vertrags zustande, aber auch in einem zweiseitigen Vertrag kann sich der Fiduziar zur Verwaltung widerstreitender Interessen verpflichten. Dann ist darin ein Vertrag zugunsten Dritter (*estipulação em favor de terceiro*) nach Art. 436 CC zu sehen, denn die Verfolgung von Interessen Dritter in einem fiduziarischen Rechtsverhältnis ist ohne weiteres möglich.[509]

Der Doppelfiduziar ist also ein Fiduziar, der für mehreren Fiduzianten mit widerstreitenden Interessen das Fiduziargut zum Zweck der Wahrnehmung beidseitiger Interessen verwaltet. Aus dieser eigenartigen Rechtsstellung ergibt sich eine Reihe von Rechtsfolgen, wie die Einschränkung der Kündigung soweit nicht aus wichtigem Grund (*renúncia imotivada*) durch den Doppelfiduziar (Art. 682, inc. I, CC)[510] und die Einschränkung des Widerrufs (*revogação*) durch den Fiduzianten (Art. 682, inc. I, CC)[511]. Auch der Weisungswiderruf durch den Fiduzianten ist in dieser Konstellation erheblich eingeschränkt. Eine allgemeine Lehre des doppelfiduziarischen Geschäfts soll nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, Rechtsfolgen der Zuordnung des Escrow-Agreements zum doppelfiduziarischen Geschäft werden dennoch unten dargelegt, soweit sie für diese relevant sind.

Ein Beispiel liefert der mit Gesetz Nr. 14.711/2023 eingeführte fiduziarische Sicherheitenverwaltungsvertrag (*contrato de administração fiduciária de garantias*), Art. 853-A CC. Danach dürfen die Sicherungsgläubiger einen Sicherheitentreuhänder (*agente de garantias*) für

[509] Diese Möglichkeit wird in der Geschäftsbesorgung ohne weiteres anerkannt, vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 285; *Gomes*, Contratos, S. 427; *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 115; *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 500.

[510] Die Kündigung ohne wichtigen Grund ist im Geschäftsbesorgungsrecht allgemein anerkannt. Vgl. Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 157 ff.; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 163 ff.; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 293 f.

[511] Auch der Widerruf ist in der Geschäftsbesorgung normalerweise unbegrenzt. Vgl. Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 154; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 293.

die Bestellung, Eintragung, Verwaltung und Verwertung jeglicher Sicherheit ernennen. Der Sicherheitentreuhänder handelt im eigenen Namen zugunsten der Gläubiger (*em nome próprio e em benefício dos credores*), die durch die Sicherungssache gesichert werden. Der § 2° des Art. 853-A CC sieht eine fiduziarische Pflicht (*dever fiduciário*) des Sicherheitentreuhänders gegenüber den Sicherungsgläubigern vor. Das Gesetz bestimmt ferner, dass der Erlös aus der Verwertung der Sicherheiten ein Sondervermögen (*patrimônio separado*) des Sicherheitentreuhänders bildet, allerdings nur für 180 Tage (Art. 853-A, § 5°, CC). Art. 853-A CC sagt zwar nicht ausdrücklich, dass ein beliebiger Dritter die Rolle des Sicherheitentreuhänders ausführen kann, das aber ergibt sich aus der Gesetzesauslegung und aus der Gesetzgebungsgeschichte. Der ursprüngliche Gesetzentwurf enthielt am Beginn des aktuellen Art. 853-A, § 3°, CC eine ausdrückliche Erlaubnis zur Ernennung eines Dritten.[512] Dieser Satz wurde gemäß dem Änderungsvorschlag Nr. 10 der Bundesratskommission für wirtschaftliche Themen (*CAE – Comissão de Assuntos Econômicos do Senado*) herausgestrichen, weil eine ausdrückliche Erwähnung dieser Möglichkeit überflüssig wäre. Sicherheitentreuhänder dürfte auch ein unabhängiges und unparteiisches („*autônoma e imparcial*"), durch die Schuldner bestelltes Unternehmen sein, so der Änderungsvorschlag. In der Tat bleibt im Gesetz unerwähnt, dass der Sicherheitentreuhänder aus dem Kreis der Gläubiger zu ernennen ist. Die Bindung an die Gläubigerinteressen geht dennoch deutlich aus dem Gesetzeswortlaut hervor.

Dass der fiduziarische Sicherheitenverwaltungsvertrag ein fiduziarisches Geschäft bildet, scheint nicht problematisch. Der Sicherheitentreuhänder unterhält Güter im eigenen Namen, aber verwaltet sie im Interesse eines anderen. Die Möglichkeit des Machtmissbrauchs besteht. Doch erfolgt die Verwaltung der Sicherheit entgegen dem gesetzlichen Wortlaut nicht nur im Interesse der Gläubiger. Dies folgt daraus, dass die Sicherheit nicht unbedingt verwertet wird, da der Sicherungsschuldner die zugrunde liegende Schuld begleichen kann. Außerdem muss der Sicherheitentreuhänder versuchen, den höchstmöglichen Erlös aus der Sicherungssache zu erwirtschaften – was nicht nur im Interesse der Sicherungsgläubiger, sondern auch dem des Sicherungsgebers liegt. Der Umgang mit dem Sicherungsgut wird mithin notwendigerweise durch das legitime Interesse des Sicherungsgebers an der Rückgabe des Sicherungsguts oder des übersteigenden Teils des Verwertungserlöses beschränkt.

Das Escrow-Agreement ist auch den doppelfiduziarischen Geschäften zuzuordnen. Hinterleger und Begünstigter haben widerstreitende (sekundäre) Interessen am Escrow-

[512] Wortwörtlich sagte der Gesetzentwurf 4.188/2021: „*o agente de garantia poderá ser, à escolha dos credores, um dos credores ou qualquer terceiro*".

Gegenstand. Diese Interessen werden aber ausbilanziert, indem der Escrow-Agent strikt gemäß den Weisungen der Hauptparteien vorgeht. Diese sind zweifelsohne angemessene Maßstäbe für den Umgang mit dem Escrow-Gegenstand, da sie direkt von den Hauptparteien gemeinsam erteilt werden.

II.4.2.2.1.4. Zwischenergebnis

Das Escrow-Agreement weist alle Merkmale eines doppelfiduziarischen Geschäfts auf. Der Escrow-Agent empfängt ein Fiduziargut (den Escrow-Gegenstand), welches in einem Vollrecht-Escrow ein Recht, in einem Besitz-Escrow der Besitz einer beweglichen Sache ist (reales Moment). Er verpflichtet sich, dieses Fiduziargut, nur für den Zweck der Sicherung und Erfüllung des Hauptgeschäfts zu verwalten. Sein Umgang mit dem Escrow-Gegenstand ist somit stark begrenzt (schuldrechtliches Moment). Dadurch erlangt er eine überschießende Rechtsmacht am Escrow-Gegenstand und es besteht die Missbrauchsmöglichkeit der Macht für fremde Zwecke. Diese Sachlage ist nicht final, sondern nur zeitweilig. Zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts oder -ausfalls muss er den Escrow-Gegenstand ausliefern. Auch wenn die Rechtsinhaberschaft des Escrow-Agenten durch eine Bedingung auf dinglicher Ebene beschränkt ist, kann die überschießende Rechtsmacht anerkannt werden, da er bis Bedingungseintritt oder -ausfall schuldrechtlich nicht beliebig mit dem Escrow-Gegenstand verfahren darf. Da die Hauptparteien widerstreitende Interessen in Bezug auf den Escrow-Gegenstand haben, bewerkstelligt die Tätigkeit des Escrow-Agenten einen Ausgleich, indem er die Weisungen der Hauptparteien befolgt.

Das Escrow-Agreement ist mangels besonderer gesetzlicher Regelung atypisch. Die Kategorisierung als doppelfiduziarisches Geschäft ermöglicht keine Unterstellung in eine gesetzestypische Figur, weil die Verwaltung fremder Interessen ohne Vertretungsmacht im brasilianischen Recht nicht als eigener Vertragstyp geregelt ist, nicht einmal als Geschäftsbesorgung. Für die Rechtsanwendung bedeutet dies, dass die anwendbaren Vorschriften im Wege der Analogie zu ermitteln sind.

II.4.2.2.2. Bestimmung anwendbarer Gesetzesvorschriften

Atypische Geschäfte werden als Geschäfte begriffen, die sich nicht auf die gesetzlich fixierten Typen zurückführen lassen.[513] Aufgrund der Vertragsfreiheit sind atypische Geschäfte

[513] Vgl. *Azevedo*, Teoria geral dos contratos típicos e atípicos, S. 121.

im brasilianischen Recht grundsätzlich zulässig, soweit allgemeine Privatrechtsnormen beachtet werden (Art. 425 CC). Die richtige Methode für die Bestimmung der auf atypische Geschäfte anwendbaren Regelung ist indessen Gegenstand von Diskussionen. Nach einer kurzen Darstellung dieser Methoden wird es darum gehen, dazu Stellung zu nehmen und dann die richtige Methode auf das Escrow-Agreement anzuwenden.

II.4.2.2.2.1. Die Methoden

In dieser Arbeit wird auf die Einteilung atypischer Verträge vom portugiesischen Rechtswissenschaftler *Pedro Pais de Vasconcelos* abgestellt. Obwohl *Vasconcelos* das brasilianische Recht nicht untersucht hat, wird sein Werk oft in Brasilien zitiert und als Grundlage für die Entwicklung der Typenlehre verwendet.[514_515] In dieser Arbeit wird die Typenlehre von *Vasconcelos* zugrunde gelegt, weil sie eine bessere Betrachtung der Wechselwirkung verschiedener Elemente in einer Vertragsmischform ermöglicht. [516_517_518]

---

[514] Bspw. Motta/Kloh/*Comiran,* Transformações contemporâneas do direito das obrigações, S. 597 ff.; *Godoy Bueno,* RDCC 6, 55; *Leonardo,* RDCC 16, 121.

[515] Die entgegengesetzte Lehre könnte in der sog. *essentialia*-Lehre angesehen werden. Diese wurde in Brasilien vor allem durch *Antônio Junqueira de Azevedo* bekannt gemacht (vgl. *Azevedo*, Negócio jurídico, S. 32 ff., 141 ff.).

[516] Die von *Álvaro Villaça Azevedo* verwendete Klassifikation scheint wenig ertragsfähig. Nach seiner Klassifikation wären atypische Verträge in den in sich selbst atypischen (*atípicos singulares*) und den Mischverträgen zu unterteilen, wobei die letzteren nur typische oder nur atypische oder atypische verbunden mit typischen Elementen aufweisen könnten (vgl. *Azevedo*, Teoria geral dos contratos típicos e atípicos, S. 127 f.). Diese Klassifikation sind *França* (vgl. *França*, Contratos atípicos, 64 ff.) und *Farias*/*Rosenvald* (vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 4, S. 371) gefolgt. Dadurch wird aber nicht viel gewonnen, denn die schlichte Herkunft der Vertragselemente (ob aus dem Gesetz – dann typische Elemente; oder nicht aus dem Gesetz – atypische Elemente) sagt nichts über die anwendbaren Vorschriften. Vielmehr ist die Betrachtung der Verknüpfung dieser Elemente unter sich von Belang.

[517] Einer weiteren Klassifikation zufolge sollten Mischverträge in drei Unterkategorien unterteilt werden: Mehrheitsverträge (*contratos múltiplos*), Zwillingsverträge (*contratos geminados*) und kumulative Verträge (*contratos cumulativos*). Mehrheitsverträge entsprächen den deutschen Verschmelzungsverträgen, da sie sich durch die Fusion mehrerer typischer Elemente in eine völlig neue Leistung auszeichnen. Zwillingsverträge vereinen typische Leistung und Gegenleistung von unterschiedlichen Vertragsarten. Schließlich binden kumulative Verträge Leistungen von verschiedenen typischen Verträgen in die Struktur einer einzigen typischen Vertragsform ein. Diese Einteilung ist in der Lehre von *Farias*/*Rosenvald* (vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 4, S. 376) vertreten. Trotz der Ähnlichkeit zur in dieser Arbeit angenommene Klassifikation betont diese Lehre nur unzureichend die innere Ordnung der Leistungen unter sich.

[518] Eine dritte Klassifikation (vgl. *Gomes*, Contratos, S. 123; *Barbosa*, Revista Forense 282, 29 (34)) schließt die doppeltypischen Verträge (*contratos de tiplo duplo*) und die Verträge mit anderstypischen Nebenleistungen (*contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie*) aus, weil die ersteren eigentlich zwei separate und vollständige Verträge, und die letzteren keine Änderung der Rechtsnatur des typischen Vertrags darstellen. Nach *Orlando Gomes* gäbe es drei Arten von Mischverträgen, nämlich Zwillingsverträge (*contratos gêmeos*), Doppelverträge (*contratos dúplices*) und Mischverträge *stricto sensu*. Bei den Zwillings- und Doppelverträgen gäbe es Vielfalt von typischen Leistungen aus verschiedenen typischen Verträgen. Die Abgrenzung der zwei Formen erfolge dadurch, dass in einem Zwillingsvertrag eine Partei sich zu mehreren Leistungen aus typischen Verträgen

Je nach der Art der Atypizität könnten gemischte Verträge einen Vertrag mit modifiziertem Typus (*contrato de tipo modificado*) oder einen Mehrheitstypus (*contrato de tipo múltiplo*) darstellen. Bei den ersteren verwenden die Parteien einen gesetzlichen Typus als Basis, welche sie mittels Vereinbarung abändern. Bei den letzteren werden mehrere gesetzliche Typen zusammengeschlossen, ohne dass eine Referenz auf einen einzigen Typus in Betracht kommt.[519] Weist der atypische Vertrag keine Ähnlichkeit zu den gesetzlichen Typen auf, liegt ein rein atypischer Vertrag (*contrato atípico puro*) vor.[520_521]

Die vier wichtigsten streitenden Theorien über die Bestimmung der auf gemischte Verträge anwendbaren Vorschriften sind in Brasilien die Absorptionstheorie, die Kombinationstheorie, die Theorie der analogen Rechtsanwendung und die Kreationstheorie. Nach der Absorptionstheorie soll die Regelung des überwiegenden Vertragstyps auf den gesamten Vertrag angewendet werden. Die Kombinationstheorie geht von der Praktikabilität einer Zergliederung der Vertragsbestandteile aus, sodass die Regeln jedes typischen Vertrags zur Anwendung auf den entsprechenden Vertragsbestandteil des Mischvertrags gelangen könnten. Die Theorie der analogen Rechtsanwendung verneint eine direkte Anwendung der Vorschriften typischer Verträge, sondern lässt diese nur im Wege der Analogie zum am nächsten stehenden gesetzlichen Typus zu.[522_523] Letztlich wäre nach der Kreationstheorie die konkrete Vertragsregelung

---

verpflichtet, während die andere Partei nur eine Leistung zu erbringen hat. Bei Doppelverträgen muss jede Partei mehrere Leistungen von verschiedenen Vertragstypen vollziehen. Der Mischvertrag *stricto sensu* enthalte ein Element von anderem Vertragstyp – und hier wird nicht ganz ersichtlich, welches der Unterschied eines Mischvertrags *stricto sensu* zu den anderen zwei Formen wäre. Diese Einteilung ist aber nicht fruchtbar, weil sie bereits die zwei bedeutendsten Arten von Mischverträgen ausschließt. Ferner ist von keiner praktischen Bedeutung, ob die Gegenleistung aus einem oder mehreren anderstypischen Leistungen besteht; für die Rechtsanwendung ist wichtig, dass sich die Gegenleistung(en) nicht demselben typischen Vertrag zuordnen lässt, nicht aber die Zahl solcher Leistungen. *Marino* hingegen schließt die Verträge mit anderstypischer Nebenleistung von der Einordnung in die Mischverträge nicht völlig aus. Solche Verträge könnten mindestens dann eine atypische Form darstellen, wenn die Nebenleistung dem gesetzlichen Schema des herrschenden Vertrags nicht zugeordnet werden könnte (vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 112 ff.).

[519] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 230 f.

[520] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 215 f.

[521] Diese Einteilung entspricht mehr oder weniger der im deutschen Recht gewöhnlichen Einteilung. Die Verträge mit modifiziertem Typus spiegeln einigermaßen die Verträge mit anderstypischer Nebenleistung des deutschen Rechts wider. Die Mehrheitstypen könnten die deutschen Kombinationsverträge und doppeltypischen Verträge umfassen. Die Typenverschmelzungsverträge könnten als rein atypisch beobachtet werden, weil dadurch eine neuartige und folglich völlig atypische Leistung erschaffen wird. Die Einteilung von *Vasconcelos* hat aber den Vorteil, dass nicht auf die Leistung abgestellt wird, sondern auf die Gesamtheit der Typenkennzeichnungsmerkmale (*índices de tipo*). In der Tat beschränkt sich die typologische Betrachtung eines Vertrags nicht auf die Leistungen der Parteien. Dies wurde zu Recht von *Marino* betont (Contratos coligados, S. 112).

[522] Für eine Übersicht dieser drei Theorien, siehe *Barbosa*, Revista Forense 282, 29 (36 ff.); *Gomes*, Contratos, S. 123 ff.; *Godoy Bueno,* RDCC 6, 55 (Kap. 6).

[523] Befürwörter der Analogietheorie wären u. a. *Gomes*, Contratos, S. 125; *Nitschke,* Lacunas contratuais, S. 59 ff.; *Barbosa*, Revista Forense 282, 29 (38); *Godoy Bueno,* RDCC 6, 55 (Kap. 6); *Sanches*, Revista da AJURIS 48, 170 (Rn. 10).

mithilfe von Prinzipien und Generalklauseln wie Treu und Glauben und Billigkeit zu erfinden.[524] Zum Teil wird auch einem eklektischen Ansatz gefolgt, wonach keine der vier obigen Theorien diese Frage allein beantworten könnte. Vielmehr solle die Antwort je nach den Bedürfnissen des konkreten Falles in einer solchen Theorie gesucht werden.[525]

Aus der typologischen Betrachtung der Gesetzestypen folgt, dass die rechtliche Regelung des Typus nicht von seinen Kennzeichnungsmerkmalen (*índices de tipo*) getrennt werden darf. Dazu sagt *Vasconcelos*: „Jedes Merkmal des Typus ist mit einem bestimmten Teil oder Aspekt der Regelung des Typus verbunden. Das Nichtvorhandensein eines Merkmals führt zur Nichtanwendbarkeit des entsprechenden Teils der mit ihm verbundenen Regelung".[526] Darauffolgend befürwortet *Vasconcelos* die sog. eklektische Theorie mit der Begründung, dass die oben genannten Theorien einander nicht ausschließen, sondern dass sie alle geeignete Methoden darstellen, um die Frage des anwendbaren Rechts je nach der Art der Atypizität des Vertrags zu lösen. Bei Verträgen mit modifiziertem Typus wäre die Absorptionstheorie am tauglichsten, während bei einem Mehrheitstypus die Kombinationstheorie am besten dem Sachverhalt gerecht werden könnte. Bei rein atypischen Verträgen sei der analogen Rechtsanwendung der Vorzug zu geben, und wenn nicht einmal die Analogie lösungsfördernd ist, dann wäre der Weg der Rechtserfindung zu beschreiten.[527]

Von Bedeutung sind letztlich auch die verkehrstypischen Verträge. Diese sind nicht im Gesetz vorgesehen, ihre Typizität ergibt sich aus seiner wiederkehrenden Nutzung in der Praxis.[528] *Vasconcelos* nennt drei Voraussetzungen für die Bildung eines verkehrstypischen Vertrags. Erstens muss eine Handlung wiederkehrend sein, da die Typizität nicht mit dem Auftreten isolierter Handlungen vereinbar ist. Zweitens muss sich diese Handlung in einer echten, anerkannten Praxis niederschlagen, die gesellschaftlich als mehr als die Summe von Zufällen angesehen wird. Und drittens muss sich ein allgemeines Bewusstsein hinsichtlich der Gültigkeit

[524] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 243 f.

[525] Diesem eklektischen Ansatz scheinen sich *Tepedino*, *Barboza* und *Moraes* angeschlossen zu haben. Nach ihnen wären auf einen atypischen Vertrag die Normen des am nächsten stehenden Vertrags und die mittels Analogie ermittelten Normen anzuwenden (vgl. *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código civil interpretado, Bd. II, S. 35). Das heißt, mindestens zwei von den vier streitenden Theorien könnten der Bestimmung der anwendbaren Vorschriften beitragen. Auch *Silva Pinto* scheint diesem Ansatz zu folgen. Nach seiner Auffassung könnten auf Verträge mit geringfügigen Abänderungen eines typischen Vertrags fast vollkommen der Ordnung solchen typischen Vertrags angewendet werden. Anderenfalls wären die anwendbaren Normen mittels Analogie zu erschließen (vgl. *Silva Pinto*, Revista Forense 95, 14 (17 f.)).

[526] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 104 (freiwillige Übersetzung). Im Original steht: „*cada uma das características do tipo tem ligada a si uma certa parcela ou aspecto do regime do tipo. A inexistência, no caso, de uma característica conduzirá à não vigência da parcela de regime que lhe está ligada*".

[527] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 245.

[528] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 44.

dieser Praxis als etwas Verbindliches, also als Verhaltensnorm, herausbilden.[529] Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, kann die Handlung als gesellschaftlich typisch und damit als Teil eines normativen Typus betrachtet werden.

Der verkehrstypische Charakter eines Vertrags ist in dreifacher Hinsicht von Bedeutung. Erstens erlaubt er es, aus den Verkehrsbräuchen Auslegungsgrundsätze für die Ermittlung des Parteienwillen zu ziehen. Soweit sich nichts anderes aus dem Vertrag ergibt, ist die Annahme gerechtfertigt, dass die im Vertrag verwendeten Ausdrücke in ihrem verkehrstypischen Sinn verwendet wurden. Zweitens ermöglicht die Qualifizierung als verkehrstypisch die Aufstellung von Kriterien für die Ergänzung von Lücken im Vertrag (*integração contratual*).[530] Ein dritter Vorteil dieser Qualifizierung ist die vorgelagerte Bestimmung der (Un-)Anwendbarkeit gewisser kodifizierten Rechtsnormen auf den verkehrstypischen Vertrag, wenn sie mit diesem unvereinbar sind.[531]

II.4.2.2.2.2. Stellungnahme

Keine der vier Theorien oben allein wird der Sachfrage nach den auf atypische Verträge anwendbaren Vorschriften gerecht. Der Absorptionstheorie wurde berechtigterweise entgegengehalten, dass es nicht in jedem Vertrag einen dominanten Typus gibt. Die Anwendung der Regelung nur des überwiegenden Vertragstypus kann vernünftigerweise keine allgemeingültige Antwort für die Vielfalt an Situationen liefern.[532] Auch die Kombinationstheorie beruht auf einem Fehlschluss, nämlich, dass der Vertrag eine Summe von Einzelteilen ist, die immer zerlegt werden können, sodass jedem solcher Einzelteile ein Stück der typischen Gesetzesregelung entspräche. Die Kombinationstheorie übersieht somit das einheitliche Ganze des Vertrags.[533] In der Tat ist die Regelung der typischen Verträge vom Gesetzgeber in Anbetracht des ganzheitlichen Typus verfasst, sodass die Vereinbarung nur sinnvoll ist, wenn das einzelne Typenkennzeichnungsmerkmal mit den anderen Kennzeichnungsmerkmalen des Typus verbunden ist. Die analoge Rechtsanwendung ist eigentlich keine Eigenheit atypischer Verträge,[534] sondern eine allgemeine Methode zur Entdeckung der Gesetzesnorm, die sachgemäß einen strittigen Sachverhalt regeln könnte, wenn dieser nicht im Gesetz geregelt ist, wenn also eine

[529] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 62 f.
[530] Vgl. *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 64.
[531] Vgl. *Grezzana/Mageste/Silveira*, RJLB 9, 165 (184).
[532] Vgl. *Gomes*, Contratos, S. 124 f.; *Barbosa*, Revista Forense 282, 29 (36 f.).
[533] Vgl. *Gomes*, Contratos, S. 124.
[534] Vgl. *Maximiliano*, Hermenêutica e interpretação do direito, S. 173 f. (Analogieschlüsse wären im „allgemeinen Recht“ (*direito comum*) zulässig, nicht aber beim Ausnahmerecht oder Strafrecht).

Gesetzeslücke vorliegt.[535] Die Vertragsordnung ist nicht von der Analogie ausgenommen. Für die Bejahung der Analogie im Einzelfall muss aber die Vorfrage beantwortet werden, ob eine Gesetzesvorschrift von anderen Vertragstypen zur direkten Anwendung gelangt, denn in diesem Fall verbleibt kein Raum für Analogie. Schließlich setzt die Rechtserfindungstheorie nicht nur die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit von Normen aus anderen Vertragstypen voraus, sondern auch das Fehlen einer geeigneten Analogie, da in diesem Fall die Analogie eine konkretere und sachnähere Lösung bietet.

Die Grenzen des Typus sind elastisch. Einige Typenkennzeichnungsmerkmale können im konkreten Fall fehlen oder übermäßig vorliegen, ohne dass die Einordnung in den Typus scheitert. In der Realität gibt es kaum einen konkreten Vertrag, der hundertprozentig dem gesetzlichen Typus entspricht. Jeder konkrete Vertrag entfernt sich mehr oder minder vom idealen Gesetzestypus.[536] Solange der Vertrag sich innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Typus bewegt, sollen die Vorschriften dieses Vertragstypus angewandt werden. Das ist im Kern, was die Absorptionstheorie beansprucht. Wenn in der Lehre davon gesprochen wird, dass Elemente eines Vertragstypus überwiegen oder untergeordnete Leistungen anderer Vertragstypen vereinbart wurden, oder auch, dass bei einem Vertrag mit modifiziertem Typus ein bestimmter gesetzlicher Typus „die Rolle eines Basisinstruments spielt“[537], so bedeutet dies nichts anderes, als dass die Parteienvereinbarung die Grenzen des Typus einhalten. Das bedeutet, dass die ganz überwiegende Mehrheit der Verträge in der Praxis einen Vertrag mit modifiziertem Typus darstellen und dennoch der direkten Anwendung der Regeln des jeweiligen Typus unterliegen.

Überschreitet der Vertrag die Grenzen des Typus, so liegt ein atypischer Vertrag vor. Ab diesem Punkt ist die Anwendung der Regeln irgendeines Typus nicht mehr gerechtfertigt, denn das Sinnganze, das dem Erlassen der Typenregeln zugrunde lag, spiegelt sich im konkreten Fall nicht mehr wider. Dementsprechend führt die Mischung zweier Verträge nicht zur Einordnung in zwei Typen, auch nicht teilweise. Die Bezeichnung „gemischter Vertrag“ bildet zwar im Alltag einen Kurzweg für den Verweis auf solche Mischformen, aber rechtstechnisch darf ihr nicht die Bedeutung verliehen werden, dass die Regelungen von zwei Vertragstypen direkt entsprechend anzuwenden sind. Für die Kombinationstheorie gibt es also keinen Raum im brasilianischen Recht. Der Vorschlag einer Kombinierung zweier Regelungskomplexe vermag verführerisch sein, aber das Sinnganze des Typus kann nicht bewahrt bleiben, wenn der

[535] Vgl. *Silva Gomes*, Interpretação e analogia no direito tributário, S. 82 f.
[536] Vgl. *Konder,* A constitucionalização do processo de qualificação, S. 198.
[537] *Vasconcelos*, Contratos atípicos, S. 231 (im Original: „*desempenha o papel de instrumento de base*“).

Typus in kleinere Stücke zertrennt wird. Die Tatsache, dass das Gesetz die typischen Vertragstatbestände als Ganzes und nicht als kleine Sinneinheiten geregelt hat, ist in sich selbst vielsagend. Folgte man der Kombinationstheorie, würde im Endeffekt eine Regel angewendet, die nicht für den Fall verfasst wurde. Auch wenn es möglich wäre, das Sinnganze des Typus in kleinere Sinneinheiten zu intergliedern, gäbe es keinen sicheren Maßstab für die Bestimmung der Typenregeln, die jeder von solchen Sinneinheiten gehören. Der Rechtsanwender müsste in jedem Fall die Eignung jeder einzelnen Regel für den konkreten Sachverhalt prüfen und der Beitrag der Theorie würde ins Leere laufen, weil dann nicht die Einordnung in einen „Mischtypus" für die Rechtsanwendung maßgeblich wäre, sondern vielmehr die Ähnlichkeit des Tatbestandes der Einzelnorm zum Tatbestand des konkreten Falls. Dieses Vorgehen ist schlussendlich die Anwendung einer Analogie.

Die Analogie ist eine Methode für die Entdeckung einer Norm in der Rechtsordnung, die nicht direkt den fraglichen Sachverhalt regelt, aber auf ihn wegen Ähnlichkeit der Sachverhalte Anwendung finden kann. Als Voraussetzungen dafür werden die Existenz einer Lücke in der Rechtsordnung und das Bestehen wesentlicher Ähnlichkeiten zwischen dem solcher Norm zugrundeliegenden und dem fraglichen Sachverhalt erwähnt.[538] Der fragliche Sachverhalt muss als solcher in der Rechtsordnung ungeregelt sein, ansonsten geht die spezifischere Regelung zunächst vor. Außerdem muss die Rechtsordnung spezifische Normen für beide Sachverhalte enthalten. Zum Teil wird auch auf die Identität der die beiden Sachverhalte beherrschenden *ratio legis* hingewiesen,[539] m. a. W. muss die Rechtsordnung die zwei Sachverhalte gleich regeln wollen. Es ist umstritten, ob die Sachverhalten eine wesentliche Ähnlichkeit aufweisen müssen,[540] oder ob es reicht, dass die Ähnlichkeiten den Verschiedenheiten überwiegen.[541] Dieses Verfahren ist ein Gebot der Gleichheit, denn gleiche Sachverhalte sollten gleichbehandelt werden.[542] Es wird in der brasilianischen Rechtslehre leider nicht genug betont, dass eine fehlende Regelung für einen Sachverhalt nur dann eine Lücke ist, wenn dieses Fehlen planwidrig ist.[543] M. a. W. muss anzunehmen sein, dass die Rechtsordnung den fraglichen Sachverhalt

[538] Vgl. *Reale*, Lições preliminares, S. 296 f.; *Serpa Lopes*, Comentário teórico e prático, Rn. 86.
[539] Vgl. *Serpa Lopes*, Comentário teórico e prático, Rn. 86.
[540] Vgl. *Maximiliano*, Hermenêutica e aplicação do direito, S. 173 (die Ähnlichkeit muss auf einem wesentlichen Element beruhen, also auf dem Rechtsfakt („*fato jurídico*"), der Ursache der Norm ist).
[541] Vgl. *Ferraz Jr.*, Introdução ao estudo do direito, S. 302.
[542] Vgl. *Maximiliano*, Hermenêutica e aplicação do direito, S. 171; *Serpa Lopes*, Comentário teórico e prático, S. 210. Ähnlich: *Dantas*, Programa de direito civil, S. 108 (Harmonie zwischen der Regulierung zweier Sachverhalte).
[543] Diese Voraussetzung betont *Silva Gomes* (vgl. Interpretação e analogia no direito tributário, S. 72 ff.). An anderer Stelle kann ein oberflächlicher Hinweis auf eine „unzufriedenstellende Unvollständigkeit" („*incompetude insatisfatória*") des Systems gefunden werden (vgl. *Ferraz Jr.*, Introdução ao estudo do direito, S. 219).

spezifisch regeln sollte, aber keine Regelung für ihn enthält. Ist das nicht der Fall, scheidet eine Analogie aus, denn die Rechtsordnung hat eine (wohl bewusste) Entscheidung für den Sachverhalt nur anhand allgemeinerer Prinzipien getroffen.

Hier wird eine weitere Unzulänglichkeit der Kombinationstheorie ersichtlich: Eine Norm sollte nicht auf eine ihrem Tatbestand nicht entsprechende Konstellation angewandt werden, ohne diesen methodologischen Pfad durchzugehen. Dadurch entstünde die Gefahr, die Regel eines Typus auf einen anderweitigen Tatbestand anzuwenden, wo es eventuell keine Lücke gibt. Richtigerweise sollte eine Regel eines typischen Vertrags nur dann auf gemischte und rein atypische Verträge angewendet werden, wenn die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen, und zwar bezogen auf jede Einzelnorm und nicht auf den Typus als Ganzes.

Trotzt seiner aussagekräftigen Argumentation ist daher die Auffassung *Nitschkes* abzulehnen, dass die Analogie nur bei den gemischten Verträgen eine geeignete Methode zur Feststellung der anwendbaren Regelung wäre, nicht aber bei rein atypischen Verträgen.[544] Es wird übersehen, dass die Nichteinordnung in einen Typus eigentlich in beiden Konstellationen stattfindet. Außerdem wird übersehen, dass die Analogie nicht auf der Ebene des Typs als Ganzes, sondern in Bezug auf jede einzelne Norm zu prüfen ist.

Das Verhältnis der Verkehrssitten zur Analogie ist besonders fraglich. Sollte die Vertragslücke vorrangig durch die Verkehrsbräuche oder durch analoge Anwendung von Gesetzesvorschriften geschlossen werden? Richtigerweise sollten die Verkehrsbräuche *prima facie* den Vorrang haben, weil sie dem Parteienwillen am nächsten stehen. Das ist aber keine feste Regel, denn die analoge Anwendung der Gesetzesvorschriften könnte vorgehen, wenn es sich aus der Vertragsauslegung ergibt, dass die aus der Verkehrssitte geschöpften Regel dem gemeinsamen Willen der Parteien nicht entspricht.[545]

Schließlich können allgemeinere Prinzipien wie Treu und Glauben zur Lösung der Sachfrage gerufen werden, wenn weder durch Analogie noch durch Rückgriff auf die Verkehrssitten eine Regel für den konkreten Sachverhalt ermittelt werden kann.[546]

---

[544] Vgl. *Nitschke,* Lacunas contratuais, S. 535 f.
[545] Vgl. *Nitschke,* Lacunas contratuais, S. 569 f. (auf Mischverträge beschränkend). Ähnlich: *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 419 f.
[546] Vgl. *Nitschke,* Lacunas contratuais, S. 575 (Treu und Glauben als letzter Maßstab für die Schließung von Lücken in Mischverträgen, nachrangig zur Analogie).

II.4.2.2.2.3. Zwischenergebnis

Für das Escrow-Agreement ist keine typische Regelung im Gesetz vorgesehen. Angesichts seiner besonderen Struktur kann das Escrow-Agreement auch keinem gesetzlichen Vertragstypus zugeordnet werden. Das Escrow-Agreement ist somit ein atypischer Vertrag. Ob es sich um einen gemischten oder rein atypischen Vertrag handelt, macht kaum einen Unterschied, da in jedem Fall nur einzelne Bestimmungen typischer Verträge im Wege der Analogie Anwendung finden. Heranzuziehen sind die Vorschriften der Geschäftsbesorgung, die die Interessenverwaltung betreffen. Man kann jedoch nicht pauschal sagen, dass das ganze Geschäftsbesorgungskapitel des Código Civil anwendbar ist; vielmehr ist bei jeder gesetzlichen Regel zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Analogie vorliegen. Auch das Verwahrungsrecht könnte auf ein Besitz-Escrow analog angewendet werden.

Lediglich beim Besitz-Escrow könnte man von einem Mischvertrag sprechen, da sich hier Elemente der Geschäftsbesorgung (insbesondere die Pflicht zur Verwaltung fremder Interessen) und der Verwahrung (Aufbewahrung des Escrow-Gegenstands) finden. Diese Bezeichnung ist aber, wie dargelegt, von geringer praktischer Bedeutung. Die Absorptionstheorie scheidet für das Escrow-Agreement aus, weil kein gesetzlicher Vertragstypus einen Schwerpunkt im Escrow-Verhältnis bildet.

Da das Escrow-Agreement in der Praxis häufig vorkommt, kann man von einem verkehrstypischen Vertrag sprechen.[547] Seine Auslegung und Lückenfüllung wird daher durch die im Verkehr üblichen Gepflogenheiten ergänzt.

II.4.2.2.3. Insbesondere: der Escrow-Account

Ein Escrow-Account liegt vor, wenn der Escrow-Gegenstand aus Buchgeld besteht und auf einem Konto des Escrow-Agenten hinterlegt wird. In der Regel fungiert die Bank selbst als Escrow-Agent. Eine weitere Möglichkeit wurde durch Gesetz Nr. 14.711/2023 mit dem notariellen Escrow-Account in die brasilianische Rechtsordnung eingeführt.

II.4.2.2.3.1. Bank als Escrow-Agent

In der üblichen Konstellation wird ein Bankkonto im Namen von nur einer Hauptpartei eröffnet, und die Bank selbst zum Escrow-Agenten bestellt. Meistens wird ein gewöhnlicher Girokontovertrag als Vorlage des Escrow-Agreements genutzt, das aber soll nicht zur irrigen

[547] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 183.

Schlussfolgerung verleiten, der Escrow-Vertrag wäre in dieser Konstellation ein Girokontovertrag oder ein modifizierter Typus des Girokontovertrags. Die Pflichten des Escrow-Agenten sind im Vergleich zu denen eines schlichten kontoführenden Kreditinstituts durchaus verschieden, und zwar schon deswegen, weil bei der schlichten Kontoführung kein Interessenausgleich zu Tage tritt. Da die Bank beide Tätigkeiten ausübt (Tätigkeit eines Escrow-Agenten und die Kontoführung) werden sie in einer Urkunde zusammengefasst, sind aber zwei verschiedene Verträge.

Der Escrow-Vertrag mit der Bank ist eine dreiseitige Vereinbarung, in der die Befugnisse des Kontoinhabers in weitem Umfang von der Mitwirkung der anderen Hauptpartei abhängig gemacht werden. So können bspw. die Betätigung von Überweisungen und Anlagen mit dem Kontoguthaben nur durch gemeinsame Instruktion erfolgen, und in anderen Fällen werden gewisse Voraussetzungen für die Auszahlung vorgesehen, wie das Nichteinreichen einer Mahnung beim Escrow-Agenten bis zu einem gewissen Zeitpunkt. Gelegentlich wird die Zuständigkeit für das Erteilen von Weisungen bezüglich der Durchführung von Anlagen zwischen den Parteien verteilt. Das Recht auf Auszahlung steht in aller Regel dem Kontoinhaber zu, der Anspruch auf Auszahlung und die Abtretung solchen Anspruchs an die gegnerische Hauptpartei aber stehen unter Bedingung. Es handelt sich also um ein unechtes Escrow-Agreement. Die Einzahlungspflicht ist oft nicht im Escrow-Vertrag vorgesehen, sondern im Hauptgeschäft. Der Bank wird eine Vergütung zugeschrieben, die sie im Normalfall vom Escrow-Account abziehen darf.[548]

Für die Durchführung von gewissen Anlagen (z. B. Kauf von Anteilen in Investmentfonds, die in der Plattform der Bank angeboten werden) kann dem Escrow-Agenten eine Vollmacht gewährt werden. Bei Erteilung entsprechender Weisung schließt dann die Bank direkt die Anlage im Namen des Kontoinhabers ab. Die Anlage darf die Bank mit derselben Vollmacht liquidieren und den entsprechenden Betrag auf den Escrow-Account zurücküberweisen, wenn angeordnet. In dieser Fallgestaltung liegt eine Geschäftsbesorgung nur in Bezug auf eine solche Anlage vor, und der Geschäftsbesorgungsvertrag wird mit dem Escrow-Agreement durch die Regeln der Vertragsverbindung verknüpft.

Die meisten Escrow-Accounts werden verzinst. Dies erfolgt regelmäßig durch den Kauf von Wertpapieren der kontoführenden Bank oder von Dritten (z. B. dem Erwerb von Bankeinlagenzertifikaten – *certificados de depósito bancário* – des Escrow-Agenten oder von

[548] Beispiele hiervon stehen in den Anhängen zu dieser Arbeit.

Drittbanken) neben dem Escrow-Agreement.

Anders als in Deutschland haben sich in Brasilien bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur nennenswerte besondere Rechtsgrundsätze für Treuhandkonten (offene und verdeckte) entwickelt. Dies führt zu Schwierigkeiten im Außenverhältnis des Escrow-Accounts. Das Kontoguthaben ist pfändbares Vermögen des Kontoinhabers – eigentlich das vorrangigste Pfändungsobjekt nach Art. 835, inc. I, CPC. Die brasilianischen Gerichte haben sehr oft Pfändungen in Escrow-Accounts zugelassen. Richtigerweise sollte der Pfändungsgläubiger in solchen Fällen nur den Anspruch des Kontoinhabers aus dem Guthaben pfänden können – wobei dieser Anspruch den Bestimmungen des Escrow-Agreements unterliegt. Da der Auszahlungsanspruch bedingt abgetreten wird, schaden nachträgliche Pfändungen der vorangegangenen Abtretung nicht, wenn die Bedingung eintritt.[549]

Zu guter Letzt ist der Escrow-Account von der sog. „Und-Konto" abzugrenzen. Ein „Und-Konto" ist eine Art des Gemeinschaftskontos, über dessen Guthaben nur sämtliche Beteiligten gemeinschaftlich verfügen dürfen (*conta corrente conjunta* oder *conta coletiva indivisível* oder schlicht *conta „e"*).[550] Das „Und-Konto" betrifft nur das Außenverhältnis der kontoführenden Bank zu den Kontoinhabern. Das Innenverhältnis der Kontoinhaber bleibt unberührt und richtet sich nach den eigenen Bestimmungen.[551] Es gibt also nur eine gemeinschaftlich geltend zu machende Forderung gegen die Bank, nicht eine Einzelforderung je Kontoinhaber. Das „Und-Konto" stellt in manchen Fällen ein taugliches Sicherungsmittel dar, weil Überweisungen ohne Mitwirkung der anderen Hauptpartei unmöglich sind. In Deutschland z. B. kommt diese Struktur zuweilen vor, um die mit einem Escrow-Agreement verbundenen Kosten zu vermeiden.[552] Diese Konstellation könnte dem Escrow-Account ähneln, wenn Überweisungen aus dem Escrow-Account nur unter gemeinsamen Instruktionen der Hauptparteien erlaubt wären.

Das „Und-Konto" unterscheidet sich vom Escrow-Agreement in dreierlei Hinsicht. Das erste Abgrenzungsmerkmal liegt darin, dass die Bank bei einem Und-Konto die Pflicht zur Kontoführung, aber nicht zur Wahrnehmung widerstreitenden Interessen übernimmt. Ein gewisser Ausgleich der widerstreitenden Interessen wird im Innenverhältnis erzeugt; der Bank

[549] Mehr dazu in Kap. II.2.1.2.2.2.
[550] Vgl. *Abrão*, Direito bancário, S. 231; *Waisberg/Gornati*, Direito bancário, S. 141; *Covello*, Contratos bancários, S. 108.
[551] Vgl. *Salomão Neto*, Direito bancário, S. 262 f.
[552] Vgl. *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement, S. 96; *Meyer-Sparenberg/Jäckle*, Beck'sches M&A-Handbuch, § 48, Rn. 136; Kiem/*Neuhaus*, Kaufpreisregelungen, § 4, Rn. 62.

gegenüber muss der Zweck der Errichtung des Und-Kontos jedoch nicht einmal mitgeteilt werden. Zweites Abgrenzungsmerkmal ist der Mangel an einer bedingten Forderungsabtretung an die gegnerische Hauptpartei. Mit Einzahlung auf das Und-Konto erhalten die Kontoinhaber gemeinschaftlich einen Anspruch auf Auszahlung, nur die Verfügung über das Guthaben ist beschränkt. Der Auszahlungsanspruch wird nicht bedingt abgetreten. Etwaige Bedingungen für die Überweisung an eine Partei des zugrundeliegenden Geschäfts stehen ausschließlich im Innenverhältnis und berühren die Beziehung mit der Bank nicht. Aus dem oben Gesagten folgt das dritte Abgrenzungsmerkmal: Der für das Escrow-Agreement charakteristische Sicherungs- und Erfüllungszweck wird nicht in den Vertrag mit der Bank aufgenommen. Sie sind bloßes Motiv des Rechtsgeschäfts mit der Bank, werden aber nicht Vertragsbestandteil. Wie das Guthaben auf dem Und-Konto zur Sicherung und Tilgung der Forderungen aus dem Hauptgeschäft zu behandeln ist, richtet sich allein nach den Bestimmungen des Hauptgeschäfts.

Die drei Parteien (Bank + Hauptparteien) können das Verhältnis so gestalten, dass beide Hauptparteien gemeinsam das Konto unterhalten. Wenn die Bank eine echte Wahrnehmung gegenläufiger Interessen unter Berücksichtigung des Sicherungs- und Erfüllungszwecks übernimmt, und eine Hauptpartei seine Inhaberschaft am Konto bedingt aufgibt, so liegt ein Escrow-Agreement vor. Diese Konstellation würde sich jedoch nicht von der oben erläuterten Konstellation unterscheiden. Neben der Tätigkeit als Escrow-Agent besteht auch ein Kontoführungsverhältnis, das jedoch nicht als Einzelkonto, sondern als Und-Konto ausgestaltet ist.

II.4.2.2.3.2. Notarieller Escrow-Account

Der notarielle Escrow-Account wurde in Brasilien durch Gesetz Nr. 14.711/23 eingeführt, welches dem Gesetz Nr. 8.935/94 den Art. 7°-A, § 1°, hinzugefügt hat. Gemäß dieser Vorschrift dürfen Notare den Kaufpreis und sonstige mit dem Geschäft verbundenen Werte in Empfang nehmen und der berechtigten Partei bei Eintritt der maßgeblichen Bedingungen weiterleiten. Solche Werte werden in einem verbundenen Bankkonto aufbewahrt und bilden ein getrenntes Vermögen (*patrimônio segregado*). Dementsprechend dürfen sie nicht durch ein Gericht oder eine Steuerbehörde aufgrund von Verbindlichkeiten des Hinterlegers, des Notars oder sonstiger Partei gepfändet werden, wenn diese keinen Bezug zum Geschäft haben. Sonst wird über dieses besondere Bankkonto nichts weiter geregelt.

Diese Umschreibung ist zwar lakonisch, aber für das Begreifen als gesetzestypischen Sachverhalt ausreichend. Trotzdem hindert es die Zuordnung dieses notariellen fiduziarischen Kontos zu dem Escrow-Agreement nicht. Im Gegensatz zu Deutschland, wo die notarielle

Hinterlegung ausführlich gesetzlich geregelt ist und anerkanntermaßen treuhänderische Züge aufweist, sodass sie nicht unter dem Schirm eines Escrow-Agreement-Oberbegriffs stehen muss, führt im brasilianischen Recht die Einordnung des notariellen fiduziarischen Kontos in das Escrow-Agreement zu erheblichen praktischen Konsequenzen. Mit anderen Worten wäre der notarielle Escrow-Account eine ausnahmsweise typische Erscheinung des Escrow-Agreements – welches in aller Regel ein atypisches fiduziarisches Geschäft darstellt, wie oben erläutert.

Vorwiegend trägt die hier vorgeschlagene Zuordnung des notariellen Escrow-Accounts zu der allgemeineren Rechtsfigur des Escrow-Agreements der Herausbildung von Kriterien zur analogen Anwendung gewisser Gesetzesvorschriften des Geschäftsbesorgungsvertrags bei. Zudem können die verkehrstypischen Züge des Escrow-Agreements konkrete Anhaltspunkte für die Auslegung und Lückenfüllung des notariellen Escrow-Accounts bieten. Eigenheit dieser typischen Konstellation ist die ausdrückliche Gesetzeserlaubnis zur Bildung eines getrennten Vermögens. Das ist in anderen Fällen nicht möglich, weil getrennte Vermögen nur erlaubt sind, wo das Gesetz es zulässt.[553]

Jedenfalls ist zu beachten, dass das Escrow-Verhältnis des Notars zu den Hauptparteien vom bankrechtlichen Verhältnis des Notars mit dem Kreditinstitut zu unterscheiden ist. Der Notar ist als Mittelmann dazwischengeschaltet, und die Kontoinhaberschaft steht ihm allein zu. Nur er darf über das Konto verfügen. Das Gesetz sagt nichts über den Inhalt des bankrechtlichen Verhältnisses, dieses ist in einer Gesamtvereinbarung der einschlägigen Bundesberufsverbände (*entidades de classe de âmbito nacional*) mit den Kreditinstituten zu regeln. Gleichermaßen wird nichts über das Escrow-Verhältnis gesagt, außer, dass Notare ein getrenntes Vermögen mit dem Kontoguthaben schaffen können. Daraus folgt die Bedeutung, den notariellen Escrow Account als Escrow Agreement zu qualifizieren.

II.5. Besitzrechtliche Aspekte

Mit Übergabe einer Sache an den Escrow-Agenten wird die Frage aufgeworfen, wie die Besitzverhältnisse sind. Die Problematik ist von zentraler Bedeutung beim Besitz-Escrow, weil der Verlust unmittelbaren Besitzes des Hinterlegers das technisch juristische Mittel zur Verfügungsverhinderung bildet. Die Hauptparteien haben in einem Escrow-Agreement zwar nicht den unmittelbaren Besitz der Sache, dennoch reicht die Verschaffung des mittelbaren Besitzes

[553] Vgl. *Marcondes*, Problemas de direito mercantil, S. 92; *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 86); *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 67

in der Person eines Dritterwerbenden im Prinzip für eine Verfügung aus. Damit das Escrow-Agreement seinem Zweck gerecht wird, müssen also die Besitzverhältnisse so ausgestaltet werden, dass entweder den Hauptparteien der mittelbare Besitz entzogen oder eine Art mittelbarer Besitz verschafft wird, der nicht an Dritte übertragbar ist. Nur so werden Verfügungen über den Escrow-Gegenstand mittels Übertragung mittelbaren Besitzes (etwa durch Abtretung des Herausgabeanspruchs oder Besitzkonstitut, §§ 930 f. BGB, Art. 1.267, Einzelparagraf, CC) gehemmt. Wie das Escrow-Agreement mit diesen sachenrechtlichen Aspekten zusammenhängt, ist Gegenstand dieses Kapitels. Auch beim Vollrecht-Escrow ist die Besitzlage relevant, da gewisse Rechtsfolgen (hauptsächlich der Besitzschutz) an den Besitz anknüpfen.

II.5.1. Deutschland

Angesichts der Subsumtion des Escrow-Agreements unter die Treuhandverhältnisse können die Besitzverhältnisse in einer Treuhand als Ausgangspunkt für den Aufbau des Besitzes im Escrow-Agreement fungieren. Dafür sind zwei Grundkonzepte maßgeblich: Der mittelbare Besitz und der Eigen- bzw. Fremdbesitz.

Der mittelbare Besitz nach § 868 BGB ist die Herrschaft über eine Sache, die durch eine weitere Person (den unmittelbaren Besitzer) aufgrund eines besonderen Verhältnisses mit und für den mittelbaren Besitzer auf Zeit ausgeübt wird.[554] Es ist notwendiger Bestandteil des mittelbaren Besitzes, dass die tatsächliche Sachherrschaft beim unmittelbaren Besitzer bleibt, welcher dann i. d. R. nur Fremdbesitz an der Sache hat.[555] Zwischen den Beteiligten entsteht ein Besitzmittlungsverhältnis, aus dem der unmittelbare Besitzer vom mittelbaren Besitzer sein Besitzrecht ableitet. Deswegen wird gängig behauptet, das Besitzrecht des mittelbaren Besitzers müsse stärker bzw. umfassender sein,[556] oder die besitzrechtliche Stellung des unmittelbaren Besitzers wäre ein Ausschnitt derjenigen des Mittelbaren.[557]

Das Besitzmittlungsverhältnis setzt voraus, dass der mittelbare Besitzer einen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer hat, der nur auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Der Anspruch auf Herausgabe ist ein wichtiges Kriterium für die Ermittlung eines Besitzmittlungsverhältnisses, da der mittelbare Besitzer ohne ihn seine Sachherrschaft

[554] Vgl. Staudinger/*Gutzeit*, § 868 BGB, Rn. 5.
[555] Vgl. Beck-OGK/*Götz*, § 868 BGB, Rn. 24 f.
[556] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 868 BGB, Rn. 22 (obwohl der Autor selbst diese Meinung eher kritisch betrachtet).
[557] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 7, Rn. 40.

nicht durchsetzen kann.[558] Die Herausgabe kann auf der Gestattung eines (vor allem beschränkten dinglichen) Rechts oder auf der Wahrnehmung der Interessen des mittelbaren Besitzers basieren.[559] Die Rechtsgrundlage des Herausgabeanspruchs kann im Vertrag, in der ungerechtfertigter Bereicherung, im Eigentum usw. bestehen, diesbezüglich gibt es keine Einschränkung.[560] Ein bedingter, befristeter oder gar von der Ausübung eines Gestaltungsrechts abhängiger Herausgabeanspruch reicht ebenfalls für ein Besitzmittlungsverhältnis aus.[561] Schließlich muss der unmittelbare Besitzer den Besitzmittlungswille haben, in Anerkennung des Herausgabeanspruchs die Sachherrschaft für einen anderen zu vermitteln. Sein Wille muss nicht, die Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung erfüllen; vielmehr genügt der natürliche Wille. Allerdings muss der Wille objektiv erkennbar sein.[562]

Der mittelbare Mitbesitz kann schlicht oder qualifiziert sein. Im letzteren Fall können die Mitbesitzer die Herausgabe der Sache nur gemeinsam verlangen.[563] Handelt es sich umgekehrt um schlichten mittelbaren Mitbesitz, so darf jeder Mitbesitzer unabhängig von dem anderen den Herausgabeanspruch ausüben.[564]

Nach § 872 BGB ist Eigenbesitzer, wer die Sache als ihm gehörend besitzt. Der Eigenbesitzer besitzt die Sache willentlich wie ein Eigentümer, für sich selbst und unter Ausschluss anderer Personen. Die subjektive (natürliche) Willensrichtung ist also maßgeblich für die Einordnung. Ob er tatsächlicher Eigentümer ist, spielt keine Rolle. Er muss sich nicht für Eigentümer halten und auch unter Bewusstsein seiner fehlenden Eigentümerstellung kann er Eigenbesitz ausüben.[565] Der Fremdbesitzer hingegen handelt normalerweise als Besitzmittler für einen anderen, weil er keinen Willen hat, die Sache als Eigentümer zu besitzen.[566] Er besitzt mit der Willensrichtung des Inhabers eines sonstigen, beschränkt dinglichen oder obligatorischen Rechts.[567] Es kommt nicht auf die Besitzform an, ob mittelbarer oder unmittelbarer, Teil- oder Mitbesitz usw.; der Eigen- oder Fremdbesitz kann in jeder Form vorkommen.[568] Der Besitzschutz nach §§ 854-871 BGB ist grundsätzlich gleich für beide Besitzarten, nur manche

[558] Vgl. Staudinger/*Gutzeit*, § 868 BGB, Rn. 23.
[559] Vgl. *Wilhelm*, Sachenrecht, Rn. 491.
[560] Vgl. Beck-OGK/*Götz*, § 868 BGB, Rn. 43.
[561] Vgl. Staudinger/*Gutzeit*, § 868 BGB, Rn. 23; MünchKomm/*F. Schäfer*, § 868 BGB, Rn. 16; Beck-OGK/*Götz*, § 868 BGB, Rn. 44.
[562] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 866 BGB, Rn. 29, § 868 BGB, Rn. 17.
[563] Vgl. Beck-OGK/*Götz*, § 866 BGB, Rn. 29; MünchKomm/*F. Schäfer*, § 866 BGB, Rn. 12.
[564] Vgl. Beck-OGK/*Götz*, § 866 BGB, Rn. 24.
[565] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 872 BGB, Rn. 3.
[566] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 872 BGB, Rn. 6.
[567] Vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 7, Rn. 89.
[568] Vgl. Beck-OGK/*Götz*, § 872 BGB, Rn. 4.

Vorschriften außerhalb des Besitzrechts knüpfen an Eigenbesitz an (bspw. die Ersitzung nach § 937 und die Haftung beim Gebäudeeinsturz nach § 836 BGB).[569] Da beim Eigenbesitz regelmäßig kein auf die Vermittlung für eine andere Person gerichteter Wille festzustellen ist, geht die h. M. von der Einordnung des unmittelbaren Besitzers als Fremdbesitzer aus.[570]

Mit diesen beiden Begriffen im Hinterkopf kann man sich der Frage nach den Eigentumsverhältnissen in der Treuhand nähern. Wenn die Untersuchung ergibt, dass der Treuhänder keinen Besitz mittelt, dann ist der Treugeber nicht einmal mittelbarer Besitzer und, wenn das auch so beim Escrow-Agreement ist, dann ist den Hauptparteien der Weg der Verfügung mittels Übergabe mittelbaren Besitzes blockiert. Wenn der Treuhänder (Escrow-Agent) umgekehrt Besitzmittler ist, dann sind die Treugeber (Hauptparteien) mittelbare Besitzer und es muss noch analysiert werden, um welche Art mittelbaren Besitzes es sich handelt und ob der mittelbare Besitz einseitig übertragen werden darf.

In der fiduziarischen Treuhand ist der Treuhänder Eigentümer. Bleibt das Treugut bei ihm, so könnte dem ersten Anschein nach die Ausübung Eigenbesitzes anerkannt und demzufolge keine Besitzmittlung begründet werden.[571] Folglich hätte der Treugeber nicht einmal mittelbaren Besitz am Treugut. In der Verwaltungstreuhand verwaltet der Treuhänder das Treugut im Interesse des Treugebers. Dann könnte ein Besitzmittlungsverhältnis trotz Eigentum des Treuhänders bejaht werden, wenn dem Treugeber ein Herausgabeanspruch zusteht.[572] Das heißt, der Treuhänder wäre Eigentümer und unmittelbarer Besitzer, während der Treugeber nur mittelbaren Besitz hätte. In der Sicherungstreuhand behält der Treugeber normalerweise den unmittelbaren Besitz und mittelt dem Treuhänder Besitz.[573] Liegt umgekehrt die Sache beim Sicherungstreuhänder, so entsteht nach einer verbreiteten Auffassung kein Besitzmittlungsverhältnis, denn er unterhalte die Sache als Eigenbesitzer.[574] Nach anderer Auffassung behalte der Sicherungsnehmer den Gegenstand als ihm gehörend erst nach Verwertungsreife; davor handele er als Besitzmittler für den Sicherungsgeber.[575] Eine weitere Meinung besagt, dass keine pauschale Antwort vor Verwertungsreife gegeben werden könnte, weil sich in der Sicherungstreuhand eigen- und fremdnützige Elemente vermischen; beim Wegfall des Sicherungszwecks,

[569] Vgl. Beck-OGK/*Götz*, § 872 BGB, Rn. 11 f.; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 7, Rn. 88, 94.
[570] Vgl. m. w. N. Beck-OGK/*Götz*, § 868 BGB, Rn. 46.
[571] Vgl. *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 166 (insb. Fn. 38); *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 156.
[572] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 156; *Fleckner*, ZIP 2013, 389 (395 ff.) (auf der in der Rechtsprechung längst gefestigten Insolvenz- und Vollstreckungsfestigkeit des Treuguts basierend).
[573] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 157; RGZ 132, 183 (186).
[574] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 872 BGB, Rn. 8; Staudinger/*Gutzeit*, § 872 BGB, Rn. 5; BGH JZ 1969, 433.
[575] Vgl. BGH NJW 1961, 777 (778).

etwa wegen Schuldtilgung, wäre der Sicherungsnehmer nur Fremdbesitzer, soll sich demnach die Sicherungstreuhand in eine Verwaltungstreuhand umwandeln.[576] In der Doppeltreuhand mit Sicherungscharakter mittele der Treuhänder trotz seiner Eigentümerstellung beiden Treugebern den Besitz als Fremdbesitzer.[577]

Der Schlüssel zur Klärung dieser Frage liegt darin, dass sich die Besitzverhältnisse nicht allgemein für alle Treuhandverhältnisse begreifen lassen, sondern nur differenziert nach den verschiedenen Treuhandtypen, wie *Fleckner* zutreffend hervorhebt.[578] Der Escrow-Agent hat kein Eigeninteresse am Escrow-Gegenstand. Er rechnet von Anfang an mit dem Besitzverlust zu einem späteren Zeitpunkt, weil entweder der Begünstigte oder der Hinterleger den Auslieferungsanspruch erwerben wird. Der Gegenstand wird bei jedem Escrow-Agreement zwangsläufig herausgegeben. Der Besitzmittlungswille des Escrow-Agenten ist deutlich erkennbar, da er im Interesse der Hauptparteien und in Anerkennung des – auch wenn nur künftigen – Auslieferungsanspruchs des Berechtigten handelt. Das trifft unabhängig davon zu, ob es sich um ein Besitz- oder Vollrecht-Escrow handelt, denn nicht die Eigentümerstellung, sondern der Besitzmittlungswille ist maßgebend. Auch der Eigentümer kann Fremdbesitzer sein. Alle Voraussetzungen für die Besitzmittlung durch den Escrow-Agenten gegenüber den Hauptparteien gemeinsam liegen also vor. Die Besitzverhältnisse beim Escrow-Agreement unterscheiden sich insoweit nicht vom klassischen Fall der Sicherungsdoppeltreuhand.

Es bleibt nur zu prüfen, um welche Art des mittelbaren Besitzes es geht. Da der Escrow-Agent für beide Hauptparteien Besitz mittelt und ihnen gegenüber unparteilich und unabhängig zu handeln hat, kann in diesem Fall ein mittelbarer Mitbesitz anerkannt werden. Die Hauptparteien dürfen vor Bedingungseintritt (oder -ausfall) den Auslieferungsanspruch nur gemeinschaftlich ausüben. Sie sind folglich qualifizierte Mitbesitzer. Diese Besitzart lässt sich nicht ohne Mitwirkung des Mitbesitzers übertragen, zumindest nicht für die Zwecke der wirksamen Eigentumsübertragung.[579] Im Ergebnis gelingt es dem Escrow-Agreement, die Durchführung

---

[576] Vgl. *Fleckner*, ZIP 2013, 389 (397).

[577] Vgl. *Bitter*, ZIP 2015, 2249 (2256 f.); BGH NJW-RR 2016, 242 (insb. Rn. 21) – in dem Fall hat der Aktieninhaber die als Sicherheit angebotenen Aktien bei einer Wertpapiersammelbank hinterlegt, die als unmittelbare Fremdbesitzer galt. Die Pfändungsgläubiger Depotbanken waren daher mittelbare Fremdbesitzer erster Stufe, der Treuhänder (zu dem die Aktien zu Eigentum übertragen worden sind) als Fremdbesitzer zweiter Stufe und schließlich der Schuldner mittelbare Eigenbesitzer dritter Stufe. Dagegen versteht *Coing*, dass, wenn der Treuhänder auf die Wahrung gegenläufiger Interessen angewiesen ist, kein Herausgabeanspruch und daher auch kein Besitzmittlungsverhältnis angenommen werden könnte (*Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 156).

[578] Vgl. *Fleckner*, ZIP 2013, 389 (395).

[579] Ähnlich zur im Textkörper geäußerten Meinung: Beck-OGK/*Klinck*, § 930 BGB, Rn. 19 (Besitzkonstitut des mittelbaren Besitzes nur durch einen Mitbesitzer taugt nicht für den Eigentumserwerb).

der Sachübergabe sowie Übergabesurrogate im Kontext des Eigentumsübergangs zu hemmen.

Wenngleich diese Schlussfolgerung für ein echtes Escrow-Agreement leichtfällt, könnte sie bei einem unechten Escrow-Agreement fraglich sein, da eine Hauptpartei alleinige Inhaberin des Auslieferungsanspruchs ist. Aber auch in unechten Escrow-Agreements sind die Hauptparteien qualifizierte mittelbare Mitbesitzer. Der Auslieferungsanspruch ist vom Interesse der anderen Hauptpartei am Escrow-Gegenstand eingeschränkt, und der Escrow-Agent wird davon in Kenntnis gesetzt. Des Weiteren wird der Auslieferungsanspruch beim Bedingungseintritt an die andere Hauptpartei abgetreten, sodass der Escrow-Agent in Anerkennung der Zeitweiligkeit seines Besitzes auch zugunsten des bedingt Berechtigten besitzt.

Nach Bedingungseintritt oder -ausfall ändert sich die Rechtslage des Besitzes. In einem echten Escrow-Agreement erlischt der bedingte Auslieferungsanspruch des Nichtberechtigten und somit auch der Mitbesitz. Der Escrow-Agent mittelt den Besitz sodann nur für den Berechtigten als alleinigen Besitzer.[580] Ab diesem Moment darf der Berechtigte wirksam über den Escrow-Gegenstand verfügen, indem er den mittelbaren Besitz für einen Dritterwerber schafft, sei es durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB sei es durch Abschluss eines Besitzkonstituts mit einem höherstufigen mittelbaren Besitzers nach § 930 BGB. In einem unechten Escrow-Agreement verbleibt nach Bedingungseintritt oder -ausfall auch nur ein Berechtigter und nur ihm steht der Auslieferungsanspruch zu. Ausschließlich er ist mittelbarer Besitzer.

II.5.2. Brasilien

Um die Verhinderung von Verfügungen durch Übertragung des mittelbaren Besitzes ermitteln zu können, müssen zuerst der Begriff sowie die Arten des mittelbaren Besitzes zugrunde gelegt werden.

Der Besitz ist in Brasilien im Art. 1.196 CC als die faktische Ausübung einer der dem Eigentum innewohnenden Befugnisse begriffen. Da sich die wirtschaftliche Ausnutzung der Sache durch den Eigentümer auch über Dritte entfalten kann,[581] sieht das Código Civil ausdrücklich die Spaltung des Besitzes in mittelbaren und unmittelbaren Besitz vor. Nach Art. 1.197 CC steht der unmittelbare Besitz desjenigen, der zeitweilig die Sache unter seiner Gewalt hat, den mittelbaren Besitz desjenigen, von wem der unmittelbare Besitz erlangt wird, nicht

[580] Vgl. *Bitter*, ZIP 2015, 2249 (2257) (auf einen Fall der Vollrechtsübertragung in einer Sicherungsdoppeltreuhand stützend).
[581] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. IV, S. 45; *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 86.

entgegen. Der unmittelbare Besitz ist nur zeitweilig, weil die dem unmittelbaren Besitzer zustehenden Eigentumsbefugnisse später dem mittelbaren Besitzer zurückgewährt werden müssen.[582] Es liegt in der Abspaltung des Besitzes ein schuld- oder sachenrechtliches Rechtsverhältnis zugrunde und fungiert als Rechtsgrund für den Erhalt des unmittelbaren Besitzes.[583_584] Ferner legt dieses Rechtsverhältnis die dem unmittelbaren Besitzer übertragenen Befugnisse fest, sodass der unmittelbare Besitz dem Mittelbaren stets untergeordnet bleibt.[585] Die faktische Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers bleibt somit erhalten.

Der mittelbare Besitzer muss die einem Eigentümer zustehenden Befugnisse ausüben,[586] ansonsten wäre er rechtstechnisch kein Besitzer. Der eigentliche Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz besteht in dem geringeren Umfang und in der Zeitweiligkeit der dem unmittelbaren Besitzer eingeräumten Eigentumsbefugnisse vis-à-vis dem mittelbaren Besitzer.[587] Der mittelbare Besitzer gibt solche Befugnisse nur für die Zeit des unmittelbaren Besitzes auf; er erlangt sie aber in der Zukunft zurück (oder kann sie mindestens zurückerlangen), wie ein Gummiband.[588] Dies erfolgt nur, weil der mittelbare Besitzer einen Herausgabeanspruch gegen den Unmittelbaren hat. Das zugrundeliegende Rechtsverhältnis entscheidet, wann und wie solche Befugnisse zurückzugewähren sind.[589] Der mittelbare Besitz ist nicht nur der Herausgabeanspruch selbst, dieser ist aber ein unverzichtbarer Teil davon.

Im Gegensatz zu Deutschland knüpft die Debatte über die Mittelbarkeit oder die Unmittelbarkeit des Besitzes in Brasilien kaum an den Eigen- oder Fremdbesitz an. Diese

---

[582] Vgl. Teixeira/*Santos*, Comentários ao novo código civil, Bd. XV, S. 57.

[583] Vgl. *Fulgêncio*, Da posse e das ações possessórias, Rn. 16; *Beviláqua*, Direito das coisas, Bd. 1, S. 34; *Bezerra de Melo*, Direito das coisas, S. 34; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código civil interpretado, Bd. III, S. 455; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. IV, S. 45 f.; Teixeira/*Santos*, Comentários ao novo código civil, Bd. XV, S. 54; *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 85 ff.

[584] Nach einer von *Pontes de Miranda* verbreiteten Meinung wäre das Verhältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz rein faktisch, obwohl die Existenz eines Verhältnisses zwischen den Besitzern und mithin eines Herausgabeanspruchs im Moment des Zustandekommens des mittelbaren Besitzes nicht zu leugnen wäre (vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 164). Einige Seiten später sagt er jedoch, der Herausgabeanspruch wäre eine Folge und nicht die Ursache der Besitzabspaltung (S. 175). Das zugrundeliegende Rechtsverhältnis scheint bei *Pontes de Miranda* nur eine Entstehungsvoraussetzung zu sein, aber kein dauerndes Merkmal des gespaltenen Besitzes. Eine tiefe Untersuchung der Besitzspaltung bildet keinen Gegenstand dieser Arbeit, aber die Auffassung *Pontes de Miranda* scheint mindestens teilweise, im Einklang mit der herrschenden Lehre zu stehen.

[585] Vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 86.

[586] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 168.

[587] Diese zwei Voraussetzungen waren schon in den Motiven zu dem CC1916 enthalten, siehe *Fulgêncio*, Da posse e das ações possessórias, Rn. 23.

[588] Die Elastizität der Befugnisse des mittelbaren Besitzers könnte eigentlich als Folge der Elastizität des Eigentums angesehen werden (zur Elastizität des Eigentums, siehe *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 5, S. 252 f.; *Espínola,* Posse – propriedade, S. 166, Fn. 142).

[589] Siehe dazu oben Kap. II.2.2.2.1.2.

Unterscheidung ist dementsprechend für die Zwecke dieser Arbeit irrelevant. Unabhängig von der Eigentümerstellung kann der Besitz mittelbar oder unmittelbar sein, je nach Umfang und Dauer der faktischen Gewalt über die Sache.

In einem Escrow-Agreement haben die Hauptparteien rechtlich und faktisch die Möglichkeit, den Escrow-Gegenstand zu verlangen. Dem Escrow-Agenten ist von Anfang an bewusst, dass seine faktische Herrschaft über den Gegenstand beim Bedingungseintritt oder -ausfall zu enden hat. Überdies sind die von ihm ausgeübten Eigentümerbefugnisse schmaler im Vergleich zu denen der Hauptparteien eingeschränkt, da letztere immer die Möglichkeit haben, die Herausgabe mit endgültigem Charakter zu verlangen. Die Hauptparteien sind also mittelbare Mitbesitzer des Escrow-Gegenstands. Selbst in einem Vollrecht-Escrow wird das Besitzverhältnis trotz Eigentümerstellung in dieser Weise aufgebaut, denn das Eigentum des Escrow-Agenten ändert nichts an der Zeitweiligkeit und am Umfang seiner Befugnisse über den Gegenstand.

Was die Art des Mitbesitzes betrifft, so können in Brasilien zwei Personen nicht gleichzeitig und in vollem Umfang Besitzer derselben Sache sein (Besitz *in solidum*).[590] Doch können zwei Personen je über einen Teil der Sache, anderenfalls nur anteilsmäßig in ideellen Bruchteilen (*pro indiviso*) Besitz haben (Mitbesitz – *composse*). Im letzteren Fall darf jeder Besitzer den Besitz über die ganze Sache ausüben, sofern er die anderen Mitbesitzer von solcher Ausübung nicht ausschließt (Art. 1.199 CC).[591] Der Mitbesitz *pro indiviso* kann einfach oder gesamthänderisch sein. Beim einfachen Mitbesitz *pro indiviso* hat jeder Mitbesitzer die unabhängige faktische Herrschaft über die Sache, während beim gesamthänderischen Mitbesitz kein Mitbesitzer eine unabhängige faktische Gewalt über die Sache hat.[592] Der Mitbesitz ist sowohl auf unmittelbarer als auch auf mittelbarer Besitzebene möglich.[593]

Der mittelbare Mitbesitz der Hauptparteien in einem Escrow-Agreement ist *pro indiviso* und gesamthänderisch. Keine von ihnen darf vor Bedingungseintritt oder -ausfall Auslieferung des Gegenstands verlangen, da dies dem Sicherungszweck zuwiderläuft; einseitig kann auch keine Hauptpartei das Vorgehen des Escrow-Agenten mit dem Escrow-Gegenstand bestimmen. Gemeinsam dürfen sie es. Die Unterhaltung des Sacheigentums durch den Escrow-Agenten, etwa in einem Vollrecht-Escrow, ändert nichts an der Besitzlage.

---

[590] Vgl. *Chalhub*, Direitos reais, S. 40; *Rodrigues Pereira*, Direitos das coisas, Bd. I, § 7°, 1.
[591] Vgl. *Espínola,* Posse – propriedade, Rn. 41 f.; *Fulgêncio*, Da posse e das ações possessórias, Rn. 29 f.
[592] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 181 f.; Teixeira/*Santos*, Comentários ao novo código civil, Bd. XV, S. 79 f.
[593] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. X, S. 180.

Man könnte sich fragen, ob in einem unechten Escrow-Agreement der Mitbesitz auch gesamthänderisch ist, denn der Herausgabeanspruch steht nur einer Hauptpartei allein zu. In der Tat darf der Anspruchsinhaber den Anspruch nicht beliebig ausüben, weil es der Sicherungszweck des Escrow-Agreements verbietet. In vielen Fällen stehen Weisungen des Anspruchsinhabers in Abhängigkeit von der Zustimmung der anderen Hauptpartei; anderenfalls sorgt das Escrow-Agreement dafür, dass die faktischen Befugnisse des Anspruchsinhabers über den Escrow-Gegenstand stark beschränkt werden, um den Sicherungszweck nicht zu beeinträchtigen. Vor allem darf der Escrow-Agent keine Weisung des Anspruchsinhabers befolgen, welche mit dem Sicherungszweck unvereinbar ist. Eine anderweitige Ausübung des mittelbaren Besitzes bedarf stets der Mitwirkung der gegnerischen Hauptpartei. Im unechten Escrow-Agreement ist der mittelbare Mitbesitz also auch gesamthänderisch.

Diese Art des mittelbaren oder unmittelbaren Mitbesitzes lässt sich nicht ohne Mitwirkung sämtlicher Mitbesitzer auf einen Dritten übertragen. Bringt der Mitbesitzer einen Dritten in das Besitzverhältnis gegen den Willen des anderen Mitbesitzers, so stört oder entzieht er den Besitz seines Mitbesitzers. Wenn der Mitbesitz gesamthänderisch ist, darf auch seine Übertragung nur gesamthänderisch erfolgen. Der Escrow-Agent darf auch nicht den Weisungen eines Dritten Folge leisten. Im Ergebnis kann keine Hauptpartei allein eine rechtsgeschäftliche Verfügung über den Escrow-Gegenstand durch Verschaffung des mittelbaren Besitzes in der Person eines Dritterwerbenden verwirklichen.

Nach Bedingungseintritt bzw. -ausfall erlischt in einem echten Escrow-Agreement der bedingte Herausgabeanspruch der einen Hauptpartei und mithin auch der mittelbare Mitbesitz. Der Berechtigte allein hat ab diesem Moment den Herausgabeanspruch und tritt als alleiniger mittelbarer Besitzer auf. In einem unechten Escrow-Agreement passiert Ähnliches. Nach wie vor dem Bedingungseintritt oder -ausfall bleibt nur eine Hauptpartei Inhaber des Auslieferungsanspruchs, jede Beschränkung in der Ausübung mittelbaren Besitzes erlischt hingegen ab diesem Zeitpunkt, sodass der Mitbesitz in „ordentlichen“ Besitz übergeht.

II.5.3. Fazit

In Deutschland und in Brasilien verschafft das Escrow-Agreement den Hauptparteien den mittelbaren Mitbesitz des Escrow-Gegenstands. Die faktische Gewalt der Hauptparteien über den Escrow-Gegenstand darf dann nur gemeinschaftlich ausgeübt werden – qualifizierter Mitbesitz in Deutschland bzw. gesamthänderischer Mitbesitz in Brasilien. Diese besondere Art des Mitbesitzes sperrt jeglichen Versuch, einem Dritterwerber den mittelbaren Besitz des

Escrow-Gegenstands zu übertragen, sofern die andere Hauptpartei nicht mitwirkt. Das Escrow-Agreement ist daher ein taugliches Mittel, um den Übergang mittelbaren Besitzes und damit Verfügungen über den Escrow-Gegenstand zu verhindern.

II.6. Verhältnis zum Hauptgeschäft

Das Escrow-Agreement trägt seinen Entstehungsgrund nicht in sich selbst. Da es stets die Erfüllung und Absicherung eines außerhalb ihm liegenden Rechtsgeschäfts ausführt, müssen die gegenseitigen Einflüsse zwischen den beiden Rechtsgeschäften präzisiert werden. Im Grundsatz ist das Escrow-Agreement zu weitem Umfang von den Ereignissen im Hauptgeschäft insoweit unabhängig, als solche Ereignisse nicht in das Escrow-Agreement mit aufgenommen werden. Diese Aufnahme erfolgt meistens in Form einer Bedingung zur Weiter- bzw. Rückgabe des Gegenstands.[594] Doch sehen die Hauptparteien nicht immer alle Umstände vor, die das Hauptgeschäft beeinflussen und sich auf das Escrow-Agreement auswirken können.

Eine erschöpfende Betrachtung aller möglichen Ausprägungen ist angesichts der unzähligen Praxisfälle unmöglich. Hier sind nur drei Aspekte zu erforschen, nämlich: die sich aus der Vertragsverbindung ergebenden Wirkungen, die Auslegungsstrenge und die Erfüllungswirkung des Hauptgeschäfts.

II.6.1. Vertragsverbindung

Die wichtigsten (und auch streitanfälligsten) Ereignisse bilden die Vertragsstörungen und Unwirksamkeitsgründe des Hauptgeschäfts. Entsteht für den Hinterleger z. B. ein Schadensersatzanspruch aus dem Hauptgeschäft, wird er möglicherweise einen Teil vom hinterlegten Betrag zurückverlangen. Oder tritt er vom Hauptgeschäft zurück, wünscht er den hinterlegten Betrag zurückbekommen. Doch ist den Hauptparteien Zugriff auf den Escrow-Gegenstand prinzipiell verwehrt, um Vorfälle des Hauptgeschäfts abzuwickeln, die nicht im Escrow-Agreement selbst als Bedingung enthalten sind. Sonst würde die Sicherungs- und Erfüllungsfunktion ins Leere laufen. Zu welchem Umfang die zwei Verträge (Hauptgeschäft und Escrow-Agreement) einander beeinflussen, lässt sich nur anhand der Art der Vertragsverbindung beantworten.

Es muss also zunächst untersucht werden, ob Escrow-Agreement und Hauptgeschäft in einer Vertragsverbindung stehen, und darauffolgend, welche Wechselwirkungen daraus

[594] Mehr dazu oben Kap. II.2.1.

gezogen werden können.

II.6.1.1. Deutschland

In Deutschland bezeichnet man als Vertragsverbindung den Sachverhalt, in dem mehrere Geschäfte, die selbständig voneinander bestehen könnten, nach dem Parteiwillen zu einer Einheit zusammengesetzt werden, sodass sie miteinander „stehen und fallen".[595] Maßgeblich für die Beurteilung, ob es sich um Verbindungsverträge handelt, ist der Einheitlichkeitswille der Parteien.[596] Dieser muss durch Auslegung mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ermittelt werden (§§ 133, 157 BGB).[597] Dabei müssen die Verbindungsverträge nicht unbedingt zwischen denselben Parteien zustande kommen.[598] Bekanntes Beispiel aus der Rechtsprechung ist der Grundstückkauf mit Abschluss eines Baubetreuungsvertrags.[599] Eine weitere Art der Vertragsverbindung stellen die sog. zusammenhängenden Verträge dar, bei denen die Wirksamkeit oder Durchführung des einen Geschäfts zu Geschäftsgrundlage des anderen wird (Beispiel: Leasing- und Kaufvertrag).[600]

Von den gemischten Verträgen unterscheiden sich die Vertragsverbindungen, weil bei den ersteren nur ein einheitlicher Vertrag vorliegt, während letztere selbständige Teile bilden, die nach dem Willen der Parteien voneinander abhängig werden.[601]

Die Rechtsfolgen der Vertragsverbindung bestehen hauptsächlich in der Erstreckung von Nichtigkeitsgründen sowie der Ausübung von manchen Rechten wie Rücktritt, Kündigung und Schadensersatz,[602] die nur einen zusammengesetzten Vertrag betreffen, auf das gesamte Verhältnis. Formvorschriften, die für einen Vertrag gelten, müssen auch in anderen Teilen der Vertragsverbindung eingehalten werden.[603] Davon abgesehen, folgt jeder Verbindungsvertrag

---

[595] Vgl. BGH MDR 1966, 749; m. w. N. Beck-OGK/*Herresthal*, § 311 BGB, Rn. 111.
[596] Vgl. BGHZ 101, 393 (Rn. 13); BGH NJW-RR 1990, 340 (341); m. w. N. MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 35.
[597] Vgl. BGH NJW 1987, 1069 (1070); BGH NJW-RR 1990, 340 (341); MünchKomm/*Busche*, § 139 BGB, Rn. 18.
[598] Vgl. BGH NJW 1980, 829 (830); BGHZ 78, 346 (Rn. 10); m. w. N. Staudinger/*Feldmann*, § 311 BGB, Rn. 58.
[599] Vgl. BGH NJW 1976, 1931.
[600] Vgl. Beck-OGK/*Herresthal*, § 311 BGB, Rn. 113.
[601] Vgl. Staudinger/*Feldmann*, § 311 BGB, Rn. 54. Anders: MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 35 (Vertragsverbindungen wären eine Erscheinungsform gemischter Verträge).
[602] Vgl. Staudinger/*Feldmann*, § 311 BGB, Rn. 54 (Erweiterung der Synallagma). Ohne Schadensersatz zu erwähnen: Beck-OK/*Gehrlein*, § 311 BGB, Rn. 27 (auch als Erweiterung der Synallagma). Etwas umfassender: MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 35 (alle Gestaltungsrechte inbegriffen); Beck-OGK/*Herresthal*, § 311 BGB, Rn. 111 (vertragsvernichtende Gestaltungsrechte). Im Urteil BGH NJW 1976, 1931 wurde der Rücktritt von einem Baubetreuungsvertrag als Grundlage für den Rücktritt eines verbundenen Grundstückkaufvertrags anerkannt.
[603] Vgl. BGHZ 89, 41; BGHZ 101, 393; m. w. N. Beck-OGK/*Herresthal*, § 311 BGB, Rn. 111.

grundsätzlich den Regeln seines Vertragstypus.[604]

Diese Rechtsfolgen werden gelegentlich auf § 139 BGB gestützt,[605] der die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften regelt. Die Vorschrift gelte nicht nur für die Nichtigkeit, sondern auch für alle weiteren Arten der Unwirksamkeit.[606] Die Vorschrift ist dispositiv.[607] Die Parteien dürfen dementsprechend vereinbaren, welche Vorkommnisse auf das gesamte Verhältnis durchschlagen.

Das Escrow-Agreement und das Hauptgeschäft bilden im Ergebnis offenbar eine Vertragsverbindung, wobei letzteres nicht bloß die rechtliche Grundlage ist, auf der das Escrow-Agreement basiert. Denn das Escrow-Agreement erlangt vielmehr seinen Sinn erst durch die Notwendigkeit an Sicherung und Erfüllung der Hauptforderung. Dass die Beteiligten das Escrow-Agreement und das Hauptgeschäft als Einheit behandeln wollen, scheint daher nicht problematisch. Dem Escrow-Agenten wird klar, dass er nur zu diesem Zweck in die Transaktion einbezogen wird, und er führt seine Tätigkeit mit diesem Ziel aus. Diese Art von Verbindung lässt sich mithin den „zusammengesetzten Verträgen" zuordnen. Die Ermittlung der Rechtsfolgen bereitet indessen einige Schwierigkeiten, denn eine gewisse Trennung auf der Rechtsfolgenseite ist gewollt. Sonst gäbe es keinen Bedarf an der Formulierung strikter Bedingungen zur Weiter- oder Rückgabe des Escrow-Gegenstands.

Die Diskussion darüber, welche Ereignisse des Hauptgeschäfts sich auf die gesamte Vertragsverbindung auswirken, gibt es in der notariellen Verwahrungslehre seit Langem. Nach einer älteren Mindermeinung sollten Verwahrungsvereinbarung und -anweisung zwei Facetten eines einzigen Tatbestands bilden (die sog. „Doppelnatur" der Hinterlegungsvereinbarung).[608] Danach sollte der Verwahrungsvereinbarung neben dem materiell-rechtlichen auch verfahrensrechtlichen Charakter zukommen, mit der Folge, dass sie etwa den Weisungswiderruf und die Verwahrungsanweisung bedingen könnte, weil sie die Grundlage des verfahrensrechtlichen Vorgangs bilde.[609] Die h. M. geht aber von der Unabhängigkeit der zwei Tatbestände aus,

---

[604] Vgl. Beck-OK/*Gehrlein*, § 311 BGB, Rn. 27; Staudinger/*Feldmann*, § 311 BGB, Rn. 54.
[605] Die Einheit der Verbindungsverträge müsste eine rechtliche Einheit i. S. v. § 139 BGB darstellen: vgl. Beck-OGK/*Herresthal*, § 311 BGB, Rn. 111; MünchKomm/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 35. Rechtsprechung und Schrifttum nehmen die Anwendung des § 139 BGB auf getrennte Geschäfte an, sofern sie eine Einheit bilden: BGH MDR 1966, 749; BGH NJW 2011, 2874 (2876); Staudinger/*Roth*, § 139 BGB, Rn. 37; MünchKomm/*Busche*, § 139 BGB, Rn. 15.
[606] Vgl. BGH WM 1964, 1125, 1126; Staudinger/*Roth*, § 139 BGB, Rn. 33; *Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, § 56, Rn. 2; MünchKomm/*Busche*, § 139 BGB, Rn. 8 (auf teilweisen Widerruf oder Rücktritt entsprechend anwendbar).
[607] Vgl. *Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, § 56, Rn. 7; MünchKomm/*Busche*, § 139 BGB, Rn. 12; m. w. N. Staudinger/*Roth*, § 139 BGB, Rn. 22.
[608] Vgl. *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (625 f.); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 51.
[609] Vgl. *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 51.

meistens weil sie jeweils eine unterschiedliche Rechtsnatur aufweisen. Nach dieser Lehre wäre die Verwahrungsvereinbarung privatrechtlicher und die Verwahrungsanweisung verfahrensrechtlicher Natur.[610] Eine weitere Auffassung sieht darin zwei unterschiedliche Tatbestände, die zwar gewisse Wechselwirkungen erzeugen, aber nicht demselben Schicksal unterworfen sind.[611] Die Frage hat seit der Novellierung des BeurkG im Jahre 1998 an Bedeutung verloren, weil das wesentliche Ergebnis dieser Diskussion die Beachtlichkeit des Widerrufs war. Dieses Ergebnis hat inzwischen in § 60 BeurkG eine positivrechtlich dispositive Lösung gefunden.[612_613]

Dass die genauen Ereignisse des Hauptgeschäfts, die sich auf das Escrow-Verhältnis auswirken können, nur anhand des konkreten Parteiwillens ermittelt werden können, ist eine Binsenweisheit. Das Escrow-Agreement erfüllt seine Funktionen in der Regel nur dann, wenn der Verlauf des Hauptgeschäfts es nur in geringem Umfang beeinflusst. Insoweit ist bei der notariellen Verwahrung vertreten worden, die Verwahrungsanweisung sei vom zugrundeliegenden Geschäft abstrakt.[614] Diese Aussage scheint beim Escrow-Agreement nicht ganz zutreffend, da die Hauptparteien typischerweise gewisse Wirkungen des Escrow-Agreements an die Vorfälle des Hauptgeschäfts anknüpfen wollen. Die notarielle Verwahrung liefert ein wichtiges als Beispiel hierzu, denn die Weisungswiderrufsgründe des § 60 Absatz 3 BeurkG sind mit der Aufhebung, Unwirksamkeit und Rückabwicklung des zugrundeliegenden Geschäfts verbunden.

Falls der Vertrag nicht ausdrücklich die Wechselwirkungen regelt, kann man mit analoger Anwendung der Regelung im § 60 Absatz 3 BeurkG diese Lücke schließen. Das heißt, nur in den drei oben genannten Fällen darf eine Hauptpartei eine Weisung einseitig widerrufen, welche anderweitig mehrseitig erfolgen müsste. Eigenmächtig darf der Escrow-Agent die Weisung nicht unbeachtet lassen; ein Widerruf muss ihm vorerst vorgelegt werden. Müsste man die Sachfrage ausschließlich mit dem Geschäftsbesorgungsrecht lösen, müsste man auf die Weisungsabweichung nach § 665 BGB zugreifen, was zu unzufriedenstellenden Ergebnissen führen würde. Der Escrow-Agent dürfte nicht die Auslieferung vorenthalten, wenn nicht beide Hauptparteien darüber einverstanden wären (§ 665 Satz 2 BGB). Nur wenn mit dem Aufschub

[610] Vgl. *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 230; *Volhard*, DnotZ 1987, 523 (528 f.); Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BnotO, Rn. 28; *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 7 f. (die Abstraktheit der Weisungen betonend).
[611] Vgl. *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451 (455 f.); *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 26.
[612] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, Vorb. BeurkG § 57, Rn. 15.
[613] Zum § 60 BeurkG, siehe unten Kap. II.7.2.2.1.
[614] Vgl. *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 230; *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 8.

eine Gefahr verbunden wäre, könnte er ohne Einstimmigkeit der Hauptparteien von seinen Weisungen abweichen und die Auslieferung vorenthalten (§ 665 Satz 1 BGB). Dafür aber müsste er annehmen dürfen, dass beide Hauptparteien die Abweichung billigen würden, was angesichts der gegensätzlichen Interessen der Hauptparteien mehr als fraglich erscheint. Im Ergebnis wäre kaum einen Fall denkbar, in dem der Escrow-Agent gestützt auf § 665 BGB die Auslieferung vorenthalten dürfte. Dass diese Lösung unangemessen ist, zeigt bereits das Erlassen vom § 60 Absatz 3 BeurkG. Diese Vorschrift ist also auf das Escrow-Agreement analog anwendbar, soweit nichts anderes vereinbart ist. Das heißt, selbst wenn die Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des Hauptgeschäfts nicht explizit als Bedingungen im Escrow-Vertrag vorgesehen sind, rechtfertigen sie das einseitige Widerrufen einer Weisung. Bei Mitteilung an den Escrow-Agenten über den Weisungswiderruf mit Unterstützung auf einem dieser drei Gründe, muss er sich jede Auslieferung vorenthalten, bis sich die Sachlage gemäß § 60 Absatz 3 BeurkG klärt (siehe unten Kap. II.7.2.2.1).

Das Escrow-Agreement wäre dem Sicherungs- und Erfüllungszweck nicht gerecht, wenn es von weiteren Vorkommnissen des Hauptgeschäfts betroffen wäre, es sei denn, dass die Parteien anderes vereinbaren. Dies gilt auch für Ereignisse wie Mängel- und Schadensersatzansprüche oder Zurückbehaltungsrechte, sofern diese nicht als Bedingung im Escrow-Agreement aufgenommen werden. Anderenfalls könnte der Begünstigte nie Sicherheit über das Ob und Wann der Auslieferung haben. Um Sicherheit bezüglich der zu sichernden Forderung zu schaffen, muss die Abwicklung dieser Forderung genau in der im Escrow-Agreement vorgesehenen Weise erfolgen. Die drei Fälle des § 60 Absatz 3 BeurkG behandeln eher die Konstellation, dass kein zugrundeliegendes Geschäft mehr abzuwickeln und zu sichern ist.

II.6.1.2. Brasilien

Die wohl bekannteste Definition der Vertragsverbindung (*coligação contratual*) in Brasilien ist trotz verschiedener Meinungen diejenige von *Marino*.[615]–[616] Danach bezeichne eine

[615] Für eine ausführliche Darstellung der Versuche einer Begriffslegung siehe *Eick*, Redes contratuais, Kap. 1.9.7.
[616] Andere Figuren wie die Vertragskonnexität (*conexão contratual*) und das Vertragsnetz (*rede contratual*) kommen beim Escrow-Agreement nicht in Betracht. Die Konnexität bezeichnet eine besondere Art des Zusammenspiels mehrerer Verträge, dass sie einer übervertraglichen *causa* (*causa supracontratual*) dienen. Die Vertragsnetze hingegen, über die Voraussetzung einer übervertraglichen *causa* hinaus, berühren eher die Massengeschäfte im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit. Für diese Abgrenzungen siehe zusammenfassend *Eick*, Redes contratuais, Kap. 1.9.7. Das Escrow-Agreement teilt solche Eigenschaften nicht. Eine übervertragliche *causa* ist im Escrow-Verhältnis nicht anzusehen, vielmehr dient das Escrow-Agreement, unter Beibehaltung seiner eigenen *causa*, der Verwirklichung der *causa* des Hauptgeschäfts. Eine dritte, von der *causa* beider Verträge unterschiedliche *causa* ist nicht gegeben. Vom Vertragsnetz unterscheidet sich das Escrow-Agreement weiter, weil es auch

Vertragsverbindung die Situation, dass mehrere Verträge aufgrund gesetzlicher Anordnung, Akzessorietät[617] oder Parteienwillens im einseitigen oder gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Wesentliche Merkmale sind also die Vertragsmehrheit und das Abhängigkeitsverhältnis.[618] Der Parteienwille wäre nach *Marino* kein Begriffsmerkmal der Vertragsverbindung, sondern eher eine mögliche – aber nicht notwendige – Quelle des Abhängigkeitsverhältnisses.[619] Die Verbindung zwischen den Verträgen wäre durch ihre Funktion und ihren Zweck geprägt (*índole funcional e finalística*). Jeder verbundene Vertrag entfaltet im Prinzip seine eigenen Wirkungen, das heißt, die Wirkungen, die ihm typisch sind. Hinzu kommen die Wirkungen, die sich nicht aus einer isolierten Betrachtung der einzelnen Verträge ergeben, sondern aus der Kongruenz der Funktionen der einzelnen Verträge im Verbund. Die Bestimmung des Verbindungszwecks wäre wesentlich für die Feststellung der Existenz und Intensität der Vertragsverbindung.[620]

Die Vertragsverbindung *ex lege* kommt für das Escrow-Agreement gar nicht infrage, da es nicht gesetzlich geregelt ist.[621] Die willentliche Vertragsverbindung setzt eine explizite oder implizite Vereinbarung voraus, die die Effekte von einem oder beiden Verträgen vom anderen Vertrag abhängig macht, wie *cross default*-Klauseln und die Absprache, dass bei Unwirksamkeit eines Vertrags der andere Vertrag auch unwirksam wird.[622] Die dritte Art der Vertragsverbindung wäre die sog. „natürliche" Verbindung, welche sich aus dem Vertragstypus selbst ergibt, so *Marino*, d. h. die Natur des Vertrags setzt einen oder mehrere verbundenen Verträge voraus.[623] Richtigerweise sollte bei der natürlichen Vertragsverbindung nicht auf den Typus, sondern auf die Transaktionsstruktur abgestellt werden. Denn nicht immer ist das Abhängigkeitsverhältnis im Vertragstypus selbst enthalten. Der Vertrag kann aber in die Transaktion so eingeführt werden, dass seine Funktion erst in Verbindung mit anderen Verträgen erfüllt wird. Dann ergibt sich die Vertragsverbindung weder aus dem Typus noch aus dem Willen der

---

außerhalb einer unternehmerischen Tätigkeit und nicht unbedingt im Kontext von Massengeschäften benutzt wird. Man könnte sich zwar Fälle einfallen lassen, in denen ein Escrow-Agreement im Kontext konnexer Verträge oder eines Vertragsnetzes verwendet wird, dies ist aber für diese Arbeit nicht von Bedeutung, weil es der Untersuchung von Escrow-Agreements im M&A-Bereich nichts beitragen würde.

[617] Der Begriff „Akzessorietät" ist mehrdeutig und könnte zu Verwechselungen mit anderen Rechtsinstituten führen, wie akzessorische Verträge und akzessorische Sicherheiten. Um unnötige Ablenkungen zu Fragen vermeiden, die nicht direkt mit dem Thema dieser Arbeit verbunden sind, wird hier der Begriff „Abhängigkeit" verwendet.

[618] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 99.

[619] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 107.

[620] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 133 f.

[621] Nach *Marino* (Contratos coligados, Kap. 13.1) läge eine gesetzliche Verbindung vor, wenn das Gesetz die Verbindung oder einige Wirkungen der Verbindung regelt.

[622] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, Kap. 13.3.

[623] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, Kap. 13.2.

Parteien, sondern aus dem Transaktionsaufbau.

Gemäß dieser – hier angenommenen – Klassifikation steht das Escrow-Agreement immer in einer Vertragsverbindung mit einseitigem Abhängigkeitsverhältnis zum Hauptgeschäft. In den meisten Escrow-Agreements kommt eine willentliche, sogar ausdrückliche Verbindung des Escrow-Agreements zum Hauptgeschäft heraus, da (1) eine oder mehrere Klauseln des Escrow-Agreements die Hauptforderung als zu sichernde oder abzuwickelnde Forderung nennen, und (2) Vorkommnisse des Hauptgeschäfts ausdrücklich in einer Weisung als Bedingung für die Auslieferung vorgesehen werden. Auch wenn keine ausdrückliche Regelung bezüglich der Abhängigkeit des Escrow-Agreements zum Hauptgeschäft besteht, kann eine natürliche Vertragsverbindung bejaht werden, weil ein Escrow-Agreement ohne eine zu sichernde und zu erfüllende Hauptforderung sinnlos und nicht denkbar wäre.

Die Rechtsfolgen der Vertragsverbindungen sind nicht einheitlich. Die Intensität der Verbindung bestimmt die konkreten Rechtsfolgen, das heißt, die Vertragsverbindung führt in konkret nicht immer alle möglichen Effekte einer Vertragsverbindung herbei. Einige Verbindungen stellen sehr spezifische Rechtsfolgen her.[624] Die genauen Wirkungen der Vertragsverbindung sind anhand ihrer Funktion und ihrem Zweck ebenso wie dem Parteienwillen zu ermitteln. Die wichtigsten Effekte der Vertragsverbindungen zeigen sich bei der Auslegung und Qualifikation der verbundenen Verträge, bei der Abweichung von der gesetzestypischen Regelung, bei der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (*plano da validade*) sowie bei den Wirkungen (*plano da eficácia*) der verbundenen Rechtsgeschäfte.[625] Auf die Auslegung des Escrow-Agreements hat die Vertragsverbindung i. d. R. keine Einflussnahme (Kap. II.6.2.2). Von Bedeutung ist der Einfluss der Vertragsverbindung auf die Wirkungen des Escrow-Agreements.

Eine der wichtigsten Einflussnahmen auf die Wirkungen des verbundenen Vertrags ist die Unwirksamkeit eines abhängigen Vertrags, wenn der andere Vertrag unwirksam ist. In einer einseitigen Vertragsverbindung kann der abhängige Vertrag unwirksam sein, wenn der Hauptvertrag nicht oder nicht mehr wirksam ist, weil die Erreichung des von den Parteien beabsichtigten Zwecks unmöglich wird.[626] So vernünftig diese Rechtsfolge zu sein vermag, kann man allerdings bei Escrow-Verhältnissen nicht bloß von Unwirksamkeit des Escrow-Agreements sprechen, nur weil das Hauptgeschäft unwirksam ist. Das Escrow-Agreement sichert prinzipiell auch den Fall der Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts. Seinen Zweck kann trotz der

[624] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 141.
[625] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, S. 145.
[626] Vgl. *Marino*, Contratos coligados, Kap. 24.3.

Unwirksamkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts weiterhin erfüllt werden, indem an den Hinterleger ausgeliefert wird. Die Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts bildet einen Grund für die Rückgabe des Gegenstands, aber keinen Unwirksamkeitsgrund des Escrow-Agreements.

Das Escrow-Agreement setzt nicht einmal die volle Wirksamkeit des Hauptgeschäfts voraus. Die Hauptparteien dürfen mit dem Escrow-Agreement z. B. den Kaufpreis einer Immobilientransaktion sichern, deren Wirksamkeit noch von behördlichen Genehmigungen oder vom Eintritt der Bedingungen des Kaufvertrags abhängt. Solange die Möglichkeit des Wirksamwerdens der Hauptforderung besteht, kann das Escrow-Agreement seine Zwecke erfüllen. Wird das Hauptgeschäft endgültig unwirksam, muss der Escrow-Gegenstand nicht in Escrow aufbewahrt bleiben, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Das oben Gesagte ist ein Beispiel eines breiteren Rechtssatzes, dass der Escrow-Gegenstand ohne entsprechende Vereinbarung nur zurückgegeben oder, falls die Einlieferung bislang nicht stattgefunden hat, nicht eingeliefert werden darf, wenn die zu sichernde und zu erfüllende Hauptforderung, infolge der definitiven Unwirksamkeit (etwa aus Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit)[627] oder dem Erlöschen (*extinção*) des Hauptgeschäfts[628] (wegen Aufhebung, Kündigung, Rücktritt oder sonstiges), nicht oder nicht mehr besteht. Es entspräche kaum dem gemeinsamen Willen der Hauptparteien oder dem Zweck des Escrow-Agreements, den Gegenstand in Escrow zu behalten, wenn dadurch keine Sicherung oder Erfüllung herbeigeführt wird. Das ist im Wesentlichen der Einfluss der Vertragsverbindung auf das Escrow-Agreement.

Da der Escrow-Agent widerstreitende Interessen wahrnimmt, muss er sich strengstens an die Weisungen halten. Keinesfalls darf er über den Escrow-Gegenstand verfügen, außer in den vorgesehenen Fällen. Könnte der Escrow-Gegenstand in nicht vorgesehenen Fällen

---

[627] Ein gutes Beispiel davon stellt der Fall *Sideco* dar (TJSP, Berufung 0111632-08.2012.8.26.0100, Tenor Mario de Oliveira, 10.10.2016). Die Anteile des Zielunternehmens wurden verkauft und der Kaufpreis sollte in Raten gezahlt werden. Nach Zahlungsverzug haben die Parteien einen Vergleich getroffen, durch den die Zahlungsraten neugestaltet wurden. Zudem hat der Schuldner gewisse Forderungen sicherheitshalber an den Gläubiger mit der Absprache abgetreten, dass die Drittschuldner ausschließlich in einen Escrow-Account zu zahlen hatten. Der Escrow-Account wurde errichtet und die Bank selbst wurde als Escrow-Agent ernannt. Kurz danach hat der Schuldner vor dem Gericht das Sanierungsverfahren (*recuperação judicial*) beantragt. Als der Schuldner erneut in Zahlungsverzug geraten ist, verlangte der Gläubiger von der Bank Auszahlung des entsprechenden Betrags aus dem Escrow-Account. Die Bank hat die Auszahlung verweigert und eine Vollstreckungsklage gegen den Schuldner und den Escrow-Agenten wurde angelegt. Das Oberlandesgericht von São Paulo hat unter anderen Gründen die Nichtigkeit (*nulidade*) der Sicherungsabtretung festgestellt und dementsprechend die Klage gegen die Bank zurückverwiesen, ohne das Escrow-Agreement selbst für nichtig zu erklären.

[628] Beispiel davon ist der Fall *Serb Saneamento* (TJRJ, Berufung 0036876-13.2014.8.19.0210, Tenor Marília de Castro Neves Vieira, 13.02.2019). Da ging es um den Rücktritt eines Kaufvertrags über ein Grundstück wegen mehrerer Vertragsverletzungen durch beide Parteien. Der Kaufpreiseinbehalt musste folglich nicht in den Escrow-Account eingezahlt und die Draufgabe musste zurückgegeben werden.

ausgeliefert werden, würde die besondere Art des Escrow-Agreements, den Sicherungs- und Erfüllungszweck zu erfüllen, ins Leere laufen. Die Erhebung von Preisminderungsansprüchen wegen Sachmängel z. B. hat keine Einflussnahme auf das Escrow-Agreement, soweit nicht als Bedingung vorgesehen. Abgesehen von den Fällen oben bleibt das Escrow-Agreement außerhalb des Einflussbereichs der Vorkommnisse des Hauptgeschäfts,[629] welche nicht auf das Escrow-Agreement als Bedingung oder Weisung übertragen werden. Demzufolge wird das Escrow-Agreement durch das Hauptgeschäft in aller Regel nicht berührt, was die Entstehung, Gültigkeit (*validade*) und Wirksamkeit des Escrow-Agreements angeht.

Die Unwirksamkeit und das Erlöschen des Hauptgeschäfts können im Escrow-Agreement als Bedingungsausfall vorgesehen werden, dann gibt es einen direkten Grund für die Rückgabe des Gegenstands. Ist das nicht der Fall, muss das Entfallen der Hauptforderung nicht als impliziter Bedingungsausfall qualifiziert werden. Die Pflicht des Escrow-Agenten zur Rückgabe des Gegenstands ergibt sich in diesem Fall aus der Vertragsverbindung, die Voraussetzungen des Bedingungseintritts müssen nicht erfüllt werden. Sind die Hauptparteien nicht einig über die Unwirksamkeit oder das Erlöschen des Hauptgeschäfts, so darf der Escrow-Agent die Auslieferung des Escrow-Gegenstands zurückhalten (mehr dazu in Kap. II.7.5.1.2).

Es bleibt zu prüfen, ob diese strenge Trennung des Escrow-Agreements zum Hauptgeschäft es abstrakt macht. Abstrakt sind die Geschäfte, deren *causa* (welche nichts anderes als der Geschäftszweck wäre, wenn man die konkrete *causa* annimmt) ausgeklammert bleibt; die *causa* kann durchaus bestehen und sogar als Beweggrund des Geschäfts fungieren, aber hat keinen Einfluss auf das Geschäft. Bei den kausalen Rechtsgeschäften beeinflusst sie hingegen das Geschäft.[630] Einem abstrakten Geschäft kann ein kausales Geschäft zugrunde liegen, ohne dass das abstrakte Geschäft seine Abstraktheit verliert. Der Vorteil abstrakter Geschäfte besteht darin, dass das Geschäft dank der Entbindung von der *causa* an Übersichtlichkeit und Sicherheit gewinnt.[631] Das Escrow-Agreement könnte dementsprechend nur als völlig abstrakt angesehen werden, wenn die Vorkommnisse des Hauptgeschäfts gar keinen Einfluss auf es hätten. Das ist

[629] In ähnlicher Weise hat *Guilhardi* bei Garantieverträgen die Möglichkeit bejaht, die Wechselwirkungen der Vertragsverbindung auszuschalten, um seine Unabhängigkeit vom Hauptgeschäft zu schonen (vgl. *Guilhardi*, Garantias autônomas, S. 168 ff.)

[630] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 169, 174. Ähnlich: *Moraes*, Revista civilística.com 2013, Bd. 1, S. 14 (bei abstrakten Geschäften „*hätte die causa unerheblich sein können*"). Nach anderer, hier nicht gefolgter Auffassung wären die abstrakten Geschäfte solche, deren wesentlichen kategorialen Merkmale nur die Form betreffen, nicht aber den Geschäftsgegenstand (vgl. *Azevedo*, Negócio jurídico, S. 140 ff.). Diese Lehre erreicht allerdings ein ähnliches Ergebnis, nämlich, dass das abstrakte Geschäft von der *causa* nicht abhängt (S. 142 f.).

[631] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. III, S. 167 f.

nicht der Fall, denn das Escrow-Agreement wird vom Hauptgeschäft in sehr begrenzten Fällen beeinflusst. Inwieweit die Vorkommnisse eines Geschäfts die Abwicklung des anderen Geschäfts der Vertragsverbindung beeinflussen, bestimmt sich u. a. nach dem Parteienwillen und dem Zweck der Vertragsverbindung.[632] Daraus wird deutlich, wie stark die Entbindung vom Hauptgeschäft ist. Es ist also eine Frage von „mehr oder minder".[633]

II.6.1.3. Fazit

Die Wechselwirkungen der Vertragsverbindungen können in Deutschland aus dem Beispiel der notariellen Verwahrung, deren Regelung analog angewendet werden kann, abgeleitet werden. In Brasilien muss diese Regelung mangels geeigneter Analogiebasis aus den Grundsätzen der Vertragsverbindung gewonnen werden – das ist, durch Ermittlung des Parteienwillens sowie der Funktion und Zweck jedes Vertrags als solcher in der Verbindung. Auf der Tatbestandsseite sind die Ergebnisse ähnlich: Das Escrow-Agreement kann von der Unwirksamkeit und dem Erlöschen des Hauptgeschäfts (wobei die Aufhebung und der Rücktritt für die Zwecke des § 60 Absatz 3 BeurkG als Fälle eines Erlöschens klassifiziert werden könnten) beeinflusst werden. Geringfügige Unterschiede gibt es eher auf der Rechtsfolgeseite. Während die Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des Hauptgeschäfts in einem deutschen Escrow-Agreement nur den einseitigen Widerruf einer mehrseitigen Weisung rechtfertigen, sodass der Escrow-Agent nur verpflichtet wird, die Auslieferung des Escrow-Gegenstands bis zur Klärung der Situation vorzuenthalten, muss der brasilianische Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand dem Hinterleger zurückgeben, wenn das Hauptgeschäft unwirksam oder erloschen ist. Das Vorenthalten des Escrow-Gegenstands bis Klärung der Sachfrage kann auch in Brasilien geboten sein, wenn die Hauptparteien nicht einig über den Grund der Rückgabe sind; dazu sind jedoch zwei weitere gedankliche Schritte erforderlich, nämlich die Pflicht zur Bewahrung der Sicherheit und die Ungewissheit über den Eintritt der Bedingung.

---

[632] Man könnte mit *Pinto e Silva* zutreffend behaupten, es geht nicht um die Inexistenz der *causa*, sondern um eine von der Privatautonomie aufgedrängte Unabhängigkeit von der *causa*, wobei der Autor sich auf die Forderungssicherheiten beschränkt (vgl. Garantias das obrigações, S. 205 f.). Siehe auch TJSP, Widerspruch 2214567-33.2014.8.26.0000, Tenor Fernando Sastre Redondo, 04.02.2015 (Escrow-Agreement sei in der Vertragsverbindung ein „akzessorischer" Vertrag).

[633] In diesem Sinne spricht *Pinto e Silva* von einer beschränkten Akzessorietät des Garantievertrags im Verhältnis zum Hauptgeschäft (vgl. Garantias das obrigações, S. 346). Zu Unrecht lehnt *Dill* die Möglichkeit einer beschränkten Abstraktheit und einer beschränkten Akzessorietät. Ihrer Auffassung nach wäre die Einflussnahme des Hauptgeschäfts auf den Garantievertrag eine Rechtsfolge der *causa* und der Unabhängigkeit des Garantievertrags, nicht aber der Akzessorietät (vgl. *Dill*, Contrato de garantia, Kap. 2.3).

II.6.2. Auslegungsstrenge

Verbunden mit der Frage der Vertragsverbindung ist die Einflussnahme des Hauptgeschäfts auf die Auslegung des Escrow-Agreements. Hier geht es darum, ob gewisse Eigenschaften der Transaktion, die in den Weisungen oder Bedingungen des Escrow-Agreements keinen Niederschlag gefunden haben, gleichwohl den konkreten Sinngehalt der Vorschriften des Escrow-Agreements bestimmen können. Diese Vorgehensweise würde eine Bürde für den Escrow-Agenten darstellen, denn er müsste dann seine Auslegung der Escrow-Weisungen anhand eines erweiterten Spektrums auszulegender Materialien rechtfertigen. Überdies könnte der Verlust der Kontrolle über die Auslegungsmaterialien die Möglichkeit konfligierender Auslegungen erhöhen, was mit dem Grundsatz der strikten Weisungsbefolgung schwer vereinbar wäre. Dagegen könnte man einwenden, die Auslegung der Escrow-Weisungen sollte durch alle Eigenschaften der Transaktion beeinflusst werden, weil nur so die Auslegung erschlossen werden könnte, die am besten dem Sicherungs- und Erfüllungszweck gerecht wird.

Wie dieser Konflikt aufgelöst werden kann, ist Gegenstand dieses Kapitels.

II.6.2.1. Deutschland

Diese Thematik wird in Deutschland in der Notarrechtslehre zugunsten einer isolierten Auslegung der in der Verwahrungsanweisung enthaltenen Weisungen entschieden. Da die Verwahrungsanweisung vom zugrundeliegenden Geschäft zu unterscheiden ist, sollte ihr Inhalt nicht durch letzteres beeinflusst werden. Das gilt auch dann, wenn der Notar den Hauptvertrag entwirft.[634] Allein aus dem Wortlaut der Urkunde soll der Inhalt der Verwahrungsanweisung genommen werden. Der Wortlaut der Niederschrift ist so zu fassen, dass aus objektiver Sicht eine teleologische Auslegung, sowie eine Auslegung unter Berücksichtigung von Begleitumständen oder eine auf die Gesamturkunde bezogene systematische Auslegung nicht mehr erforderlich ist.[635] Der BGH hat die Auslegungsstrenge in exemplarischen Worten zusammengefasst:

> Damit hat das BerufungsG verkannt, dass es grundsätzlich nur auf die dem Notar erteilte Weisung, nicht aber auf Umstände außerhalb des Treuhandauftrags ankommt (vgl. Seybold/Schippel, BNotO, 6. Aufl., § 23 Rdn. 18). Der Inhalt des zwischen den Parteien vereinbarten, vom Notar abzuwickelnden Vertrages einschließlich der darin enthaltenen, zwischen ihnen geschlossenen Hinterlegungsvereinbarung ist nicht Bestandteil der davon zu unterscheidenden Hinterlegungsanweisung (Sandkühler, aaO, § 23 Rdn. 22; vgl. auch BGH, Urt. v. 18. 11. 1999 - IX ZR 153/98, WM 2000, 193/195). Es ist nicht Aufgabe des Notars, den Inhalt des zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrages durch Auslegung zu ermitteln. Das ist sogar dann nicht anders, wenn,

[634] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 53.
[635] Vgl. *Ritter*, NJW 2004, 2137 (2138).

> wie es hier gewesen zu sein scheint, der Notar den Vertrag selbst entworfen hat. Dieser darf sich deshalb grundsätzlich auch dann nicht über den Wortlaut einer ihm erteilten Weisung hinwegsetzen, wenn er meint, nach dem sonstigen Inhalt des zu vollziehenden Vertrages sei die wörtliche Befolgung der Weisung nicht erforderlich.[636]

Diese Überlegungen können vollkommen auf das Escrow-Agreement übertragen werden. Die Hauptparteien vergewissern sich, dass ihre gegenläufigen Interessen ausgeglichen werden, indem der Escrow-Agent ihre Weisungen durchführt. Dafür müssen sie dem Escrow-Agenten klare und eindeutige Weisungen erteilen.[637] Könnte oder sollte der Escrow-Agent außerhalb des Escrow-Agreements den Sinngehalt seiner Weisungen ermitteln wollen, würden die Hauptparteien die das Escrow-Agreement charakterisierende Kontrollmacht über den Interessenausgleich verlieren. Der Escrow-Agent ist nicht verpflichtet, den Inhalt seiner Weisungen unter Berücksichtigung anderer Verträge zu ermitteln. Ist eine Weisung nicht klar genug, kann er den Hauptparteien seine Auslegung schriftlich mitteilen und auf ihre Rückmeldung warten. Wenn eine Hauptpartei nicht einverstanden ist, kann er sie auf den Rechtsweg verweisen. Sich darüber hinaus in die Rolle eines Richters aufschwingen, darf der Escrow-Agent nicht.

II.6.2.2. Brasilien

Bei der Debatte um die Auslegungsstrenge des Escrow-Agreements dreht es sich um die Einschränkung der Materialien, auf die der Rechtsanwender bei der Auslegung eines Escrow-Agreements zugreifen kann. Mit dieser Frage hat sich *Nitschke* in Brasilien befasst. Nach seiner Ansicht wäre Art. 112 CC zwingend, sodass der Rechtsanwender stets über die wortwörtliche Bedeutung hinaus gehen müsste. Einer Einschränkung auf die „vier Ecken" des Vertrags stünde Art. 112 CC entgegen.[638] Darüber hinaus verstößt eine Vertragsklausel, die die Regelung auf die in der Vertragsurkunde verkörperten Bestimmungen beschränkt oder den Zugang zu anderen Materialien außerhalb des Vertragstextes verbietet, möglicherweise gegen zwingende Auslegungsregeln des brasilianischen Rechts.[639]

Diese Lehre fußt insofern auf solider Grundlage, weil die im Art. 113, § 2°, CC geschilderte grundsätzliche Zulässigkeit von Abweichungen von gesetzlichen Auslegungs- und Lückenfüllungsnormen dort seine Grenzen findet, wo das Gesetz zwingende Normen erlassen hat. Gleichwohl ist kein Grund ersichtlich, weswegen die Beschränkung der Auslegungsmaterialien

---

[636] BGH DNotZ 2001, 856 (857).
[637] Vgl. in der notariellen Verwahrung BGH DNotZ 2001, 856 m. Anm. *Hertel* (859): „Denn nur eine klare und eindeutige Verwahrungsanweisung genügt ‚den Bedürfnissen einer ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung und eines ordnungsgemäßen Vollzugs der Verwahrung'".
[638] Vgl. Martins-Costa/Nitschke/*Nitschke,* Direito privado na lei da liberdade econômica, S. 420 f.
[639] Vgl. Martins-Costa/Nitschke/*Nitschke,* Direito privado na lei da liberdade econômica, S. 423 f.

gegen zwingende Normen verstieße. Auslegungs- und Lückenfüllungsnormen sind eigentlich grundsätzlich dispositiv, gemäß Art. 113, § 2°, CC.[640] Im Gesetz wird die Verwendung aller möglichen Materialien bei der Auslegung von Willenserklärungen nirgends angeordnet. Vom Grundsatz der Abdingbarkeit der ungeschriebenen Norm, dass Willenserklärungen auch anhand anderer Materialien und nicht nur anhand des geschriebenen Vertrags auszulegen sind, wäre also nicht abzuweichen. Soweit die Beschränkung des zur Verfügung stehenden Auslegungsmaterials auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht, ist sie zulässig..

Die Beschränkung der für die Auslegung verfügbaren Materialien stellt keinen Verstoß gegen Art. 112 CC dar. Denn diese Vorschrift enthält keine Norm über die Materialien, die bei der Auslegung von Willenserklärungen zur Verfügung stehen. Im Art. 112 CC wird nur gesagt, dass bei der Auslegung von Willenserklärungen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Wortlauts (*sentido literal da linguagem*) zu haften, sondern die in der Willenserklärung enthaltene Intention zu erforschen ist. Über den Umfang der Materialien, innerhalb deren diese Intention erschlossen werden muss, sagt Art. 112 CC nichts. Die Tatsache, dass die Auslegung aus einer bestimmten Vertragsurkunde geschöpft werden muss, ist nicht mit der Auslegung nach dem buchstäblichen Sinne – welche durchaus möglich wäre, wenn eine entsprechende Vereinbarung getroffen wird – zu verwechseln.[641]

Das Beweisrecht liefert ein anschauliches Beispiel der Möglichkeit der Beschränkung der Auslegungsmaterialien. In einem Rechtsstreit über die Auslegung eines Vertrags dürfen die Parteien nur die von ihnen gewollten Beweisstücke vorlegen. Eine Pflicht zum Beweisen mit allen weiteren möglichen Beweismitteln gibt es nicht, denn es geht dabei um ein Recht der Streitparteien (Art. 369 CPC). Hier herrscht der Interessengrundsatz, wonach jede Partei die Fakten zu beweisen hat, die zu einer ihr günstigen Entscheidung führen kann.[642] Die Entscheidung über die richtige Auslegung eines Vertrags wird also einigermaßen durch den Vorentschluss über die Beweisstücke bestimmt. Diese Überlegungen vermögen zwar nur das Beweisrecht zu betreffen und sind nicht mit den Auslegungsnormen in materiell-rechtlicher Sicht zu verwechseln. Aber wenn dies beim Beweisrecht erst recht zutreffend ist, dann sollte die gleiche Schlussfolgerung auch für die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Auslegungsmaterialien

[640] Vgl. *Forgioni* in: Marques Neto/Rodrigues Jr./Leonardo, Comentários à lei da liberdade econômica, Art. 113 CC, Rn. 14; *Gediel/Corrêa/Kroetz* in: Marques Neto/Rodrigues Jr./Leonardo, Comentários à lei da liberdade econômica, Art. 113, § 2°, CC, S. 358.
[641] Zur Unterscheidung der Auslegung nach dem buchstäblichen Sinne (*interpretacao literal*) zur Beschränkung der verfügbaren Auslegungsmaterialien im Rahmen der *parol evidence rule* im U.S.-amerikanischen Recht und in internationalen Schiedsgerichtsbarkeitsverfahren, siehe *Pinter*, RAM 58, 181 (Kap. I.A, I.B).
[642] Vgl. *Dinamarco/Lopes*, Teoria geral, Rn. 129.

richtig sein. Denn der Richter kann praktisch keine andere Auslegung entnehmen, außer derjenige, die sich ausschließlich aus dem Vertragstext ergibt, wenn die Parteien in einem gerichtlichen Verfahren nur den Vertrag als Beweisstück einreichen. Es gibt keinen Grund dafür, dass die Parteien willentlich weitere Auslegungsmaterialien in einem Gerichtsverfahren vorenthalten dürfen, außer gerade aufgrund vertraglicher Vereinbarung.

Der Escrow-Agent ist enormen Risiken ausgesetzt, wenn er mit dem Escrow-Gegenstand falsch umgeht. Um den Interessenwiderstreit richtig auszugleichen, muss er sich strikt an die Weisungen halten. Ermittelt der Escrow-Agent die konkrete Bedeutung seiner Anweisungen in anderen Dokumenten als demjenigen, in dem die Anweisungen erteilt wurden, so verstößt er gegen seine Pflichten. Ist eine Weisung unklar, muss er die Hauptparteien davon benachrichtigen und auf eine einheitliche Rückmeldung warten; ist das nicht möglich, muss dann der Richter die richtige Auslegung finden. Auf der Basis von unklaren oder strittigen Weisungen darf der Escrow-Agent nicht handeln.

Die „vier Ecken"-Regel bleibt im brasilianischen Recht weiterhin eine Ausnahme und greift nur dann ein, wenn die Parteien es vereinbaren. Beim Escrow-Agreement erfordert der Zweck des Escrow-Agreements eine solche Einschränkung, sodass eine implizite, wenn nicht explizite, Vereinbarung zu erkennen ist. Es steht den Vertragsparteien frei, andere Auslegungsmaterialien zu verwenden, wenn sie dies wünschen; nur das ist nicht die Ausgangslage beim Escrow-Agreement.

II.6.2.3. Fazit

Die Auslegungsstrenge des Escrow-Agreements besteht in Deutschland und Brasilien. Die deutschen Escrow-Agreements profitieren diesbezüglich von einer soliden Basis, da die Auslegungsstrenge bereits vom BGH bei der notariellen Verwahrung zugrunde gelegt wurde. Dieser Grundsatz kann vollkommen auf das Escrow-Agreement übertragen werden. In Brasilien muss entweder dem Vertrag eine explizite oder dem Vertragszweck eine implizite Regelung entnommen werden, welche die zur Verfügung stehenden Auslegungsmaterialien beschränkt.

II.6.3. Erfüllung des Hauptgeschäfts

Kernpunkt jedes Escrow-Agreements ist die Bewirkung der Erfüllung des Hauptgeschäfts über den Escrow-Agenten. Zum einen muss erklärt werden, ob und inwiefern der Abschluss eines Escrow-Agreements den Inhalt der Verpflichtung des Hinterlegers im

Hauptgeschäft verändert. Zum anderen, ab welchem Zeitpunkt diese Pflicht erfüllt wird.

II.6.3.1. Deutschland

Um die Frage dieses Kapitels zu behandeln, ist es sinnvoll, noch einmal einen Blick auf die notarielle Verwahrung zu werfen. Dass der Abschluss der Verwahrungsvereinbarung die Pflicht des Hinterlegers in eine Einzahlungspflicht auf das Anderkonto umwandelt, ist in der notariellen Verwahrungslehre bereits allgemein anerkannt.[643] Ebenso wird auch sehr oft behauptet, dass die Einzahlung keine Erfüllung der zugrundeliegenden Forderung bewerkstelligt, es sei denn, dass die Beteiligten es ausnahmsweise vereinbaren.[644] In der Tat würde die Annahme einer sofortigen Erfüllungswirkung zum Einzahlungszeitpunkt nichts zum Sicherungszweck beitragen, denn der Hinterleger würde dadurch genau die Vorleistung bewirken, die die notarielle Verwahrung zu vermeiden bezweckt.[645] Überdies müsste der Notar als Empfangsermächtigter (§ 362 Absatz 2 BGB i. V. m. § 185 BGB)[646] des Gläubigers handeln, um das Leistungsangebot des Schuldners mit Erfüllungswirkung empfangen zu können. Das aber ist mit der Stellung des Notars als unabhängiger und unparteilicher Dritte nicht vereinbar. Während der Schwebephase bewahrt er den Hinterlegungsbetrag im Interesse aller Beteiligten auf, und nicht nur für den Gläubiger.[647]

Ohnehin ist der Parteiwille allein maßgebend dafür, ob die Erfüllungswirkung bereits mit Einzahlung oder erst mit Auszahlungsreife oder gar bei Auszahlung eintritt.[648] Ist nichts vereinbart, dann tritt die Erfüllungswirkung nach einer Meinung bereits bei Auszahlungsreife ein – hauptsächlich mit der Begründung, dass ab diesem Zeitpunkt die Verwahrung im Interesse des Gläubigers erfolgt.[649] Nach a. A. sollte die Erfüllungswirkung aus Gründen der

---

[643] Siehe dazu oben Kap. II.4.1.2.2, insbesondere Fn. 379.

[644] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 23; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 22; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 120 (Einzahlung ist keine Hinterlegung im Sinne von § 372 ff. BGB); *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 15 (Einzahlung sei keine Hinterlegung im Sinne von § 372 ff. BGB); *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (633); BGH NJW 1983, 1605 (1606); BGH DNotZ 1987, 155; BGH DNotZ 1989, 234; BGH DNotZ 1995, 125 (127); BGH NJW 1998, 2134 (2135).

[645] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 122; *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 24; *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451 (459 f.). Ähnlich: Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 209.

[646] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 22; *Zimmermann*, DNotZ 1983, 549 (554); BGH NJW 1983, 1605 (1606).

[647] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 125 f.

[648] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 15; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 24; *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 219; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 122; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 137 141; BGH DNotZ 1995, 125.

[649] Vgl. *Kawohl*, Anderkonto, Rn. 42; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 12, II, 3, c; *Brambring*, DNotZ 1990 615 (633); *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451 (461); *Zimmermann*, DNotZ 1983, 549 (555 f.); Armbrüster/Preuß/*Mayer*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 23 (Käufer hätte alles seinerseits Erforderliche getan und die Wirkungen der Erfüllung

Rechtsklarheit nur bei erfolgreicher Auszahlung zukommen.[650] Die praktische Bedeutung dieser Frage besteht vor allem in der Verteilung des Verlustrisikos des hinterlegten Betrags zwischen den Beteiligten. Gefahrtragung und Erfüllung müssen nicht unbedingt zusammenfallen, bei der notariellen Verwahrung gibt es jedoch prinzipiell keinen Grund, weswegen sie nicht zusammenfallen sollten,[651] soweit keine anderweitige Vereinbarung zwischen den Beteiligten getroffen wird.

Die Frage nach der Erfüllungswirkung kann eigentlich nicht beantwortet werden, ohne den Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts zu präzisieren und dahingehend den Vermögenstransfer über den Treuhänder anzusprechen. Hier vermag die Heranziehung der von *Preuß* verteidigten Theorie der Änderung des Leistungsgegenstands und der Theorie des gestreckten Erfüllungsvorgangs von *Dornis* der Debatte beitragen.

II.6.3.1.1. Theorie der Änderung des Leistungsgegenstands

Nach der Ansicht von *Preuß* führt die notarielle Verwahrung nicht die Erfüllung durch Leistung an einen Dritten, sondern über einen Dritten. Die Leistung erfolge nicht an einen Dritten, weil der Notar weder Vertreter oder Empfangsbote des Gläubigers noch empfangsermächtigt i. S. v. §§ 362 Absatz 2, 185 BGB sei. Der Dritte empfängt die Leistung für den Gläubiger, alsbald die Leistung in seine wirtschaftliche Sphäre gelangt. Dementgegen wäre der Notar, wirtschaftlich betrachtet, nicht Eigentümer des hinterlegten Betrags; dieser bleibe in der Sphäre des Hinterlegers, bis er seine Eigentümerstellung zugunsten des Gläubigers aufgibt.[652] *Preuß* bringt aber vor, dass die Leistungshandlung gegenüber einem Dritten vorgenommen werden könne. Der Dritte fungiert dann als bloße Empfangsstelle und die Leistung wird unmittelbar an den Gläubiger bewirkt. Die Leistung erfolgt also über den Dritten. Der Notar bleibe außerhalb des Abwicklungsverhältnisses und seine Neutralität bleibe mithin unberührt.[653]

Dies beantworte die Frage der Erfüllungswirkung jedoch noch nicht, weil dem Gläubiger einer Geldforderung eine konkrete Vermögensposition verschafft werden müsse. Hierfür kommen zwei Ausgestaltungen in Betracht: Entweder tritt die Erfüllungswirkung erst mit Auszahlung des Geldbetrages an den Gläubiger ein (1. Möglichkeit) oder bereits mit Verschaffung

---

sollen ihm nicht versagt werden); *Franken*, RNotZ 2010, 597 (602) (nach Auszahlungsreife lägen Verzögerungen bei der Auszahlung in der Sphäre des Verkäufers).

[650] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 210; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 123; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 23.

[651] Vgl. *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 36.

[652] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 11, III, 1.

[653] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 11, III, 2.

des Auszahlungsanspruchs gegen den Notar für den Gläubiger (2. Möglichkeit). Bei der ersten Möglichkeit bilde der Geldbetrag den Leistungsgegenstand. Wenn zusätzlich vereinbart werde, dass der Gläubiger bereits ab Auszahlungsreife über den Hinterlegungsbetrag Entscheidungen treffen könne, so wäre der Eintritt der Auszahlungsreife der Zeitpunkt, ab dem die Übermittlungsgefahr auf den Gläubiger übergehe. Die Erfüllungswirkung trete aber nur im Auszahlungszeitpunkt ein.[654] Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass die Leistungsbewirkung bereits durch den Erwerb des bedingungslosen und fälligen Auszahlungsanspruchs gegenüber dem Notar erfolge. Leistungsgegenstand wäre sodann der Auszahlungsanspruch selbst.[655] Ob die Beteiligten die erste oder die zweite Möglichkeit bevorzugen, wäre eine Frage der Vertragsauslegung.[656]

Die Unterscheidung des Leistungsgegenstands wirke sich auf die Art der Erfüllung aus. Wird die Forderung erst mit Übereignung der Zahlungsmittel erfüllt, so ist der Erwerb des Auszahlungsanspruchs eine Leistung erfüllungshalber. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass der Gläubiger während der Verwahrung zwei Ansprüche tituliert hat: den Kaufpreisanspruch und den Auskehranspruch. Es wird jedoch angestrebt, dass der Gläubiger seine Befriedigung vorrangig aus dem Auskehranspruch sucht. Nur wenn die Auszahlung fehlschlägt, dürfe er beim Schuldner die ursprüngliche Forderung geltend machen.[657] Anders hingegen, wenn der Auszahlungsanspruch selbst den Leistungsgegenstand bildet. Dann erhalte der Schuldner nur eine Ersetzungsbefugnis bezüglich des Leistungsgegenstandes (*facultas alternativa*), weil er neben der Verschaffung eines fälligen und unbedingten Anspruchs gegen den Notar auch direkt die Schuld begleichen könne. Ist der Auszahlungsanspruch aufschiebend bedingt, so erwerbe der Gläubiger den Leistungsersatz erst mit Bedingungseintritt.[658]

Der fundierten Argumentation von *Preuß* zugrunde liegt eine besondere Art des Vermögenstransfers, nämlich, dass der Erwerb des Auszahlungsanspruchs „derivativ“[659] erfolgt. Mit Einzahlung in das Notaranderkonto werde der Hinterleger selbst zunächst wirtschaftlicher Eigentümer des Hinterlegungsbetrags; rechtlicher Eigentümer bleibe der Notar.[660] Den

[654] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 128 ff.
[655] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 131 f.
[656] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 132.
[657] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 12, II, 1.
[658] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 12, II, 2.
[659] Ein „originärer“ – nicht derivativer – Erwerb des Auszahlungsanspruchs durch den Gläubiger wäre zwar auch möglich, aber würde dem Gläubiger bereits bei Einzahlung unmittelbar eine Vermögensposition begründen (vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 9, II, 1). Da diese letzte Konstellation das Vorleistungsrisiko nicht beseitigt, scheint sie für das Escrow-Agreement unerheblich.
[660] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 8, I, 2, a.

Anspruch auf Auszahlung trete er aufschiebend bedingt an den Gläubiger nach § 398 ff. BGB ab, sodass beim Bedingungseintritt der Gläubiger zum wirtschaftlichen Eigentümer des Hinterlegungsbetrags werde. Vor Zwischenverfügungen des Hinterlegers in der Schwebezeit wäre der Gläubiger durch §§ 161 Absatz 1, 162 Absatz 1 BGB geschützt.[661] Der Hinterleger würde durch die bedingte Abtretung in seiner Weisungsbefugnis beschränkt, weil er den Bedingungseintritt nicht vereiteln dürfe.[662] Mit dem Wechsel an der wirtschaftlichen Inhaberschaft des Hinterlegungsbetrags wäre also der Vermögenstransfer vollzogen.

Zusammenfassend bewältigt diese Lehre die Frage der Erfüllungswirkung auf der Basis des Leistungsgegenstands. Je nachdem, was Leistungsgegenstand wäre, kämen zwei Rechtsinstituten in Betracht, nämlich der Leistung erfüllungshalber und der Ersetzungsbefugnis. Der Vorteil dieser Lehre besteht darin, dass beide Fallgestaltungen – d. h. Eintritt der Erfüllungswirkung bei Auszahlung oder bei Auszahlungsreife – ohne weiteres erklärt werden. Folglich wird die gestalterische Freiheit der Parteien nicht begrenzt, sondern eine weite Grundlage zur Verfügung gestellt, ihre privatrechtlichen Verhältnisse zu gestalten. Des Weiteren ist für diese Lehre weniger der Prozess als die Beziehung des Auszahlungsanspruchs zu der zu erfüllenden Leistung des zugrundeliegenden Geschäfts von Bedeutung.

Diese Lehre könnte auf das Escrow-Agreement in weitem Umfang übertragen werden, denn sie fußt auf den gleichen Umständen, die das Escrow-Agreement ausprägen, und löst die wesentlichen Probleme der Erfüllungswirkung auf, ohne die Freiheit der Parteien zu beschränken. Sie wird hier dementsprechend weitgehend angenommen (siehe unten Kap. II.6.3.1.3).

II.6.3.1.2. Theorie des gestreckten Erfüllungsvorgangs

Dornis vertritt die Auffassung, die notarielle Verwahrung diene nur der Streckung des Erfüllungsvorgangs in zeitlicher Hinsicht. Die Verwahrungsvereinbarung ändere zwar die Leistungshandlung in eine Einzahlung auf das Notaranderkonto, aber der Leistungserfolg verbleibe beim Zeitpunkt des Erwerbs der uneingeschränkten wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis über den hinterlegten Betrag – also beim Auszahlungszeitpunkt.[663] Dadurch würde kein zusätzliches Sicherungs- oder Erfüllungsobjekt geschaffen. Die Qualifizierung als Leistung erfüllungs- oder sicherungshalber scheide deswegen aus. Der verwahrte Kaufpreis bleibt das einzige Zugriffsobjekt des Gläubigers. Vom Hinterleger kann darüber hinaus nichts verlangt werden, selbst

[661] Zum Schutz des aufschiebend Berechtigten im deutschen Recht siehe oben Kap. II.2.1.1.2.2.
[662] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, § 9, II, 2.
[663] Vgl. *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 23 f.

wenn es Probleme bei der Durchsetzung der Auszahlung durch den Notar geben sollte.[664] Die notarielle Verwahrung sei lediglich eine gestreckte Erfüllung des Kaufpreisanspruchs.

In diesem Sinne könnte der Auszahlungsreife keine Pflichterfüllungswirkung zugeschrieben werden. Der Gläubiger erhalte bei Auszahlungsreife keine wirtschaftliche Verfügungsbefugnis über den Betrag, denn der Notar könnte in Erfüllung seiner Amtspflichten selbst nach Eintritt der Auszahlungsreife die Auszahlung verweigern, wenn die Tatbestände des heutigen § 61 BeurkG (Gefahr, dass der Notar bei Befolgung einer unwiderruflichen Weisung an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde, oder dass einem Auftraggeber durch die Auszahlung unwiederbringliche Schäden zugefügt werden) vorliegen.[665] Der Vertrag könnte aber den Gefahrübergang zeitlich vorverlegen. Der Auszahlungszeitpunkt wäre nur der letztmögliche Moment dafür. Maßgeblich wäre das Interesse an einer Absicherung gegen mögliche Abwicklungsrisiken.[666] Da die Interessenlage der Parteien ab Eintritt der Auszahlungsreife der Fallgestaltung des Annahmeverzuges entspreche, wo die Annahme der Leistung durch den Gläubiger i. d. R. eine Obliegenheit darstellt, könnte im Regelfall ein Gefahrübergang bereits bei Auszahlungsreife angesehen werden.[667]

Die Auffassung von *Dornis* kann keine sachgerechte Lösung für die Frage liefern, weil sie der privatrechtlichen Vertragsfreiheit nicht genug Rechnung trägt. Ob die Erfüllungswirkung bereits bei Auszahlungsreife oder bei tatsächlicher Auszahlung erfolgt, sollte grundsätzlich im Ermessen der Beteiligten liegen. Die konkrete Sachfrage ist also nicht, wann die Erfüllung einzutreten hat, sondern unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Qualifizierung die Erfüllung zu dem einen oder dem anderen Zeitpunkt eintritt. Die Ansicht *Dornis* könnte zumeist eher als eine Umschreibung eines gewöhnlichen Falls angesehen werden.

II.6.3.1.3. Stellungnahme

Für eine sinnvolle Betrachtung der Erfüllungswirkung muss die Art des Vermögenstransfers die Grundlage bilden. *Preuß* hat korrekt gezeigt, dass eine „derivative" Fallgestaltung möglich ist, in der der Auskehranspruch zunächst dem Hinterleger gehört und aufschiebend

[664] Vgl. *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 25 ff.
[665] Vgl. *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 33 ff.
[666] Vgl. *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 31 f. *Dornis* bekämpft die Möglichkeit einer Vorverlagerung des Erfüllungszeitpunkts, weil dies „nur insoweit vereinbart sein [kann], als die Regelung des Gefahrübergangs keine angemessene Risikoverteilung zu bewirken vermag" (S. 37). Im Ergebnis nimmt er diese Möglichkeit nur dann an, wenn eine vertragliche Regelung über den Gefahrübergang keinen angemessenen Ersatz für eine auf Erfüllung basierende Risikoverteilung liefert, das ist, nur wenn das Übermittlungsrisiko (z. B. Falschauszahlungen und Veruntreuungen) dies gebietet (S. 36 bis 47).
[667] Vgl. *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 52 ff.

bedingt (d. h. durch die Auszahlungsvoraussetzungen bedingt) an den Begünstigten abgetreten wird. Dieser Fallgestaltung entspricht bei Escrow-Agreements das unechte Escrow.[668] Dennoch kann auch der Auskehranspruch selbst bedingt werden; dann wird er bei Auszahlungsreife vom Berechtigten „originär" erworben. In einem Escrow-Agreement wäre das nichts anderes als ein echtes Escrow. *Preuß* nimmt diese Fallgestaltung nur dann an, wenn bereits die Einzahlung in das Notaranderkonto einen Anspruch auf Auszahlung für den Gläubiger begründet. Dem ist nicht zuzustimmen, da die Entstehung eines Auslieferungsanspruchs nicht zwangsläufig mit dem Einlieferungszeitpunkt einhergeht. Auch im Vertrag zugunsten Dritter kann ein bedingter Anspruch direkt in der Person des Begünstigten entstehen.[669] Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies bei einem dreiseitigen Vertrag, wie einem Escrow-Agreement, anders sein sollte. In der „derivativen" Ausgestaltung müssten die Auszahlungsvoraussetzungen als Replikat der Voraussetzungen des Forderungsabtretungsvertrags angesehen werden. Dann gäbe es neben den Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs des Begünstigten im Hauptgeschäft die Bedingungen zur Auslieferung des Escrow-Agreements und noch eine weitere Rechtsbeziehung mit weiteren Voraussetzungen für die Abtretung des Anspruchs gegen den Treuhänder an den Begünstigten. In dem man die Fallgestaltung mit „originärem" Anspruchserwerb bevorzugt, wird die Menge der Rechtsverhältnisse verringert und damit weniger störanfällig.

Ebenfalls richtig ist, dass der Eintritt des Dritttreuhänders in die Leistungsabwicklung den Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts verändern kann. Anhand des konkreten Falles muss ermittelt werden, ob der Auslieferungsanspruch eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit (1. Möglichkeit nach *Preuß*) oder den Leistungsgegenstand selbst (2. Möglichkeit) darstellt. Unsachgemäß erscheint deshalb, dass unabhängig vom Leistungsgegenstand oder von Zeitpunkt der Erfüllungswirkung eine einheitliche Qualifizierung erfolgen soll.[670] Hier wird, im Rahmen des Escrow-Agreements, die 1. Möglichkeit als „Alternative-Escrow" bezeichnet, weil das Escrow-Agreement nur eine alternative Befriedigungsmöglichkeit für den Gläubiger darstellt, nicht aber den ursprünglichen Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts ersetzt. Die 2. Möglichkeit wäre hingegen das „Ersatz-Escrow", weil der der Auslieferungsanspruch potenziell durch die direkte Bewirkung der Leistung an den Gläubiger ersetzt werden kann.

Das Alternative-Escrow ist, wie *Preuß* für die notarielle Verwahrung richtig vertritt, als

[668] Dazu siehe oben Kap. II.3.2.
[669] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*Gottwald*, § 328 BGB, Rn. 3.
[670] So z. B. *Volhard*, DnotZ 1987, 523 (544, Fn. 90) (Einzahlung auf Anderkonto wäre mit der Annahme eines Schecks erfüllungshalber vergleichbar); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 102 (bejaht den erfüllungshalber Charakter ohne größere Untersuchung). Auch *Dornis*, oben Kap. II.6.3.1.2.

Leistung erfüllungshalber zu qualifizieren.[671] Die Leistung erfüllungshalber zeichnet sich dadurch aus, dass der Leistungsgegenstand nicht geändert wird, jedoch eröffnet sich dem Gläubiger ein zusätzlicher Weg, auf welchem ein entsprechender Erfolg durch Verwertung eines anderen Gegenstands zu erzielen ist.[672] Die Ursprüngliche Leistung bleibt zunächst bestehen,[673] dem Gläubiger ist jedoch aufgetragen, primär aus dem erfüllungshalber übertragenen Gegenstand Befriedigung zu suchen.[674] Charakteristisch für die Leistung erfüllungshalber ist, dass der Gläubiger eine Verwertungspflicht übernimmt, aber nicht das Verwertungs- und Verwendungsrisiko. Deswegen erlischt das Hauptschuldverhältnis zunächst nicht.[675] Dementsprechend wird die Leistung erfüllungshalber als Treuhand, als Auftragsverhältnis oder auftragsähnliches Verhältnis qualifiziert.[676] Im Alternative-Escrow wird das Gläubigerinteresse nur mit Erlangung der geschuldeten Leistung des Hauptgeschäfts befriedigt. Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts und Escrow-Gegenstand sind in jedem Escrow-Agreement identisch. Die Geltendmachung des Auslieferungsanspruchs gegen den Escrow-Agenten führt zu demselben Ergebnis wie eine direkte Leistung des Hinterlegers an den Begünstigten. Wenn sich aus dem Vertrag ergibt, dass nur die Auslieferung als Erfüllung der Hauptforderung gilt, so bedeutet dies, dass der Auslieferungsanspruch neben der Hauptforderung steht. Die Hauptforderung ersetzt sie nicht.[677] Das Risiko, dass der Escrow-Gegenstand nicht oder nicht vertragsgemäß ausgeliefert wird, verbleibt beim Hinterleger. Die Einordnung des Alternative-Escrows als Leistung erfüllungshalber liegt daher nahe. Nur muss die zutreffende Ansicht von *Preuß* darum ergänzt werden, dass der Hinterleger vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Erfüllungswirkung die ursprüngliche Forderung weiterhin erfüllen darf, denn sie ist weiterhin tauglich, dem Gläubigerinteresse zu genügen. Nur darf der Gläubiger sie nicht primär verfolgen. Wenn dem Schuldner diese Möglichkeit entzogen würde, so wäre der erfüllungshalber übertragene Gegenstand nicht die primäre, sondern die einzige zu verfolgende Befriedigungsmöglichkeit.

Anders ist es beim Ersatz-Escrow, das als Ersetzungsbefugnis zu bezeichnen ist, wie die Überlegungen von *Preuß* zur notariellen Verwahrung verdeutlichen. Die Ersetzungsbefugnis verkörpert nach h. M. einen Sonderfall der Leistung an Erfüllungs statt. Mit der Leistung an

---

[671] Bei einer ähnlichen Fallgestaltung bejahen diese Qualifizierung auch: *Witte/Bultmann*, BB 2005, 1123.
[672] Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 9, I, 1.
[673] Vgl. *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, S. 250; Münchkomm/*Fetzer*, § 364 BGB, Rn. 12.
[674] Vgl. *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, S. 250; m. w. N. Staudinger/*Kern*, § 364 BGB, Rn. 24.
[675] Vgl. Staudinger/*Kern*, § 364 BGB, Rn. 21.
[676] Vgl. m. w. N. Beck-OGK/*Looschelders*, § 364 BGB, Rn. 42 ff. (trotz Meinungsunterschiede in der Literatur gäbe es zwischen diesen Einteilungen keinen Gegensatz).
[677] In diesem Sinne, hinsichtlich der notariellen Verwahrung, *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 221 (Verkäufer hat zwei Ansprüche nebeneinander: den Kaufpreis- und den Auszahlungsanspruch).

Erfüllungs statt vereinbaren die Parteien, dass mit der Erbringung einer anderweitigen Leistung die Erfüllung eintreten soll.[678] Bei der Leistung an Erfüllungs statt wird also ein den Leistungsakt begleitender Vertrag vorausgesetzt, wonach die neue Leistung erbracht und angenommen wird.[679_680] Dies führt zum Erlöschen des Schuldverhältnisses i. e. S. nach § 364 Absatz 1 BGB. Auch die Ersetzungsbefugnis ist ein mit der Änderung des Schuldinhalts verwandtes Rechtsinstitut, nur wird dem Schuldner bereits ab Vertragsschluss, jedenfalls vor dem Erfüllungszeitpunkt, die Möglichkeit gewährt, eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungs statt zu erbringen.[681] Nach a. A. unterscheidet sich die Ersetzungsbefugnis von der Leistung an Erfüllungs statt dadurch, dass sie einseitig und nicht vertraglich erfolgt.[682] Ohnehin tritt die Befugnis zur Ersatzleistung nur neben die geschuldete Leistung.[683] Die tatsächliche Ersetzung der ursprünglichen durch die Ersatzleistung erfolgt erst, wenn der Schuldner von dieser Befugnis Gebrauch macht. Die Ersetzungsbefugnis liefert eine sachgemäße Qualifizierung des Ersatz-Escrows, denn der Hinterleger befriedigt das Gläubigerinteresse an der Leistung bereits mit Verschaffung des schlichten Auslieferungsanspruchs gegen den Escrow-Agenten. Dies wird i. d. R. bereits beim Abschluss der Escrow-Klausel bzw. des Escrow-Agreements vereinbart, dem Hinterleger bleibt jedoch die Möglichkeit, die ursprüngliche Leistung jederzeit zu bewirken. Wirtschaftlich betrachtet ist der Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts identisch mit demjenigen, der das Objekt des Auskehranspruchs bildet. Der Gefahrübergang erfolgt daher bereits bei Auslieferungsreife, da in diesem Zeitpunkt der Leistungsgegenstand in die Machtsphäre des Begünstigten übergeht (Gedanke des § 446 BGB).

Kurzgefasst liegen die Unterschiede zwischen dem Alternative- und dem Ersatz-Escrow daran, dass (1) der Leistungsgegenstand beim Alternative-Escrow gleichbleibt, während im Ersatz-Escrow unterschiedliche Gegenstände alternativ geleistet werden können; und (2) Erfüllung und Gefahrübergang zu unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten.

Die hier vorgeschlagene Lösung wird gestützt durch die im notarrechtlichen Schrifttum zu findende Behauptung, dass, wenn der Hinterleger anstatt auf das Anderkonto direkt an den Gläubiger zahlt, die Erfüllungswirkung unmittelbar eintritt, es sei denn, dass die Forderung

[678] Vgl. Beck-OGK/*Looschelders*, § 364 BGB, Rn. 4.
[679] Vgl. *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, S. 247 f.
[680] In die Frage, ob dieser Vertrag eine Abänderung des Schuldverhältnisses mit gleichzeitiger Leistungsbewirkung oder einen sog. „Erfüllungsvertrag“ darstellt, braucht hier nicht tiefer eingegangen zu werden. Siehe dazu Beck-OGK/*Looschelders*, § 364 BGB, Rn. 7 ff.
[681] Vgl. Staudinger/*Kern*, § 364 BGB, Rn. 17; m. w. N. MünchKomm/*Fetzer*, § 364 BGB, Rn. 2.
[682] Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 10, 2.
[683] Vgl. MünchKomm/*Fetzer*, § 364 BGB Rn. 2.

bereits abgetreten oder gepfändet wurde.[684] Wäre die Einzahlung auf das Notaranderkonto die einzige Befriedigungsmöglichkeit, so müsste der Gläubiger den Betrag an den Hinterleger zurückzahlen, damit Letzterer ihn richtigerweise auf das Anderkonto überweisen könnte. Dies beweist, dass dem Hinterleger stets zwei Alternativen gegeben sind. Dies trifft bei der notariellen Verwahrung und bei unidirektionalen Escrows in Gänze zu. In multidirektionalen Escrows erfolgt jedoch die Einlieferung zur Sicherung von Forderungen beider Hauptparteien, sodass die irrtümlich erbrachte Leistung zurückzugeben oder an den Escrow-Agenten weiterzuleiten ist, damit die Sicherheit bestellt wird. Die Behauptung, dass bei abgetretenen oder gepfändeten Forderungen eine direkte Zahlung keine Erfüllungswirkung auslöst, zeigt, dass die Erfüllungswirkung nicht infolge einer direkten Zahlung eintreten kann, wenn Interessen von anderen Personen als dem Begünstigten involviert sind.

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung über den Eintritt der Erfüllungswirkung, so liegt es nahe, der Auslieferungsreife im Wege der ergänzenden Auslegung diese Wirkung beizumessen. Der Hinterleger liefert den Escrow-Gegenstand ein, um sich von seiner Verpflichtung zu entlasten. Kaum ein Hinterleger würde sich darauf einlassen, dass er noch einmal leisten müsste, was er beim Escrow-Agenten bereits eingeliefert hat. Da die Abwicklung über den Escrow-Agenten von beiden Hauptparteien einheitlich als Sicherungsmittel[685] erwählt wird, ist kein Grund ersichtlich, weshalb nur der Hinterleger die Gefahr der Vertragsverletzung des Escrow-Agenten tragen müsste.

II.6.3.2. Brasilien

Die Art und Weise der Erfüllungsbewirkung über das Escrow-Agreement basiert auch in Brasilien auf der Grundentscheidung der Hauptparteien, ob bereits der Erwerb des Anspruchs auf Auslieferung gegen den Escrow-Agenten die Erfüllung herbeiführt, oder ob diese erst mit tatsächlicher Auslieferung erfolgen soll. Die Unterscheidung zwischen „Ersatz-Escrow“ und „Alternative-Escrow“ ist mithin auch in Brasilien von Bedeutung.

Im Gegensatz zu Deutschland, wo die Erfüllungswirkung in einer dem Escrow-Agreement vergleichbaren Konstellation (nämlich in der notariellen Verwahrung) eingehend diskutiert wurde, ist diese Frage in Brasilien bislang nicht erörtert worden. Um auf diese Thematik einzugehen, muss zunächst die Erfüllungswirkung des Escrow-Agreements von ähnlichen

[684] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 15; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BnotO, Rn. 23.
[685] Das ist auch so im zweiseitigen Escrow-Agreement, weil der Begünstigte das Recht nach § 333 BGB zurückweisen darf.

Figuren abgegrenzt werden. Anschließend wird die These vertreten, dass das Leistungsobjekt je nachdem unterschiedlich ist, ob die Erfüllungswirkung bereits beim Erwerb des Auslieferungsanspruchs oder erst nach der Auslieferung eintritt. Darauffolgend wäre ein Ersatz-Escrow als Ersetzungsbefugnis (*obrigação com facultas alternativa*), während ein Alternative-Escrow als Leistung erfüllungshalber (*dação pro solvendo*) zu qualifizieren. Schließlich wird die Frage der Risikoverteilung erörtert.

II.6.3.2.1. Abgrenzung von ähnlichen Figuren

Der Abschluss eines Escrow-Agreements für sich genommen, hat nicht das Erlöschen der Hauptforderung zur Folge. Die Hauptforderung besteht mit demselben Vermögenswert als Gegenstand der Leistung bis zur tatsächlichen Auslieferung fort, wie im Falle eines Alternative-Escrows; oder sie besteht mit dem Anspruch auf Auslieferung gegen den Escrow-Agenten als Gegenstand der Leistung fort, welcher durch direkte Leistung an den Begünstigten ersetzt werden kann, wie im Falle eines Ersatz-Escrows. Im Erfüllungsrecht ist das Rechtsinstitut zu suchen, das am sachgerechtesten erklärt, wie zwei Forderungen in der Weise nebeneinander bestehen können, dass nur eine erfüllt werden muss, um das Gläubigerinteresse zu befriedigen.

Die Wahlschuld (*obrigação alternativa*) erklärt nicht die Erfüllungswirkung des Escrow-Agreements, weil die alternativen Leistungen dafür gleichrangig sein müssten, nicht untereinander nachrangig.[686] Es gibt bei der Wahlschuld eine vorläufige Unbestimmtheit der Leistung, welche sich im Regelfall durch die Ausübung des Wahlrechts nach Art. 252 ff. CC konzentriert.[687] Bis zum Zeitpunkt der Wahl ist ungewiss, welche von den alternativen Leistungen geschuldet ist. Das ist beim Escrow-Agreement nicht der Fall, da von Anfang an nur eine Leistung geschuldet ist. Die alternative Leistung ist ihr gerade untergeordnet. Im Ersatz-Escrow ist die Veranlassung des Erwerbs des Auslieferungsanspruchs durch den Begünstigten die erstrangige Leistung, das direkte Angebot des Gegenstands bildet eine Alternative für den Hinterleger. Beim Alternative-Escrow hingegen bleibt die Hauptforderung die einzige geschuldete Leistung, die Auslieferung stellt nur eine weitere Befriedigungsmöglichkeit dar, welche der Begünstigte vorrangig verfolgen muss. In keiner Escrow-Konstellation ist die geschuldete Leistung unbestimmt, auch nicht vorläufig.

Die Novation (*novação*) liefert auch keine Erklärung für die Erfüllungswirkung des

[686] Vgl. Tepedino/*da Cruz*, Obrigações, S. 157.
[687] Vgl. Tepedino/*da Cruz*, Obrigações, S. 149 f.

Escrow-Agreements, weil die vorbestehende Schuld mit Abschluss des Novationsgeschäfts[688] sofort erlischt. Durch ein Rechtsgeschäft mit Novationseffekt wird gleichzeitig eine vorbestehende Schuld vernichtet und eine dadurch neu gegründete Schuld erschafft. Dafür werden regelmäßig (1) ein übereinstimmender Parteienwille, (2) eine vorher bestehende Schuld, (3) das *animus novandi*, und (4) eine neuzugründende Schuld (*aliquid novi*) gefordert.[689] Beim Escrow-Agreement fehlen die neuzugründende Schuld und das *animus novandi*.

Bei der Novation kann die neue Schuld das Schuldobjekt bzw. die Natur der Schuld (*novação objetiva*) oder die Person des Gläubigers bzw. des Schuldners (*novação subjetiva*) betreffen. Die Novation durch Schuldnerersetzung darf zwischen nur Gläubiger und neuem Schuldner vereinbart werden (*expromissão*). Gemäß Art. 362 CC ist die Zustimmung des Schuldners nicht erforderlich, da es für ihn nur Vorteile schafft,[690] aber ist auch die sog. Delegierung (*delegação*) möglich, bei der sich die drei Parteien einigen.[691] Das Ersatz-Escrow könnte unter gewissen Gesichtspunkten die Novation durch Ersetzung des Schuldners ähneln, da der Erwerb des Auslieferungsanspruchs durch den Begünstigten zur Befreiung des Hinterlegers von seiner Verpflichtung im Hauptgeschäft führt. Doch begründet das Escrow-Agreement keine neue, von der Hauptforderung verschiedene Schuld des Hinterlegers. Die Bewirkung der Leistungspflicht über den Escrow-Agenten ist die originäre Weise der Schuldtilgung in einem Ersatz-Escrow. Von Anfang an ist nur der Erwerb eines Auslieferungsanspruchs geschuldet. Die Einordnung in die Novation scheidet deswegen aus. Bei Alternative-Escrows kann umso weniger die Rede von der Ersetzung einer vorbestehenden Schuld sein,[692] denn die Hauptforderung bleibt die einzige geschuldete Forderung bis zur tatsächlichen Auslieferung, also, der tatsächlichen Tilgung.

---

[688] In der Tat ist die Novation kein Rechtsgeschäft, sondern Effekt eines Rechtsgeschäfts. Unter Novation ist das gleichzeitige Erlöschen des vorbestehenden Schuldverhältnisses und Entstehung eines neuen Schuldverhältnisses zu verstehen, und nicht das Rechtsgeschäft, das diese Wirkung auslöst. Siehe *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXV, S. 132 f.

[689] Vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 563, 566 ff.; Tepedino/*Nevares*, Obrigações, S. 430.

[690] Vgl. *Camargo Viana*, A novação, S. 50; Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 600 f. Dagegen: *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. I, S. 666 (es muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Schuldner ein legitimes Interesse am Fortbestehen der Schuld hat).

[691] Vgl. *Camargo Viana*, A novação, S. 51; *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XIII, S. 183 f.

[692] Die Aussage im Textkörper, keine „vorbestehende Schuld" wird mit dem Escrow-Agreement ersetzt, steht nicht im Widerspruch zur Umschreibung des Escrow-Agreements im Kap. II.1.3, wo gesagt wurde, das Escrow-Agreement sichert und erfüllt eine „vorbestehende Schuld" des Schuldners. In diesem Kapitel wird den chronologischen (nicht logischen) Moment der Entstehung des Anspruchs hervorgehoben. Bei der Umschreibung des Escrow-Agreements wurde die Trennung vom Hauptgeschäft unterstrichen.

Auch das *animus novandi* fehlt gänzlich bei Escrow-Agreements. Mit *animus novandi* handelt, wer eine vorbestehende Schuld durch die Begründung einer neuen Schuld zu erlöschen beabsichtigt.[693] Das erste Schuldverhältnis erlischt und an dessen Platz tritt ein neues Schuldverhältnis ein. Die neue, durch Novation entstehende Schuld muss eine gänzlich neue Schuld darstellen, und nicht bloß die Abänderung der Ursprünglichen. Die Unterschiede müssen das Wesen der Schuld berühren.[694] Mit Vereinbarung eines Escrow-Agreements wird aber die Hauptforderung nie zum Erlöschen gebracht. Durch den Abschluss eines Escrow-Agreements wird nur eine weitere Möglichkeit der Gläubigerbefriedigung begründet – ob diese weitere Möglichkeit den primären Leistungsgegenstand oder nur eine vorrangige Befriedigungsmöglichkeit bildet, ohne den Leistungsgegenstand zu ersetzen, ist eine Frage des Einzelfalles und resultiert letztendlich in der Klassifizierung als Ersatz- oder Alternative-Escrow. In jedem Fall bestehen die Hauptforderung und der Auslieferungsanspruch zunächst nebeneinander, und der Hinterleger kann auch nach Abschluss des Escrow-Agreements und sogar nach Einlieferung des Escrow-Gegenstands die ursprüngliche Schuld weiter erfüllen.

Eine Leistung an Erfüllungs statt (*dação em pagamento*) liegt beim Escrow-Agreement ebenfalls nicht vor, weil dafür die Abgabe der Ersatzleistung und die Erfüllung des vorbestehenden Schuldverhältnisses zusammenfallen müssten. Trotz Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsnatur der Leistung an Erfüllungs statt ist relativ unumstritten, dass sie nicht Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge hat. Nur der Leistungsgegenstand wird unter Wahrung aller anderen Modalitäten des Schuldverhältnisses geändert.[695] Die Änderung des Leistungsgegenstands und die Abgabe des neuen Leistungsgegenstands erfolgen gleichzeitig. Insoweit unterscheidet sich die Leistung an Erfüllungs statt von der Wahlschuld (*obrigação alternativa*) und der Ersetzungsbefugnis (*obrigação com facultas alternativa*), weil bei diesen Konstellationen die Möglichkeit der Erfüllung mit einer anderweitigen Leistung vor dem Leistungsangebot vereinbart wird.[696] Dadurch wird die Abgrenzung zum Escrow-Agreement verständlich: Die Möglichkeit der alternativen Leistung in einem Ersatz-Escrow bzw. die Pflicht des Gläubigers in einem Alternative-Escrow, primär aus dem Auslieferungsanspruch Befriedigung zu suchen, wird bereits mit der Begründung der Hauptforderung vereinbart, und nicht beim Erwerb des

[693] Vgl. *Souza Neto*, Da novação, S. 126; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXV, S. 133.
[694] Vgl. *Gomes*, Obrigações, S. 166.
[695] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXV, S. 58, 64; *Gomes*, Obrigações, S. 146; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. II, S. 231; Tepedino/*Soares*, Obrigações, S. 425.
[696] Vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 549; *Gomes*, Obrigações, S. 145; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. II, S. 231 f.; Tepedino/*Soares*, Obrigações, S. 424; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. I, S. 656 f.

Auslieferungsanspruchs selbst oder bei Auslieferung des Escrow-Gegenstands.

Schließlich ist im Escrow-Agreement keine Schuldübernahme (*assunção de dívida liberatória*), weil diese nicht das Bestehen zweier Erfüllungsmöglichkeiten erfasst. Die Schuldübernahme löst einen Wechsel in der Schuldnerstellung ohne Änderung im Inhalt des Schuldverhältnisses aus. Der bisherige Schuldner befreit sich von seiner Verpflichtung und ein neuer Schuldner tritt in das Schuldverhältnis ein.[697] Dafür ist Zustimmung des Gläubigers gemäß Art. 299, *caput*, CC notwendig, weil er dadurch benachteiligt werden kann.[698] Wie oben dargestellt, bestehen im Escrow-Agreement anfänglich zwei Erfüllungsmöglichkeiten, während in der Schuldübernahme nur eine Pflicht besteht, welche vom ursprünglichen auf den neuen Schuldner übergeht. Überdies ist die Pflicht des Escrow-Agenten nicht dieselbe wie die des Hinterlegers im Hauptgeschäft. Trotz Identität des Escrow-Gegenstands mit dem Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts und trotz der Befriedigung der Hauptforderung mit der Auslieferung bzw. dem Erwerb des Auslieferungsanspruchs tritt er nicht in das Ursprungsschuldverhältnis ein. Seine Pflicht folgt ausschließlich aus dem Escrow-Agreement, und dieses ist vom Hauptgeschäft weitgehend getrennt. Müsste sich der Escrow-Agent für dieselbe Schuld verantworten, so hätte er ein legitimes Interesse daran, die Ansprüche des Berechtigten zu beanstanden (im M&A-Escrow bspw. sollte er außergerichtliche Klagen des Anteilskäufers antworten dürfen). Das darf er aber keineswegs, und zwar zwecks Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Er macht sich also die Schuld des Hinterlegers nicht zu eigen.

Eine sinnvolle Antwort auf die Frage nach der Erfüllungswirkung muss berücksichtigen, dass die Hauptforderung auf zwei Wegen erfüllt werden kann, d. h. durch Auslieferung durch den Escrow-Agenten oder durch direkte Zahlung durch den Hinterleger, und in welchem Verhältnis diese Alternative zueinander stehen.

II.6.3.2.2. Gläubigerbefriedigung durch Escrow-Agreement

Bei der Beantwortung der Frage nach der Gläubigerbefriedigung durch das Escrow-Agreement ist von der unabhängigen und neutralen Stellung des Escrow-Agenten auszugehen. Der Escrow-Agent darf nicht als Einziehungs- (*autorizado a cobrar*) oder Empfangsberechtigter (*autorizado a receber*)[699] oder noch als Empfangsgehilfe (*auxiliar*) des Begünstigten handeln, um zu vermeiden, dass er den Interessen des Begünstigten Vorzug gibt. Wäre dies der Fall,

[697] Vgl. *Freitas Gomes*, Da assunção de dívida, Rn 138, 140; Tepedino/*Miranda*, Obrigações, S. 253, 256.
[698] Vgl. *Wald*, RDM 59, 5 (5, 7); *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. II, S. 375.
[699] Empfangsberechtigter ist wer, ohne Vertreter zu sein, vom Gläubiger zum Empfang der Leistung ernannt wird (vgl. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 102).

wäre der Annahme des Gegenstands durch den Escrow-Agenten bereits Schuldtilgungswirkung beizumessen[700] und der Begünstigte dürfte bereits ab Einlieferung über den Escrow-Gegenstand verfügen. Gleichermaßen darf der Escrow-Agent nicht als Erfüllungsgehilfe des Hinterlegers auftreten. Der Klarheit halber: Die Parteien können vereinbaren, dass die Erfüllungswirkung bereits mit der Einlieferung eintritt, wobei dieser Sachverhalt mangels Pflicht zur Wahrnehmung widerstreitender Interessen und mangels Unabhängigkeit und Neutralität des Agenten kein Escrow-Agreement darstellt.

Der Escrow-Agent handelt weder in der Sphäre des Hinterlegers noch in der des Begünstigten. Er steht zwischen den Hauptparteien. Die Erfüllungswirkung tritt nicht ein, weil die Leistung an den Escrow-Agenten abgegeben wird, sondern weil die Auslieferung erfolgt oder vom Escrow-Agenten verlangt werden kann. Der Begünstigte darf nicht Abgabe an sich selbst verlangen, sondern nur an den Escrow-Agenten. Die Einlieferung selbst hat keine Erfüllungswirkung, sondern erfolgt vielmehr als Vorbereitungsmaßnahme der Erfüllung.

Der Hinterleger darf hingegen weiterhin direkt an den Begünstigten leisten, und in diesem Fall tritt die Erfüllungswirkung unmittelbar ein. Die Identität zwischen dem Escrow-Gegenstand und dem Gegenstand der Hauptforderung zwingt zu dieser Schlussfolgerung. Denn es ist kaum vorstellbar, warum sich der Begünstigte weigern könnte, den Leistungsgegenstand direkt zu empfangen. Sein Interesse an der Leistung wird gleichermaßen durch die direkte Leistung befriedigt. Weigert er sich, liegt ein Fall des Gläubigerverzugs vor (Art. 394 CC). Der Escrow-Agent ist bei direkter Zahlung gehalten, den Escrow-Gegenstand zurückzugeben, weil aus der Vertragsverbindung abzuleiten ist, dass die direkte Zahlung einen besonderen Fall darstellt, welcher den Hinterleger zur Gegenstandrückgabe berechtigt.

Wird der Gegenstand dem Escrow-Agenten übergeben, stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Erfüllungswirkung. Dieser könnte im Moment der Auslieferung oder der Auslieferungsreife eintreten. Entscheidend ist allein der Wille der Parteien. Die Unterscheidung zwischen Ersatz- und Alternative-Escrow wird in dieser Arbeit auch für Brasilien vorgeschlagen. Tritt die Erfüllungswirkung bereits bei Auslieferungsreife ein, so handelt es sich um ein Ersatz-Escrow, weil der der Auslieferungsanspruch zur Hauptforderung wird (das ist, er wird zum Leistungsgegenstand), und kann durch die direkte Zahlung ersetzt werden. Umgekehrt bleibt

[700] Wenn man die Tilgung (*adimplemento*) als Befriedigung des Gläubigerinteresses an der Leistung begreift (vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 121 ff.), so versteht sich, dass dem Leistungsangebot an eine vom Gläubiger bestellte Person, die ausschließlich im Interesse des Gläubigers handelt, aufgrund der besonderen Stellung des Gläubigers zum Leitungsempfänger die Erfüllungswirkung zukommt.

beim Alternative-Escrow die Hauptforderung unverändert und die tatsächliche Auslieferung ist nur eine weitere Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers, welche vorrangig zu verfolgen ist.

Kann aus der Vertragsauslegung keine explizite Norm über den Eintritt der Erfüllungswirkung genommen werden, so ist es im Zweifel anzunehmen, dass sie mit Auslieferungsreife eintritt. Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Auslegung nach der Verkehrssitte, insbesondere bei dreiseitigen Escrow-Agreements. Das heißt, dass die Vereinbarung zwischen den Parteien in dem Sinne auszulegen ist, der ihr im Geschäftsverkehr üblicherweise beigemessen wird. Die Hauptparteien ernennen den Escrow-Agenten gemeinschaftlich, und es ist schwer vorstellbar, warum nur der Hinterleger das Risiko von Vertragsstörungen tragen sollte, die in der Sphäre des Escrow-Agenten liegen. Selbst beim zweiseitigen Escrow-Agreement ist die Lage nicht anders, weil der Begünstigte die Ernennung des Escrow-Agenten ablehnen kann. Jeder vernünftige Hinterleger bezweckt mit Einlieferung des Escrow-Gegenstands die Befreiung von der Leistungspflicht. Es scheint im Zweifel nicht gerechtfertigt, vom Hinterleger zu verlangen, dass er erneut leistet, was er bereits eingeliefert hat, nur weil der einheitlich gewählte Escrow-Agent gegen seine Pflichten verstoßen hat. In der Regel vereinbaren die Parteien also Ersatz-Escrows. Nach Auslieferungsreife trägt der Hinterleger kein Risiko mehr; seine Pflicht ist erfüllt und Störungen im Escrow-Verhältnis sind ausschließlich zwischen Escrow-Agentem und Begünstigtem zu regeln.

II.6.3.2.2.1. Ersatz-Escrow

Wenn vereinbart wird, dass bereits der Erwerb des Auslieferungsanspruchs den Hinterleger entlastet, so ist der Auslieferungsanspruch selbst der Leistungsgegenstand. Mit Erwerb des Auslieferungsanspruchs wird das Gläubigerinteresse befriedigt. Ist im Hauptgeschäft z. B. ein Kaufpreis geschuldet, so einigen sich die Hauptparteien, dass der Kaufpreis mit dem Auszahlungsanspruch gegen den Escrow-Agenten zu tilgen ist. Der Begünstigte darf keine andere Leistung in Anspruch nehmen; er ist auf den Auslieferungsanspruch aus dem Escrow-Agreement beschränkt.

Die geschuldete Leistung ist also die Einräumung eines fälligen Anspruchs auf Auslieferung gegen den Escrow-Agenten, diese aber kann vom Hinterleger durch eine direkte Zahlung ersetzt werden. Diese Konstellation, in der der Gläubiger nur eine Leistung einfordern kann, während der Schuldner nur zu einer Leistung verpflichtet ist, sie aber durch eine anderweitige Leistung ersetzen darf, bezeichnet eine Ersetzungsbefugnis (*obrigação com facultas*

alternativa).[701] Sie ist nicht im *Código Civil* geregelt und weist gewisse Ähnlichkeiten zur Wahlschuld (*obrigação alternativa*) auf. Von dieser unterscheidet sie sich jedoch, weil die geschuldete Leistung in der Wahlschuld zunächst nicht bestimmt ist und bei Ausübung des Wahlrechts (oder beim Eintritt eines die Schuld bestimmenden Ereignisses) zu einer „einfachen" (*simples*) Schuld wird. In der Ersetzungsbefugnis ist die geschuldete Leistung von Anfang an bestimmt.[702] Ein weiterer Unterschied liegt daran, dass die möglichen Leistungen in der Wahlschuld gleichrangig sind; in der Ersetzungsbefugnis indessen gibt es eine vorrangige Leistung und eine untergeordnete Möglichkeit der Ersetzung.[703]

Die Ersetzungsbefugnis ist nicht zu verwechseln mit der Leistung an Erfüllungs statt (*dação em pagamento*). Bei der Ersetzungsbefugnis hat der Schuldner nur das Recht, eine anderweitige Leistung mit befreiender Wirkung zu erbringen. Er kann von diesem Recht Gebrauch machen oder nicht; in letzterem Fall wird die ursprüngliche Leistung nicht ersetzt. Dagegen bewirkt die Leistung an Erfüllungs statt unmittelbar die Ersetzung des Leistungsgegenstands. Ferner ist in der Ersetzungsbefugnis die Möglichkeit einer anderweitigen Leistung im Voraus vereinbart, während bei der Leistung an Erfüllungs statt diese Möglichkeit gleichzeitig mit dem Leistungsangebot eingeräumt wird.[704]

Die Einstufung als Ersatzzuständigkeit hat im Wesentlichen zwei Rechtsfolgen. Erstens, falls die einzig geschuldete Leistung anfänglich unmöglich ist, folgt daraus die Nichtigkeit des gesamten Vertrags.[705] Zweitens schließt auch die nachträgliche Unmöglichkeit die Leistungspflicht des Schuldners aus,[706] führt aber zur Haftung, wenn er die Unmöglichkeit zu vertreten hat (Arts. 234 ff. CC). Es kommt nicht darauf an, ob die alternative Leistung noch möglich ist, denn der Schuldner war gerade nicht dazu verpflichtet. Der Schuldner darf aber immerhin die alternative Leistung erbringen, wenn er dazu bereit ist.[707]

Die Frage der Leistungsstörungen ist im Escrow-Agreement besonders. Sie muss die typeigene Risikoverteilung und die Auswirkungen der Tätigkeit des Escrow-Agenten auf das zugrundeliegende Schuldverhältnis berücksichtigen. Dementsprechend wird sie unten in einem

---

[701] Vgl. Tepedino/*da Cruz*, Obrigações, S. 167; *Lira*, A obrigação alternativa, Rn. 50.
[702] Vgl. *Lira*, A obrigação alternativa, Rn. 53.
[703] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXII, S. 222.
[704] Vgl. *Gomes*, Obrigações, S. 145; Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 549; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. II, S. 232; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. I, S. 656.
[705] Vgl. Tepedino/*da Cruz*, Obrigações, S. 168; *Lira*, A obrigação alternativa, Rn. 53.D.
[706] Vgl. *Lira*, A obrigação alternativa, Rn. 53.C.
[707] Vgl. *Gomes*, Obrigações, S. 233.

eigenen Kapitel analysiert. Die Einordnung des Ersatz-Escrows in die Ersetzungsbefugnis ist trotzdem nicht belanglos. Sie liefert eine Erklärung für den Eintritt der Erfüllungswirkung bei Auslieferungsreife sowie für die Einschränkung der Möglichkeiten des Gläubigers, die Leistung ausschließlich vom Escrow-Agenten zu fordern.

II.6.3.2.2.2. Alternative-Escrow

Im Alternative-Escrow wird der Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten nicht zum Leistungsobjekt. Der Auslieferungsanspruch ist nur eine zusätzliche, vorrangige Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers. Die Hauptforderung und ihr Leistungsgegenstand bleiben unverändert. Der Hinterleger befreit sich nicht mit der Verschaffung eines Anspruchs gegen den Escrow-Agenten, sondern nur mit dem wirksamen Übergang der Inhaberschaft (bzw. des Besitzes) am Escrow-Gegenstand an den Begünstigten. Der Anspruch gegen den Escrow-Agenten ist nicht geeignet, das Gläubigerinteresse zu befriedigen; die Befriedigung solchen Anspruchs hingegen schon.

Dem Begünstigten stehen beim Bedingungseintritt zwei Ansprüche zu: Einer gegenüber dem Escrow-Agenten und einer gegen den Hinterleger. Er darf beide Ansprüche geltend machen, ist aber verpflichtet, seine Befriedigung zunächst aus dem Anspruch gegen den Escrow-Agenten zu suchen. Nur wenn dieser Versuch scheitert, darf er sich an den Hinterleger wenden. Der Auslieferungsanspruch bildet also die primäre, nicht aber die ausschließliche Befriedigungsmöglichkeit.

Diese Konstellation ist als Leistung erfüllungshalber (*dação pro solvendo*) zu qualifizieren. Diese zeichnet sich durch die Übertragung eines Gegenstands (Sachen, Forderungen, Wertpapiere usw.) an den Gläubiger mit dem Ziel aus, dass er aus diesem Gegenstand (meistens aus dessen Verwertung) Befriedigung sucht. Die dação *pro solvendo* hat also nicht das Erlöschen der Schuld zur Folge, sondern vereinfacht nur deren Erfüllung.[708] Primäre Befriedigungsmöglichkeit ist der abgetretene Gegenstand, die Durchsetzbarkeit der grundlegenden Forderung ist von der Verwertung solchen Gegenstands aufschiebend bedingt.[709]

Von der Leistung an Erfüllungs statt ist die *datio pro solvendo* abzugrenzen, weil erstere

[708] Vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 547 f.; *Gomes*, Obrigações, S. 146 f.; Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 395 f. (weist zurecht darauf hin, dass die *datio pro solvendo* die Gestaltung eines fiduziarischen Geschäfts übernehmen kann (S. 405)).
[709] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXV, S. 75. Ähnlich: *Gomes*, Obrigações, S. 147 (die erfüllungshalber abgetretene Forderung funktioniert wie eine dilatorische Einwendung der ursprünglichen Forderung).

eine sofortige Schuldtilgung bewirkt, wohingegen der schlichten Abgabe des Gegenstands erfüllungshalber keine solche Wirkung zukommt.[710] Von der Sicherungsabtretung einer Forderung bzw. Sicherungsübereignung unterscheidet sich die Leistung erfüllungshalber dadurch, dass die primäre Befriedigungsmöglichkeit in der Sicherungsabtretung oder -übereignung die Leistung durch den Schuldner ist, die Geltendmachung der Sicherheit ist sekundär.

Die Hauptfolge der Qualifizierung des Alternative-Escrows als Leistung erfüllungshalber ist die Notwendigkeit, dass der Begünstigte bei der Einforderung des Anspruchs gegen den Escrow-Agenten sorgfältig vorgeht.[711] Von ihm sind ordentliche Vorkehrungen zu erwarten, wie die rechtzeitige Geltendmachung des Anspruchs, die vertragsmäßige Ab- oder Annahme des Escrow-Gegenstands und die Angabe aller benötigten Informationen für die ordentliche Auslieferung (bspw. Identifikation des Bankkontos). Verjährt der Auslieferungsanspruch wegen Verzuges des Begünstigten, so kann eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vorliegen. Liefert der Escrow-Agent nicht aus, so könnte infrage stehen, ob der Begünstigte vorrangig den Escrow-Agenten verklagen muss, bevor er gegen den Hinterleger vorgeht. Es ist Frage des Einzelfalls, ob solche Vorkehrungen erforderlich sind, ein allgemeines Erfordernis aber scheint dem Sicherungszweck des Escrow-Agreements zu widersprechen. Wenn die Einziehung der Forderung gegen den Escrow-Agenten sich so schwer erweist, dass eine gerichtliche Klage nötig ist, dann sollte der Begünstigte direkt vom Hinterleger die Forderung verlangen können. Jedenfalls kann diese Frage leicht durch den Einbezug eines Hilfsantrags (*pedido subsidiário*) gegen den Hinterleger in der Klage umgangen werden.

II.6.3.2.2.3. Risikoverteilung

Die Risikoverteilung im Escrow-Agreement ist von besonderer Art. Vor allem muss die Frage beantwortet werden, wer das Risiko von Leistungsstörungen im Escrow-Verhältnis trägt, und welche Ansprüche der benachteiligten Hauptpartei zustehen.

Der Zeitpunkt und die Voraussetzungen des Gefahrübergangs ist grundsätzlich eine Angelegenheit der Parteien.[712] Durch Vertragsauslegung ist zu entnehmen, ob für den Gefahrübergang auf den Erfüllungszeitpunkt oder auf einen anderen Zeitpunkt abzustellen ist. Allerdings werden nur selten Absprachen über den Moment des Gefahrübergangs explizit getroffen.

Die allgemeine Regel bezüglich der Risikoverteilung im brasilianischen Recht ergibt

[710] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 403.
[711] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXV, S. 76 f.
[712] Vgl. *Gomes*, Obrigações, S. 229.

sich überwiegend aus Arts. 234 ff., 492 CC. Aus diesen Vorschriften wird trotz Ausnahmen im Gesetz die *res perit domino*-Regel gezogen, das heißt, bis Sachübergabe trägt der Eigentümer die Gefahren, danach gehen die Risiken der Sache auf den Erwerbenden über.[713] Eine dedizierte Auseinandersetzung mit diesbezüglicher Lehre ist nicht Gegenstand dieser Arbeit und für die Behandlung der Forschungsfrage auch nicht erforderlich. Die Darstellung dieses allgemeinen Prinzips reicht für die Zwecke dieser Arbeit aus.

Beim Alternative-Escrow bleibt der Hinterleger in vollem Umfang für die Erfüllung verantwortlich, falls der Begünstigte aus der Forderung gegen den Escrow-Agenten keine Befriedigung erlangen kann. Die Gefahr bleibt mithin beim Hinterleger bis zur vollständigen Durchführung der Auslieferung. Falls der Escrow-Agent nicht ausliefert, muss der Hinterleger dem Begünstigten direkt leisten, der Tatsache zum Trotz, dass er bereits beim Escrow-Agenten einen identischen Gegenstand eingeliefert hat. Nach direkter Zahlung erwirbt er den Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten und darf ihn geltend machen. Etwaiger Schadensersatz ist zwischen Hinterleger und Escrow-Agenten zu regeln.

Anders ist die Lage beim Ersatz-Escrow. Da hier der Erwerb des Anspruchs gegen den Escrow-Agenten die Erfüllungswirkung innehat, ist die Nichtauslieferung ein Risiko desjenigen, wer den Auslieferungsanspruch erwirbt. Sofern ein wirksamer Anspruch auf Auslieferung erworben wird, schadet die Nichterfüllung des Auslieferungsanspruchs den Eintritt der Erfüllungswirkung und mithin den Gefahrübergang nicht. Mit anderen Worten, mit dem Übergang des Leistungsgegenstandes auf den Begünstigten (d. h. mit dem Erwerb des Auslieferungsanspruchs gegen den Escrow-Agenten durch den Begünstigten) gehen auch die Risiken auf ihn mit über (Gedanke des Art. 492 CC).

Besondere Betrachtung erfordert im brasilianischen Recht der Untergang des Escrow-Gegenstands. Dieses Risiko trägt der Hinterleger bis Auslieferungsreife, danach geht es auf den Begünstigten über. Der Bedingungseintritt oder -ausfall bestimmt also nicht nur wer die Gefahren trägt, sondern auch den Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Die Hauptparteien tragen also gleichermaßen das Risiko, dass der Escrow-Agent seinen Pflichten nicht nachkommt. Aber nicht im Sinne eines quotalen (*pro rata*) Risikos, sondern vielmehr dass beide zur Auslieferung berechtigt werden können. Das ist insofern gerecht, als der Auslieferungsanspruch den Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts bildet, und der Berechtigte nach Bedingungseintritt (oder

[713] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 90; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXXIX, S. 356; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. I, S. 501 f.; *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 4, S. 635; *Gomes*, Obrigações, S. 228 ff. (für bilaterale Verträge).

-ausfall) keinen Anspruch mehr gegen den anderen Vertragsteil hat.

Art. 234 CC regelt, dass der Untergang der Sache vor Übergabe der Sache oder vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung bei einer Stückschuld die Schuld auflöst; falls der Schuldner den Untergang der Sache zu vertreten hat, so muss dieser das Äquivalent und Schadensersatz neben der Leistung leisten. Wenn der Schuldner die Gegenleistung bereits empfangen hat, dann muss er zwar seine Leistung wegen Sachuntergangs nicht erbringen, bleibt aber für die Erstattung der Gegenleistung verantwortlich. Sonst würde er sich ohne Grund bereichern.[714] Das bringt beim Escrow-Agreement eine eigenartige Situation zutage, weil der Escrow-Agent keine Gegenleistung für den Besitz oder für das Eigentum am Escrow-Gegenstand zu erbringen hat, er verdient i. d. R. nur eine Vergütung als Gegenleistung für die Interessenwahrnehmung. Nichtsdestotrotz ist er zur Abgabe des Besitzes oder Eigentums am Escrow-Gegenstand verpflichtet, weil er zuvor vom Hinterleger den Besitz oder Eigentum empfangen hat. Eine gewisse wechselseitige Abhängigkeit zwischen Empfang und Weiter- oder Rückgabe des Escrow-Gegenstands ist zweifellos gegeben, d. h. der Empfang des Escrow-Gegenstands steht für die Zwecke des Art. 234 CC einer Gegenleistung gleich.

Anhand solcher Überlegungen müssen beim Ersatz-Escrow, das eine Stückschuld zum Gegenstand hat, vier Unterfälle unterschieden werden. Wenn (1) der Escrow-Gegenstand vor Auslieferungsreife untergeht und die Escrow-Bedingung ausfällt, dann muss der Escrow-Agent dem Hinterleger nur ein Surrogat für den Escrow-Gegenstand zurückgeben und ggf. Schadensersatz leisten, denn eine Pflicht zur Rückgabe des exakten Escrow-Gegenstands existiert kraft Gesetzes nicht mehr (Untergang der Sache in der Schwebezeit). Wenn (2) die Sache nach Bedingungsausfall untergeht, ist der Sachverhalt gleich wie (1) zu lösen. Wenn (3) die Bedingung nach Untergang der Sache eintritt, dann tritt die Erfüllungswirkung nicht ein, weil der Begünstigte nicht gezwungen werden kann, eine andere als die geschuldete Leistung anzunehmen (Art. 313 CC). Einen Anspruch gegen den Escrow-Agenten würde der Begünstigte in diesem Fall weiterhin erwerben können, jedoch unterschiedlichen Inhalts, da der Escrow-Agent nur ein Surrogat und nicht einen Gegenstand zu leisten hätte, der mit der Hauptforderung identisch ist. Da es sich hier um eine Ersetzungsbefugnis handelt, müsste die Schuld bei Unmöglichkeit der Leistung erlöschen[715] – der Schuldner hat die Befugnis, sie zu ersetzen, ist aber dazu nicht verpflichtet, und der Gläubiger darf die andere Leistung nicht fordern. Der Begünstigte darf

[714] Vgl. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XI, S. 35; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXII, S. 160.
[715] Siehe oben Kap. II.6.3.2.2.1.

folglich vom Hauptvertrag wegen Nichterfüllung zurücktreten, wenn die Voraussetzungen vorliegen, den Hinterleger aber kann er nicht mehr zur Zahlung der Hauptforderung zwingen: Der Untergang der Sache bringt auch die primäre Schuld des Hinterlegers im Hauptgeschäft zum Erlöschen nach Art. 234 CC. In Konstellation (4) geht schließlich der Escrow-Gegenstand nach Auslieferungsreife unter. In diesem Sachverhalt tritt Erfüllungswirkung ein, weil der Begünstigte einen wirksamen Auslieferungsanspruch gleichen Inhalts mit der Hauptforderung erwirbt. Er kann vom Escrow-Agenten nur ein Äquivalent für den Escrow-Gegenstand und etwaige Schadensersatz verlangen.

Die streitanfälligste Situation ist die in Nr. (3) oben. Ein Beispiel: Beim Kauf einer Wohnung wird vereinbart, dass die Wohnungsschlüssel bei einem Escrow-Agenten hinterlegt und dem Käufer nach Zahlung des Kaufpreises ausgehändigt werden. Einzige Bedingung für Auslieferung ist die Kaufpreiszahlung. Der Käufer muss die Banküberweisung tätigen und dem Escrow-Agenten den entsprechenden Beleg vorlegen, um die Schlüssel abnehmen zu dürfen. Der Verkäufer übergibt dem Escrow-Agenten die Schlüssel bereits am Tag des Vertragsschlusses, diese werden aber am nächsten Tag wegen eines Brandfalls im Büro des Escrow-Agenten zerstört, ohne dass die Hauptparteien davon erfahren. Der Käufer führt gemäß der Vereinbarung eine Woche später die Überweisung durch, legt den Beleg vor und erfährt erst dann von der Zerstörung der Schlüssel. Wenn die Hausschlüssel durch gleichartige Schlüssel ersetzt werden können, ist die Erfüllungswirkung eingetreten und der Käufer kann nur vom Escrow-Agenten neue Schlüssel verlangen. Der Verkäufer ist von seiner Pflicht befreit. Sind die Schlüssel aber so eigenartig, dass sie nicht ersetzt werden können, sondern die Haustüren getauscht werden müssen, dann tritt keine Erfüllungswirkung ein und der Käufer kann ggf. vom Kaufvertrag zurücktreten. Dem Verkäufer verbleibt der Anspruch auf das Äquivalent gegen den Escrow-Agenten.

Handelt es sich um Gattungsschuld (*obrigação de dar coisa incerta*), so wirkt die Hinterlegung beim Escrow-Agenten gemäß Art. 243 CC als Wahl des Leistungsgegenstandes und die Auslieferung unterliegt den Vorschriften der Stückschuld (Art. 245 CC). Da es meistens um vertretbare Sachen (z. B. Geld) geht, führt der Untergang des hinterlegten Escrow-Gegenstands zur Leistung eines Äquivalenten, welches sogar *in natura* sein kann, zuzüglich etwaigen Schadensersatzes. Der Escrow-Agent kann also weiterhin dem Berechtigten Gegenstände gleicher Art, Güte und Menge ausliefern, so dass Art. 313 CC in diesem Fall nicht anwendbar ist – die Auslieferungspflicht des Escrow-Agenten hätte das Angebot einer Leistung gleichen Inhalts zum Gegenstand. Mit dem Eintritt der Bedingung erwirbt der Begünstigte also den Anspruch

auf eine Auslieferung, welcher tauglich ist, sein Interesse zu befriedigen, und es tritt Erfüllungswirkung ein. Nur wenn es aus irgendwelchem Grund nicht möglich ist, Schadensersatz *in natura* zu verlangen, dann könnte nicht davon ausgegangen werden, dass der Begünstigte den Anspruch auf eine Leistung gleichen Inhalts erwirbt. In diesem Fall tritt die Erfüllungswirkung nicht ein und die Situation regelt sich wie in Nr. (3) und (4) oben oder, wenn die Bedingungs ausfällt, wie in Nr. (1) und (2).

II.6.3.3. Fazit

Sowohl in Deutschland als auch in Brasilien hängt die Erfüllungswirkung von der Ausgestaltung des Escrow-Agreements als Ersatz- oder Alternative-Escrow ab. Das Ersatz-Escrow stellt in Deutschland eine Ersetzungsbefugnis und eine *obrigação com facultas alternativa* in Brasilien dar, denn der Auslieferungsanspruch selbst bildet den Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts, dessen schlichter Erwerb das Interesse des Gläubigers an der Leistung befriedigt. Der Hinterleger darf aber diesen Leistungsgegenstand durch die direkte Zahlung an den Begünstigten ersetzen. Das Alternative-Escrow hingegen ist in Deutschland als Leistung erfüllungshalber bzw. als dação *pro solvendo* in Brasilien zu bezeichnen. Hier ist der Auslieferungsanspruch nur eine weitere Befriedigungsmöglichkeit des Begünstigten, welche vorrangig zu verfolgen ist, aber die Hauptforderung bleibt die einzige geschuldete Leistung. In Ersatz-Escrows geht die Erfüllungswirkung mit der Auslieferungsreife einher, in Alternative-Escrows hat nur die tatsächliche Auslieferung die Wirkung einer Erfüllung der Hauptforderung.

Die Verteilung der Risiken in brasilianischen Escrow-Verträgen, hauptsächlich das Risiko der Nichterfüllung durch den Escrow-Agenten, hängt vom Zeitpunkt der Erfüllung ab. In Alternative-Escrows bleibt dieses Risiko stets beim Hinterleger, weil im Falle der Nichtauslieferung der Begünstigte immer noch gegen den Hinterleger vorgehen kann. Aus welchem Grund die Auslieferung ausbleibt, ist unerheblich. Anders ist es bei Ersatz-Escrows. Wer den Anspruch auf Auslieferung erwirbt, trägt im Grundsatz das Risiko, dass der Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand nicht ordentlich abgibt. Der Hinterleger wird jedoch nur dann befreit, wenn der Auslieferungsanspruch denselben Inhalt wie die Hauptforderung hat (Art. 313 CC), weshalb der Verlust des Escrow-Gegenstands vor Eintritt der Bedingung die Erfüllungswirkung verhindern kann, wenn das vom Escrow-Agenten in dieser Situation zu erbringende Äquivalent (Art. 234 CC) nicht denselben Leistungsgegenstand wie die Hauptforderung hat.

II.7. Escrow-Agreement im Innenverhältnis

Das Schrifttum unterteilt die Abwicklung des Escrow-Verhältnisses regelmäßig in drei Phasen. Es wird mit geringfügigen Variationen zwischen einer Einlieferungs-, einer Aufbewahrungs- und einer Auslieferungsphase unterschieden.[716] Diese Einteilung ist eher didaktischer Natur, betont jedoch die zeitliche Abfolge der Pflichten der Beteiligten bei der Vertragserfüllung. Hingegen betont sie nicht die Haupteigenschaft der zweiten Phase, nämlich, dass die Rechtslage der Hauptparteien zwischen Ein- und Auslieferung schwebt. Die Aufbewahrung bzw. Lagerung des Escrow-Gegenstands ist in der Zwischenzeit nicht das wesensbestimmende Element. Diese Arbeit folgt somit auch der Unterteilung in drei Phasen, die im Folgenden näher erläutert werden: Einlieferungs-, Schwebe- und Auslieferungsphase. Davor wird erörtert, wie das Escrow-Agreement zustande kommt, und welche Pflichten bzw. Rechte sich auf das gesamte Verhältnis erstrecken.

II.7.1. Vertragsentstehung

II.7.1.1. Pflicht zum Abschluss des Escrow-Agreements

Die Pflichten zum Abschluss eines Escrow-Agreements und zur Einlieferung des Gegenstands beim Escrow-Agenten sind normalerweise in der sog. „Escrow-Klausel“ des Hauptgeschäfts enthalten.[717] Obwohl die Escrow-Klausel nicht notwendigerweise die wesentlichen Punkte des Escrow-Agreements festlegt, werden üblicherweise Rahmenbedingungen in der Escrow-Klausel definiert. Gelegentlich wird ein Entwurf des Escrow-Agreements den Vertragsanhängen beigefügt. Eine Abweichung des Escrow-Agreements von der Escrow-Klausel kann als Abänderung der Escrow-Klausel ausgelegt werden, und müsste dann jedenfalls auf den übereinstimmenden Willen der Hauptparteien zurückzuführen sein.[718]

II.7.1.1.1. Deutschland

Die Escrow-Klausel ist im Wesentlichen mit der Verwahrungsvereinbarung in einer notariellen Verwahrung vergleichbar,[719] durch welche sich die Parteien des zugrundliegenden

[716] So in der Schweiz *Eisenhut*, Escrow-Verhältnisse, S. 173 ff. Ähnlich: Auer-Reinsdorff/Conrad/*Auer-Reinsdorff/Kast/Dressler*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 38, Rn. 61 f. (Vertragsabschluss, Verifikation/Lagerung und Herausgabe); Graf von Westphalen/*Schneider*, Software-Erstellungsverträge, Kap. 5.L, Rn. 80 ff. (physikalischer Transfer, Lagerung und Herausgabe).
[717] So z. B. in der Schweiz: *Eisenhut*, Escrow-Verhältnisse, S. 110; *Gerster*, Das Escrow Agreement, S. 32.
[718] Vgl. in der Schweiz *Eisenhut*, Escrow-Verhältnisse, S. 110.
[719] Zur Verwahrungsvereinbarung siehe oben Kap. II.4.1.2.2.

Geschäfts zur Abgabe der einschlägigen Verfahrenserklärung gegenüber dem Notar verpflichten.[720] Die wesentliche Wirkung der Escrow-Klausel ist, gleich wie in einer Verwahrungsvereinbarung, die Änderung der Abwicklungsmodalität. Nach Abschluss der Verwahrungsvereinbarung schuldet der Hinterleger im zugrundeliegenden Geschäft nicht mehr die unmittelbare Abgabe des Gegenstands an den Gläubiger, sondern nur an den Notar.[721] Der Gläubiger kann lediglich Einlieferung beim Notar verlangen, und nicht mehr Leistung an sich selbst.[722] Es scheint angebracht, zu merken, dass die Escrow-Klausel den Leistungsgegenstand nur bei einem Ersatz-Escrow verändert, nicht aber bei einem Alternative-Escrow, da sich bei diesem letzteren der Leistungsgegenstand unverändert bleibt. Ein fehlgeschlagener Abschluss des Escrow-Vertrags kann eine Pflichtverletzung darstellen.

II.7.1.1.2. Brasilien

Der Inhalt der Escrow-Klausel besteht auch in Brasilien zunächst in der Umwandlung der Schuldnerpflicht des Hauptgeschäfts in eine Pflicht zur Einlieferung beim Escrow-Agenten. Im Falle des Ersatz-Escrow ändert sich durch die Escrow-Klausel auch der Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts, wie oben erläutert. Dafür ist aber der Abschluss eines Escrow-Agreements mit dem Escrow-Agenten notwendig. In einem Alternative-Escrow verpflichtet sie nur zur Bestellung der Garantie, wobei die Hauptforderung unberührt bleibt. Durch die Vereinbarung einer Escrow-Klausel muss der Hinterleger nicht mehr direkt an den Begünstigten die Leistung bewirken (obwohl er diese Möglichkeit beibehält), sondern beim Escrow-Agenten hinterlegen.

Die Escrow-Klausel ist nicht als Vorvertrag nach Art. 462 CC (*contrato preliminar*) zu qualifizieren. Der Vorvertrag beinhaltet alle wesentlichen Merkmale des letztendlichen Vertrags, mit Ausnahme der Form.[723] Die Einordnung in den Vorvertrag scheitert bereits deswegen, weil der Escrow-Agent keine Partei der Escrow-Klausel ist. Die Beteiligung sämtlicher Parteien des letztendlichen Vertrags ist ein wesentliches Merkmal des Vorvertrags.[724] Die Escrow-Klausel ist ein Verpflichtungsgeschäft, welches die Hauptparteien zum Verhandeln und Abschluss eines Escrow-Agreements mit dem Escrow-Agenten verpflichtet. Wenn das endgültige Escrow-Agreement von den Bestimmungen der Escrow-Klausel abweicht, kann eine

[720] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BnotO, Rn. 26 f.
[721] Vgl. *Winkler*, Vorb. § 57 BeurkG, Rn. 7.
[722] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 32.
[723] Vgl. *Wald*, Direito civil, Bd. 2, S. 296 f.
[724] Vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 4, S. 95.

Abänderung der Escrow-Klausel oder eine Pflichtverletzung vorliegen.

II.7.1.2. Form und Bedürfnis nach Übergabe der Sache

Wie oben dargestellt, können in Deutschland Formerfordernisse eines durch Vertragsverbindung verbundenen Vertrages auf die anderen verbundenen Teile durchschlagen. In Brasilien erkennt die Lehre diese Möglichkeit eher mit Zurückhaltung an. Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen ein Formerfordernis für das Escrow-Agreement bejaht werden kann. Insbesondere in Brasilien, wo die Lehre der Realverträge bei manchen gesetzestypischen Verträgen noch Bedeutung hat, muss auf die Frage eingegangen werden, ob die Übergabe der Sache ein notwendiges Merkmal für das Zustandekommen des Escrow-Agreements darstellt.

II.7.1.2.1. Deutschland

In Deutschland gilt der Grundsatz der Formfreiheit.[725] Nur wenn eine Formvorschrift gegeben ist, so ist sie im Grundsatz zwingend,[726] anderenfalls würden die zu erreichenden Zwecke der Formvorschrift nicht gewährleistet. Es gibt dennoch kein Formerfordernis für die Geschäftsbesorgung in Deutschland. Der Vertrag kommt bereits durch bloßen Konsens der Parteien zustande,[727] sodass für den Abschluss eines Escrow-Agreements prinzipiell keine besondere Form zu beachten ist. Ausnahmsweise können Besonderheiten des zugrunde liegenden Hauptgeschäfts eine Sonderform erfordern, z. B. wenn die notarielle Beurkundung nach § 15 Absatz 4 GmbHG für den Anteilskaufvertrag notwendig ist, und eine Abänderung des Kaufvertrags im Escrow-Agreement zu sehen ist.[728]

Für die notarielle Verwahrung schreibt das Gesetz die Schriftform (§ 57 Absatz 4 BeurkG) vor. Aber die Analogie zur notariellen Verwahrung ist in diesem Fall nicht geboten. Die Schriftform der notariellen Verwahrung ist verfahrensrechtlicher Natur und dient in erster Linie der Dokumentation der (strengen) inhaltlichen Anforderungen der Verwahrungstätigkeit des Notars. Hinzu kommen die Erleichterung der Dienstaufsicht und das hohe Ausmaß an Sicherheit und Klarheit, das für die Notartätigkeit benötigt wird.[729] Die Formvorschrift ist eng mit dem Amt des Notars verbunden und kann nicht generell auf Escrow-Agreements ausgeweitet

[725] Vgl. Staudinger/*Hertel*, § 125 BGB, Rn. 3; MünchKomm/*Einsele*, § 125 BGB, Rn. 1.
[726] Vgl. *Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, § 44, Rn. 3.
[727] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 675 BGB, Rn. A27.
[728] Vgl. *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 167.
[729] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 90 f.

werden.

Eine ganz andere Frage ist, ob das Escrow-Agreement erst nach Erhalt des Gegenstands durch den Escrow-Agenten zustande kommt (Lehre der Realverträge). Bei Realverträgen reicht der Konsens zwischen den Parteien nicht aus, sondern muss zudem ein reales Moment hinzukommen, normalerweise die Abgabe einer Sache.[730] Diese Lehre ist heutzutage überwunden, denn aufgrund der Vertragsfreiheit (§ 311 Absatz 1 BGB) verdient der Rechtsbindungswille schon Verbindlichkeit, unabhängig von einem „realen" Moment.[731] Das Escrow-Agreement ist somit ein Konsensualvertrag.

II.7.1.2.2. Brasilien

Der Grundsatz der Formfreiheit gilt auch in Brasilien im Vertragsrecht.[732] Nur wo das Gesetz es ausdrücklich vorschreibt, ist eine bestimmte Form erforderlich (Art. 107 CC). Die Formvorschriften sind immer unabdingbar,[733] denn wenn die Parteien auf die Anwendung von Formvorschriften schlicht verzichten könnten, so liefen die Ziele der Formgebundenheit ins Leere. Angesichts seiner Atypizität ist das Escrow-Agreement nicht formgebunden. Das Gesetz sieht keine besonderen Formerfordernisse für atypische Verträge vor. Eventuell können atypische Verträge in der Formvorschrift einer umfassenderen Kategorie erfasst sein. Bspw. ist die notarielle Beurkundung für Verträge über die Begründung, Übertragung, Änderung oder Verzicht von dinglichen Rechten an Grundstücken nötig, wenn dessen Wert über das Dreißigfache den Mindestlohn übersteigt (Art. 108 CC). Wenn ein Vollrecht-Escrow ein Grundstück zum Gegenstand hat, muss diese Form gewahrt werden. Für den notariellen Escrow-Account ist im Gesetz 8.935/94 kein Formzwang vorgesehen.

Eine analoge Anwendung von Formvorschriften auf das Escrow-Agreement ist aufgrund der Sonderstellung von Formerfordernissen abzulehnen[734] und angesichts des gesetzlichen Wortlauts im Art. 107 CC („außer, wenn das Gesetz es ausdrücklich verlangt") kaum vorstellbar. Eine Verschärfung der erforderlichen Form für das Hauptgeschäft nach Geschäftsbesorgungsrecht (Art. 657 CC) ist jedenfalls nicht geboten, weil sie nur die Vollmacht betrifft.[735] Insoweit ist der Wortlaut „Geschäftsbesorgung" (*mandato*) im Art. 657 CC irreführend,

[730] Vgl. Beck-OGK/*Herresthal*, § 311 BGB, Rn. 36.
[731] Vgl. MünchKomm/*Henssler*, § 688 BGB, Rn. 4; *Haase*, JR 1975, 317 (318).
[732] Vgl. *Zanetti*, A conservação dos contratos nulos, S. 189 ff.
[733] Vgl. *Bunazar*, A invalidade do negócio jurídico, S. 100.
[734] Vgl. *Bunazar*, A invalidade do negócio jurídico, S. 100 f.
[735] Vgl. Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 63.

weil der Gesetzgeber vom Gleichlauf zwischen Geschäftsbesorgung und Vertretungsmacht ausgegangen ist. Umso weniger könnte die Nebenpflicht zur Aufbewahrung einer beweglichen Sache in einem Besitz-Escrow die für den Beweis der freiwilligen Verwahrung erforderliche schriftliche Form nach Art. 646 CC erforderlich machen. Die analoge Anwendung verwahrungsrechtlicher Vorschriften auf das Escrow-Agreement ist zwar nicht komplett ausgeschlossen, was aber die Schriftform angeht, fehlt hier eine vergleichbare Interessenlage, denn die Interessen der Hauptparteien sind im Escrow-Verhältnis gleichrangig, während das Formerfordernis in der freiwilligen Verwahrung vorwiegend das Hinterlegerinteresse schützt. Die h. L. sieht die schriftliche Form nach Art. 646 CC nur als *ad probationem* an.[736] Das Gesetz besagt also nicht, dass der Vertrag schriftlich abzuschließen ist, sondern nur, dass der Beweis davon in Schriftform erfolgen muss. Das Gesetz beabsichtigt also nicht, durch die Form die Parteien vor Eingehung in die mit der Verwahrung verbundenen Risiken zu schützen, da das Geschäft selbst ohne Schriftform wirksam ist. Eine gewisse Bedenkzeit vor Abschluss des Verwahrungsvertrags drängt das Gesetz durch das Erfordernis der Sachübergabe für die Vertragsentstehung auf, da die freiwillige Verwahrung in der Regel einen Realvertrag darstellt (mindestens bei Unentgeltlichkeit). Überwiegend ist der schriftliche Beweis für den Verwahrer eine Bürde, weil er sich den milderen Sorgfaltsmaßstab im Art. 629 CC nur zunutze machen kann, wenn er das Vorliegen eines Verwahrungsvertrags beweist. Das Erfordernis eines schriftlichen Beweises schützt daher vielmehr den Hinterleger, da der Verwahrer schriftlich den Vertrag beweisen müsste, um das in Arts. 633, 644 CC geregelte Retentionsrecht (*direito de retenção*) ausüben zu können. Gelingt es dem Verwahrer nicht, könnte der Hinterleger theoretisch sogar eine Besitzklage (*ação possessória*) gegen den Verwahrer einreichen. Die Interessenlage beim Escrow-Agreement ist dagegen gänzlich anders gelagert.

Eine ganz andere Frage ist das Erfordernis der Sachübergabe für das wirksame Zustandekommen des Escrow-Agreements.[737] Im Gegensatz zu Deutschland hat die Kategorie der Realverträge in Brasilien durchgehalten. Bei den Realverträgen ist neben der Willensübereinstimmung die Übergabe der Sache, die den Gegenstand des Vertrags bildet, eine Tatbestandsvoraussetzung für die Vertragsentstehung.[738] Obwohl die Lehre der Realverträge kritisiert wird,

[736] Vgl. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 473; *Azevedo*, RT 788, 125 (Kap. 3); *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 416, 438. Einige Wissenschaftler verneinen die Existenz der Dichotomie *ad solemnitatem* / *ad probationem* im brasilianischen Recht und sehen im Art. 646 CC demzufolge nur die Notwendigkeit des Beweisbeginns in schriftlicher Form, aber der Beweis selbst könnte in jeder Form erfolgen (siehe dazu m. w. N. Azevedo/*Lopez*, Comentários ao código civil, Bd. 7, S. 412 ff.).

[737] Dieses Erfordernis beim Escrow-Account bejahend: *Kayo*, A conta vinculada, S. 68.

[738] Vgl. *Rodrigues*, Direito civil, Bd. 3, S. 35 f.; *Gomes*, Contratos, S. 90 f.; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito

hat das Código Civil eine bewusste Entscheidung für die Gestaltung mancher typischen Verpflichtungsgeschäfte als Realverträge getroffen.[739] Die Übergabe der Sache ist ausdrücklich in der Leihe (*comodato*) (Art. 579 CC)[740] als Tatbestandsmerkmal der Vertragsentstehung vorgesehen.[741] Auch beim Darlehen (*mútuo*) (Art. 586 CC)[742] und bei der Verwahrung (*depósito*) (Art. 627 CC)[743] wird der reale Charakter des Vertrags regelmäßig anerkannt. Die Sachübergabe ist in den zwei letzteren nicht ausdrücklich angeordnet, aber vorausgesetzt. Das rechtfertigt sich durch die Gesetzesformulierung: Das Código Civil begreift die meisten Vertragstypen durch Erwähnung der Hauptpflichten der Parteien, das aber passiert bei der Leihe, dem Darlehen und der Verwahrung gerade nicht.

Da dingliche Verträge im brasilianischen Recht nur vereinzelt geregelt sind, ist erstens zu untersuchen, welchen Zweck das Erfordernis der Übergabe der Sache verfolgt, und zweitens, ob diese Logik auf andere Vertragstypen, insbesondere das Escrow-Agreement, übertragen werden kann.

Gegen eine Ausweitung der Voraussetzung der Sachübergabe auf andere Vertragsarten spricht der gleiche Grundgedanke, der gegen eine Ausdehnung der Formvorschriften spricht. Regeln, die die Vertragsfreiheit einschränken, stellen eine Ausnahme dar und sind daher

---

privado, Bd. III, S. 68 ff. Anders: *Azevedo*, Negócio jurídico, S. 36, Fn. 54 (Übergabe der Sache sei Nichtigkeitsgrund).

[739] Der Wunsch nach Gestaltung der Leihe (*comodato*), des Darlehens (*mútuo*) und der Verwahrung (*depósito*) als Realverträge wurde ausdrücklich vom Verfasser des Buchs I (Schuldrecht) des besonderen Teils des Código Civil in den Beratungen im Bundestag (*Câmara dos Deputados*) erwähnt (siehe *Mascarenhas Menck*, Código civil brasileiro no debate parlamentar, S. 994-995).

[740] Vgl. m. w. N. Reale/Martins-Costa/*Sanseverino*, Contratos nominados II, S. 276 ff.

[741] Es ist umstritten, ob die Schenkung von beweglichen Sachen geringen Werts auch einen Realvertrag darstellt. Im ursprünglichen Gesetzesentwurf stand ausdrücklich, dass die Schenkung nur zur unentgeltlichen Hingabe der Schenkungssache verpflichtet („sich verpflichtet, Güter oder Vorteile aus seinem Vermögen zu demjenigen eines anderen zu übertragen"). Diese Vorschrift wurde aber im Bundestag (*Câmara dos Deputados*) in den Änderungsvorschlägen Nr. 414, 415 und 416 zur gegenwärtigen Formulierung geändert, wonach die Schenkung unmittelbar die Güter bzw. Vorteile überträgt. Die wohl h. L. sieht die Schenkung trotzdem als Konsensualvertrag an (vgl. Reale/Martins-Costa/*Sanseverino*, Contratos nominados II, S. 77 ff.; *Alvim*, Da doação, Rn. 21 ff.; *Gomes*, Contratos, S. 255). Einige Autoren sehen in der Schenkung von beweglichen Sachen geringen Werts des Art. 541, Einzelparagraf, CC eine Ausnahme hierzu, weil nach dem Gesetzeswortlaut die Schenkung der schriftlichen Form bedarf (Art. 541, *caput*, CC), aber die Schenkung von beweglichen Sachen geringen Werts dem Formzwang nicht unterliegt und darf somit auch verbal erfolgen, soweit die Sachübergabe sofort folgt („se lhe seguir *in continenti* a tradição"). Nach dieser Lehre wäre diese Art der Schenkung als Realvertrag zu qualifizieren (vgl. Reale/Martins-Costa/*Sanseverino*, Contratos nominados II, S. 79 f.; *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 4, S. 723). Richtigerweise ist darin kein Erfordernis der Sachübergabe anzusehen, sondern eigentlich eine Erleichterung des Formzwangs, wenn die Erfüllung des Schenkungsvertrags, also die Übertragung des Eigentums, sofort erfolgt (vgl. *Alvim*, Da doação, Rn. 38). Die Schenkung ist also stets ein Konsensualvertrag.

[742] Vgl. *Rodrigues*, Direito civil, Bd. 3, S. 262; *Gomes*, Contratos, S. 391; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 240 f.; Reale/Martins-Costa/*Sanseverino*, Contratos nominados II, S. 320 f.; Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 73 ff. (rein konsensuales Darlehen wäre aber ausnahmsweise möglich).

[743] Vgl. Azevedo/*Lopez*, Comentários ao código civil, Bd. 7, S. 347; *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 465.

restriktiv auszulegen. Wo das Gesetz die Sachübergabe nicht vorschreibt, ist kein Realvertrag anzuerkennen. Bei atypischen Verträgen wie dem Escrow-Agreement scheidet der reale Charakter bereits deswegen aus.

Aber auch die Interessenlage im Escrow-Agreement ist mit dem Zweck der Realverträge nicht vereinbar. Der Zweck der Voraussetzung der Sachübergabe ist in der brasilianischen Lehre wenig untersucht. Im Allgemeinen könnte die Beibehaltung dieser Kategorie im brasilianischen Recht mit der Natur der Realverträge als Restitutionsverträge gerechtfertigt werden, dafür wäre zunächst die Übergabe der Sache notwendig.[744] Beim Darlehen läge der Zweck der Realität theoretisch darin, dass die Sachübergabe dem Darlehensgeber die genaue Abwägung des wirtschaftlichen Nachteils ermöglichen würde. Außerdem würde es dem sozialen und rechtlichen Empfinden widersprechen, die Vermögenswerte des Darlehensgebers der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, wenn er nicht freiwillig leistet.[745] Diese Überlegungen zum Sachdarlehen könnten der breiteren Kategorie der Realverträge entsprechend als Rechtfertigung dienen.[746] Schließlich wäre nach anderer Ansicht das reale Vollzugselement solcher Verträge kein Teil des Entstehungstatbestands, sondern ein Typusmerkmal, das nur die Qualifikation des Vertrags beeinflusst.[747]

Diese Gründe überzeugen nicht. Auf der einen Seite ist der Sachempfänger in anderen Vertragstypen, wie in der Miete, auch zur Restitution verpflichtet, ohne dass es sich nur deswegen um einen Realvertrag handeln muss.[748] Auf der anderen Seite kann dem Sachübergebenden genug Bedenkzeit mit anderen Mitteln gewährleistet werden, die nicht so tief in die Vertragsfreiheit eingreifen. Formvorschriften bspw. gewähren auch eine gewisse Bedenkzeit, ohne den Parteien die Möglichkeit einer wirksamen Verpflichtung durch reinen Konsens zu entziehen. Zuletzt findet die Theorie, dass die reale Vollzugselemente nur für die Qualifikation des Vertrags wichtig wäre, keinen Anknüpfungspunkt im Gesetz, zumal davon die Vertragsentstehung selbst betroffen ist.

Angesichts der heute herrschenden Vertragsfreiheit muss die aus dem römischen Recht abgeleitete positiv-rechtliche Lehre der Realverträge einer sachgerechten Interpretation unterzogen werden. Die drei Realvertragstypen sind ihrer Struktur nach sehr verschieden. Die Leihe

[744] Vgl. *Gomes*, Contratos, S. 91; *Moraes*, Revista Forense 309, 33 (52).
[745] Vgl. m. w. N. *Moraes*, Revista Forense 309, 33 (51). *Moraes* befasst sich nur mit dem realen Charakter des Darlehensvertrags, aber dieselbe Logik kann auf alle Realverträge erweitert werden.
[746] Nicht aber andere auf Kreditgewährung basierenden Rechtfertigungen, die von Maria Celina Bodin de Moraes herangezogen werden (siehe *Moraes*, Revista Forense 309, 33 (52 f.)).
[747] Vgl. m. w. N. *Moraes*, Revista Forense 309, 33 (53).
[748] Diese Kritik teilen auch *Gomes* (Contratos, S. 91) und *Moraes* (Revista Forense 309, 33 (52)).

bewirkt nur eine zeitweilige Gebrauchsüberlassung, erfolgt überwiegend im Interesse des Empfangenden und ist stets unentgeltlich (Art. 579 CC). Das Darlehen muss nicht unbedingt im Interesse des Empfangenden liegen, da es auch entgeltlich sein kann, wenn es den wirtschaftlichen Interessen des Darlehensgebers dient (Art. 591 CC). Jedenfalls schafft das Darlehen nur eine zeitweilige Vermögensvermehrung, da der Darlehensnehmer Eigentum an der Sache erwirbt und Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückgeben muss (Arts. 586, 587 CC). Der einzige Realvertrag, bei dem nicht das Interesse des Empfangenden, sondern stets dasjenige des Sachübergebenden den Vorrang hat, ist die Verwahrung. Sie ist zeitweilig und hat nur die Besitzüberlassung[749] beim Verwahrer zum Gegenstand. Die Unentgeltlichkeit ist hingegen kein notwendiges Merkmal einer Verwahrung (Art. 628 CC).

Aus diesem Befund können drei maßgebenden Züge der Realverträge hergeleitet werden. Erstens haben sie immer eine Sache als Gegenstand. Zweitens sind alle Realverträge unentgeltlich oder können zumindest unentgeltlich erfolgen. Drittens schützt die Sachübergabe nicht die Interessen des Sachübergebenden, sondern die des unentgeltlich Leistenden. Sonst gäbe es keinen Grund, die Verwahrung als Realvertrag auszugestalten, da es wenig Sinn ergibt, den Hinterleger vor der Befriedigung seiner eigenen Interessen zu schützen. Umgekehrt soll der Verwahrer vor der Eingehung einer unentgeltlichen Verbindlichkeit geschützt werden, welche ein großes Haftungsrisiko für ihn mit sich bringt, z. B. wenn die Sache in seiner Obhut untergeht oder verschlechtert. Dass bei der Leihe und beim unentgeltlichen Darlehen der Sachübergebende auch der unentgeltlich Leistende ist, bestätigt die Regel. Die Entscheidung des Gesetzgebers für die Beibehaltung der Realverträge basiert somit wohl auf dem Grundgedanken, dass der unentgeltlich Leistende benachteiligt werden würde, wenn er gegen seinen Willen in einem Darlehen oder in einer Leihe die Sache hergeben, oder in einer Verwahrung die Sache empfangen müsste, ohne eine Gegenleistung zu bekommen.[750] Das heißt, die Hergabe der Sache im Darlehen oder in der Leihe muss freiwillig erfolgen; der Vertrag kann nicht durch reinen Konsens zustande kommen, weil er sonst für den unentgeltlich Leistenden eine unverhältnismäßige Bürde begründen könnte. Durch die Übergabe der Sache entlasten sich Verleiher und Darlehensgeber von ihrer Verpflichtung (und somit von Haftung) bereits beim

[749] Ein Teil der Literatur sieht unzutreffend den Verwahrer als bloßen Besitzdiener (*detentor*) an (vgl. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 45). Eigentlich ist er unmittelbarer Besitzer (vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 404, 424; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. II, S. 390, 402; *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 4, S. 881 f.), weil er nicht in Abhängigkeit nach Art. 1.198 CC vom Hinterleger die Sache aufbewahrt. Er unterhält die Sache aufgrund eines Schuldverhältnisses, das dem Hinterleger den Herausgabeanspruch gewährt, wie in jedem unmittelbaren Besitzverhältnis.
[750] Vgl. *Moraes*, Revista Forense 309, 33 (51 ff).

Vertragsabschluss und sind somit geschützt. In einer Verwahrung hat der unentgeltlich Leistende nach Entgegennahme der Sache die Aufbewahrungspflicht, er ist aber bis zum Zeitpunkt der Entgegennahme nicht dazu verpflichtet. M. a. W., wenn der Verwahrungsvertrag zustande kommt, ist der Verwahrer bereits von mindestens einer seiner Hauptpflichten befreit. An solche selbstlosen Tatbestände knüpft das Gesetz ferner ein geringeres Maß an Bindung – sog. „Consideration-Gedanke".[751] Der unentgeltlich Leistende ist einer milderen Haftung unterzogen, weil seine Leistung durch keine Gegenleistung ausgeglichen wird. Dieser Gedanke führt im brasilianischen Recht noch zu einer weiteren Weichenstellung: Das Código Civil sieht eine allgemeine Haftungserleichterung für den unentgeltlich Leistenden im Art. 392 vor, wonach er nur Vorsatz zu vertreten hat. Der Zweck der Kategorie der Realverträge besteht also im Schutz des unentgeltlich Leistenden.

Dem könnte entgegengehalten werden, der Darlehensgeber Zinsen (Art. 591 CC) und der Verwahrer eine Vergütung verdienen können (Art. 628 CC). Dieser Einwand entfällt, wenn innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Vertragstypen zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Realverträgen unterschieden wird. Mit *Maria Celina Bodin de Moraes* kann man sagen, dass das entgeltliche Darlehen durch reinen Konsens zustande kommen kann, da die Zinsen den Eingriff in das Vermögen des Darlehensgebers ausgleichen.[752] Dieser Grundsatz kann auf die Verwahrung übertragen werden. Ist die Verwahrtätigkeit durch Vergütung ausgeglichen, kann der Verwahrer verpflichten werden, die Sache in Empfang zu nehmen. Die entgeltliche Verwahrung kann also durch reinen Konsens abgeschlossen werden. Im Ergebnis ist die Übergabe der Sache nur für die Entstehung unentgeltlicher Verträge notwendig, die im Gesetz als Realverträge ausgestaltet sind.

Das letzte Element der Gesamtkonzeption ist die unentgeltliche Geschäftsbesorgung. Damit der oben geschilderte Grundsatz zutrifft, muss erklärt werden, warum die unentgeltliche Geschäftsbesorgung, welche sich auf eine Sache bezieht, keinen Realvertrag darstellt. An mehreren Stellen wird im Código Civil auf den möglichen Sachbezug der Geschäftsbesorgung hingewiesen, wie in Arts. 664, 670, 671 und 681. Dem Gesetzeswortlaut lässt sich aber nicht entnehmen, dass die Sachübergabe Voraussetzung für das Zustandekommen einer solchen unentgeltlichen Geschäftsbesorgung wäre. Systematisch ist es sinnvoll, weil die Geschäftsbesorgung nicht unbedingt einen Sachbezug aufweist und der Auftragnehmer jederzeit die Möglichkeit der grundlosen Kündigung (*renúncia*) hat, Art. 682, inc. I, CC. Sogar vor Empfangnahme der

[751] In Deutschland vgl. *Grigoleit*, VersR 2018, 769 (770).
[752] Vgl. *Moraes*, Revista Forense 309, 33 (51 ff).

Sache kann er ohne Grund den Vertrag kündigen und sich so von der Gefahr des Umgangs der Fremdsache entlasten. Auch wenn die grundlose Kündigung zur Unzeit erfolgt, ist sie nicht unwirksam, sondern führt zur Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers.[753] Der Auftragnehmer braucht in einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung nicht durch die Voraussetzung der Sachübergabe geschützt werden. Eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit besteht bei den drei Grundtypen der dinglichen Verträgen nicht: In einer unbefristeten Verwahrung darf der Verwahrer nur „plausiblem Grund" (*motivo plausível*) die Sache zurückgeben (Art. 635 CC), eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit durch den Verwahrer sieht das Gesetz nicht vor;[754] die Leihe setzt stets eine Frist für die Nutzung der Sache durch den Entleiher voraus, und während dieser Frist darf der Verleiher die Sache auch nicht grundlos zurückverlangen, sondern er muss ein unvorhersehbares und dringendes Bedürfnis beweisen (Art. 581 CC); auch das Darlehen unterliegt einer Frist und das Gesetz sieht keinen vorzeitigen Widerrufsgrund vor, wohl aufgrund des zwangsläufigen Eigentumsübergangs und der Vertretbarkeit der Darlehenssache.

Die Lehre der Realverträge muss also auf die Vertragstypen beschränkt bleiben, für die das Gesetz die Sachübergabe voraussetzt und nur wenn der Vertrag unentgeltlich abgeschlossen wird. Das ist bei Escrow-Agreements gerade nicht der Fall, da (1) das Erfordernis der Sachübergabe nicht analog auf atypische Verträge, wie dem Escrow-Agreement, erstreckt werden kann, und (2) der Escrow-Agent in aller Regel vergütet wird.

II.7.1.2.3. Fazit

Das Escrow-Agreement unterliegt weder in Deutschland noch in Brasilien einem Formzwang. Das ergibt sich in Deutschland aus der Formfreiheit für Geschäftsbesorgungsverträge. In Brasilien hingegen ist dies auf die Atypizität des Escrow-Agreements und die fehlenden Voraussetzungen zur analogen Anwendung der Formvorschriften des Geschäftsbesorgungs- und Verwahrungsrechts zurückzuführen.

Die Übergabe der Sache ist auch keine Entstehungsvoraussetzung des Escrow-Agreements. In Deutschland ist die Geschäftsbesorgung ein Konsensualvertrag. In Brasilien, wo die Kategorie der Realverträge noch fortbesteht, kann solches Erfordernis nicht auf das Escrow-Agreement ausgeweitet werden, weil es grundsätzlich unpraktikabel ist, solches Erfordernis auf atypische Verträge auszudehnen; auch nicht analog, da sich die Sachlagen im Escrow-

[753] Vgl. Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 159; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 163; *De Plácido e Silva*, Tratado do mandato, Bd. II, Rn. 527.
[754] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLII, S. 421, 497; *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 28.

Agreement und in den realen Verpflichtungsverträgen wesentlich unterscheiden.

II.7.2. Sich über das ganze Verhältnis erstreckende Rechte und Pflichten

II.7.2.1. Interessenwahrnehmung

Die Interessenwahrnehmung bildet die Hauptpflicht des Escrow-Agenten. Er ist kein bloßer Verwahrer des Escrow-Gegenstands, sondern nutzt seine Rechtsstellung bzw. seine Gewalt über den Gegenstand, um die gegensätzlichen Interessen der Hauptparteien in Ausgleich zu bringen. Angesichts der strikten Weisungsgebundenheit des Escrow-Agenten stellt sich die Frage, inwieweit Raum für eine Interessenwahrungspflicht besteht, die nicht bereits durch die Weisungen der Hauptparteien abgedeckt ist. Im Folgenden wird behandelt, wie das abstrakte Konzept von Interessenwahrnehmung konkretisiert wird und Pflichten außerhalb der Weisungen entstehen können.

II.7.2.1.1. Deutschland

Die Interessenwahrnehmung ist die Hauptpflicht des Escrow-Agenten als Beauftragter[755] und insbesondere als doppelnütziger Treuhänder. Sie ist Ausdruck des persönlichen Vertrauens in den Beauftragten und nicht lediglich eine Konkretisierung von Treu und Glauben nach § 241 Absatz 2 BGB.[756]

In der Treuhand im Allgemeinen ist die Interessenwahrnehmungspflicht inhaltlich regelmäßig nicht von Anfang an konkret umrissen. Die genauen vom Treuhänder erwarteten Handlungen müssen während der Abwicklung des Treuhandverhältnisses präzisiert werden. Diese situationsangepasste Interessenwahrnehmung charakterisiert eine generelle Rahmenpflicht, innerhalb deren Grenzen konkrete Pflichten entstehen.[757] Diese können einerseits durch den Treuhänder selbständig ermittelt werden, andererseits steht dem Treugeber immer das Weisungsrecht nach § 675 Absatz 1 BGB i. V. m. § 665 BGB zu, weil ihm die Möglichkeit grundsätzlich offenstehen muss, seine eigenen Interessen wieder durch zu setzen.[758]

In der Regel legt der Treugeber die Ziele der Interessenwahrnehmung im Vertrag selbst oder in generell-abstrakten Weisungen fest. Bei der Ermittlung der konkreten Pflichten des

[755] Vgl. Staudinger/*Martinek*/*Omlor*, § 675 BGB, Rn. A24. Ähnlich: MünchKomm/*F. Schäfer*, § 662 BGB, Rn. 63 (Interessenwahrung als „bloße“ Nebenpflicht des Beauftragten, aber besonders intensiv bei der Treuhand).
[756] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 662 BGB, Rn. 63.
[757] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 196.
[758] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 196.

Treuhänders durch den Treuhänder selbst, muss er sich an die in den generell-abstrakten Weisungen enthaltenen Ziele halten oder solche Ziele im Wege der Vertragsauslegung ermitteln. Dabei hat er einen gewissen Ermessensspielraum, muss sich aber stets an den Zielen und Interessen des Treugebers orientieren.[759] Konkrete Weisungen des Treugebers haben aber den Vorrang, denn hier wird unmittelbar eine konkrete Pflicht des Treuhänders begründet. Deswegen muss der Treuhänder u. U. versuchen, beim Treugeber eine Weisung einzuholen, bevor er zur selbständigen Ermittlung seiner Pflichten vorgeht.[760] Das Weisungsrecht hat nach allgemeinen Grundsätzen seine Grenzen dort, wo die Weisung die Rahmenpflicht des Treuhänders verändert oder die Beachtung der Weisung vom Treuhänder unzumutbar ist. Obwohl der Treugeber, als origineller Interessenträger, die Wahrnehmungsziele ändern darf, kann er nicht durch Erteilung neuer Weisungen die Rechtsposition des Treuhänders entkräften, etwa wenn die neuen Anforderungen das Verdienen der Treuhändervergütung unverhältnismäßig erschweren – insbesondere, wenn die Treuhand werkvertraglichen Charakter hat, da in diesem Fall der Treuhänder die Gefahr des Leistungsausfalls trägt.[761]

Beim Escrow-Agreement werden die Weisungen der Hauptparteien i. d. R. sehr konkret und präzise bestimmt. Der Bedarf an Konkretisierung der rahmenmäßigen Interessenwahrnehmungspflicht durch den Escrow-Agenten ist demzufolge gering. In der Tat ist die strikte Befolgung konkreter Weisungen der Weg schlechthin für den Ausgleich widerstreitender Interessen. Da die Hauptparteien gegenläufige Interessen in Bezug auf den Escrow-Gegenstand haben, könnte es in der Praxis vorkommen, dass eine durch den Escrow-Agenten ermittelte Pflicht beanstandet wird. Es empfiehlt sich daher, dass der Escrow-Agent, soweit möglich, konkrete und einstimmige Weisungen einholt. Das schließt aber die rahmenmäßige Natur der Interessenwahrnehmung nicht völlig aus. Droht z. B. eine Beschädigung des Escrow-Gegenstands und können sich die Parteien nicht auf eine diesbezügliche Weisung einigen, so kann der Escrow-Agent Notmaßnahmen zur Erhaltung des Gegenstands ergreifen.

Die einstimmigen Weisungen der Hauptparteien beinhalten die Vorstellung der Hauptparteien selbst, wie der Interessenausgleich am besten herbeizuführen ist. Eine solche Vorstellung lässt sich von Dritten nur schwer bestimmen. Abweichungen von Weisungen sind daher von den Parteien eines Escrow-Agreements höchst unerwünscht, und in diesem Sinne sind Fälle des § 665 BGB beim Escrow-Agreement schwer vorstellbar. In anderen Treuhandverhältnissen

[759] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 198 ff.
[760] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 206.
[761] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 207 f.

gestattet § 665 BGB dem Beauftragten, von Weisungen des Auftraggebers ohne dessen Zustimmung abzuweichen, wenn es der mutmaßlichen Billigung des Auftraggebers entspricht und Gefahr im Verzug besteht (Satz 1). Ansonsten muss der Beauftragte dem Auftraggeber Anzeige erstatten und dessen Entscheidung abwarten (Satz 2). Der tatsächliche Entschluss des Auftraggebers hat also Vorrang.[762] Diese Vorschrift ist prinzipiell auf Treuhandverhältnisse anwendbar, erscheint aber für den Fall des Escrow-Agreements nicht geeignet. Der Escrow-Agent muss die Anweisungen strikt und – nach der Rechtsprechung – „peinlich genau" befolgen. Eine Parallele zur notariellen Verwahrung, die diesbezüglich eine dem Escrow-Agreement vergleichbare Interessenlage aufweist, hilft bei der Rechtfertigung des Grundsatzes der Unausweichlichkeit von Weisungen. Der Notar muss die Weisungen des Auftraggebers strikt beachten. Ein vermutliches Einverständnis des Auftraggebers, wie im § 665 BGB, rechtfertigt i. d. R. Abweichungen nicht.[763] Der BGH hat diesen Ansatz in einer vielbeachteten Entscheidung begründet:

> Das Vertrauen zum Notar ist in besonderem Maße davon abhängig, dass er die ihm anvertrauten Geldbeträge und Wertsachen mit peinlicher Korrektheit behandelt und die hierüber erlassenen Dienstvorschriften genau befolgt […] Für beide sind Treuhandgeschäfte ein unentbehrliches Instrument der Vertragsabwicklung. Peinliche Genauigkeit bei Treuhandgeschäften ist für den Notar daher eine grundlegende Pflicht.[764]

Die „peinliche Genauigkeit" ist gemäß dieser Rechtsprechung mit dem Vertrauen an den Notar verbunden. Dieser Ansatz gilt sowohl bei einseitigen als auch bei mehrseitigen Weisungen, wobei die letzteren auch eine besondere Ausprägung der Unparteilichkeit des Notars darstellen.[765] Er hat keinen Ermessensspielraum bei der Abwicklung der Verwahrungsanweisung.[766] Damit der Notar bei der Abwicklung des Verwahrungsgeschäfts diesen Ansatz einhalten kann, ist selbstverständlich eine klare Weisungsformulierung unerlässlich.[767] Insoweit könnte eine Weisungsabweichung durch den Notar einen schweren Verstoß gegen seine Amtspflichten darstellen.[768] Deshalb muss der Notar die Sachlage mit dem Treugeber klären, wenn

---

[762] Vgl. Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 665 BGB, Rn. 39.
[763] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 20, § 60 BeurkG, Rn. 1; Weingärtner/*Ulrich*, § 27 DONot, Rn. 18; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 58 BeurkG, Rn. 25 (ohne Heranziehung des Abweichungsrechts); *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 187; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 133.
[764] BGH DNotZ 1987, 556 (557). Der Grundsatz der „peinlich genauen" Beachtung der Weisungen wurde mehrmals in der Rechtsprechung wiederholt. Siehe z. B. BGH DNotz 2001, 856 (857) mit Anm. Hertel; BGH RNotZ 2003, 402 (403), mit Anm. Kemp. Diese Aussage hat auch im Schrifttum großen Empfang bekommen, siehe bspw. *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (634); Weingärtner/*Ulrich*, § 27 DONot, Rn. 18. Auch vor dieser bekannten Entscheidung hat der BGH dem Notar eine strenge Beachtung der Weisungen auferlegt, vgl. BGH DNotZ 1978, 373 (374).
[765] Vgl. *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 227.
[766] Vgl. *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (634); Weingärtner/*Ulrich*, § 27 DONot, Rn. 18; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 41.
[767] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 40 f. („Anweisungen müssen so klar formuliert werden, dass Auslegungsfragen gar nicht erst auftreten").
[768] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 187; *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 20.

Inhalt einer Weisung nicht eindeutig ist.[769_770]

Beim Escrow-Agreement ist es wichtig, auf die Unabhängigkeit des Escrow-Agenten und die eigentümliche Weise abzustellen, wodurch der Interessenausgleich herbeigeführt wird. Die Weisungen geben dem Escrow-Agenten den genauen Weg vor, um diesen Ausgleich herzustellen. Wenn er davon abweicht, wird der Ausgleich nicht mehr gewährleistet. Obwohl der Escrow-Agent nicht denselben strengen Amtspflichten wie ein Notar unterliegt, kann der Grundsatz der „peinlich genauen" Beachtung der Weisungen auf das Escrow-Agreement vollständig übertragen werden.

II.7.2.1.2. Brasilien

Was die Interessenwahrnehmungspflicht betrifft, unterscheidet sich das Escrow-Agreement, als doppelfiduziarisches Geschäft, im Wesentlichen kaum von der Geschäftsbesorgung. Die im Rahmen der Geschäftsbesorgung entwickelten Rechtssätzen können auch im Rahmen des Escrow-Agreements entsprechend angewendet werden. Wichtigste Besonderheit des Escrow-Agreements diesbezüglich ist die Herbeiführung des Interessenausgleichs durch die strikte Weisungsgebundenheit.

Nach allgemeiner Auffassung umfasst die Vornahme von Handlungen und die Verwaltung von Interessen in einer Geschäftsbesorgung gemäß Art. 653 CC („*praticar atos ou administrar interesses*") sowohl den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch die Durchführung faktischer Handlungen (*atos materiais*).[771_772] Die Befugnisse des Beauftragten umfassen alle

[769] Vgl. BGH DNotZ 2015, 545 (547); Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 58 BeurkG, Rn. 25a ff.; BGH RNotZ 2011, 326. Ähnlich: Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 42.

[770] In Anlehnung an *Hertel* könnten aber vier Fallgruppen unterschieden werden, in denen der Notar von der wortwörtlichen Bedeutung abweichen dürfte, nämlich: bei *falsa demonstratio*, bei mehrdeutigen oder lückenhaften Weisungen, bei nachträglicher Änderung rechtlicher oder tatsächlicher Voraussetzungen (bspw. Wegfall einer Genehmigungserfordernis) und bei Mitwirkung an unerlaubten oder unredlichen Zwecken gemäß des heutigen § 61 BeurkG (BGH DNotZ 2001, 856 m. Anm. Hertel (860 ff.)).

[771] Vgl. *Gomes*, Contratos, S. 426; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 134. Ähnlich: *Marmitt*, Mandato, S. 179.

[772] Die Möglichkeit für den Beauftragten, auch rein faktische Handlungen vorzunehmen, zeigt, wie misslich die Entscheidung des Gesetzgebers für eine notwendige Anknüpfung der Geschäftsbesorgung an die Vertretungsmacht war. Warum müsste er Vertretungsmacht haben, um faktische Handlungen vorzunehmen? Wenn sich der Auftrag ausschließlich mit faktischen Handlungen befasst, ist der Vertrag atypisch und die Vorschriften der Geschäftsbesorgung können analog angewendet werden, wie oben erklärt. Wenn aber der Gegenstand der Geschäftsbesorgung sowohl faktische Handlungen als auch Maßnahmen umfasst, die der Vertretungsmacht bedürfen, müssten dann die Letzteren in die Geschäftsbesorgung eingeordnet werden, während die Ersteren nur analog durch die Geschäftsbesorgung geregelt werden könnten.

Handlungen, die für die Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sind.[773] Der Beauftragte ist nicht völlig frei in seiner Entscheidung, wie er die Handlungen vornimmt oder die Interessen, die Gegenstand der Geschäftsbesorgung sind, am besten wahrt. Er hat dabei die Weisungen des Auftraggebers zu befolgen. Die Weisungen sind im Innenverhältnis verbindlich, obwohl sie die Befugnisse des Beauftragten im Außenverhältnis nicht einschränken können.[774] Die Nichteinhaltung der Weisungen des Auftraggebers bedeutet in der Regel eine Vertragsverletzung.[775] Bei unklaren Weisungen hat der Beauftragte diese mit dem Auftraggeber zu klären, da der Wille des Auftraggebers Vorrang vor der Vorstellung des Beauftragten über die beste Art der Auftragsausführung hat.[776]

Die Grundsätze der Geschäftsbesorgung beruhen nicht auf einer besonderen Vorschrift des Gesetzes, sondern auf der allgemeinen Struktur von Verträgen über die Wahrnehmung fremder Interessen. Eine direkte Analogie zu den Regeln der Geschäftsbesorgung ist daher nicht erforderlich; diese Überlegungen gelten ohne weiteres auch für das Escrow-Agreement.

Die Hauptparteien erteilen dem Escrow-Agenten Weisungen, in denen nicht nur die Ziele der Interessenwahrnehmung, sondern vielmehr spezifische durchzuführenden Vorkehrungen sehr konkret und präzise festgelegt sind. Der Escrow-Agent ist an die strikte Befolgung solcher Weisungen gebunden und darf nicht von ihnen abweichen. Die strikte Befolgung der Weisungen ist das Mittel schlechthin, die Interessen der Hauptparteien zum Gleichgewicht zu bringen. Von den Weisungen kann er daher nicht abweichen, ohne eine Pflichtverletzung zu begehen.

Für das Recht der Geschäftsbesorgung ist es zwar anerkannt, dass der Beauftragte von den Weisungen abweichen darf, wenn diese der ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrags abträglich sind.[777] So kann der Beauftragte z. B. angesichts veränderter Umstände den

---

[773] Vgl. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 512. Etwas verschieden: *De Plácido e Silva*, Tratado do mandato, Bd. I, Rn. 224 (die Befugnisse des Beauftragten bestimmen das Ziel des Auftrags).

[774] Vgl. *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 288, 292; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 112 ff.

[775] Vgl. *Marmitt*, Mandato, S. 209; *Gomes*, Contratos, S. 431. Werden durch den Verstoß gegen die Weisungen Vorteile für den Auftraggeber geschafft, liegt demgegenüber keine Vertragsverletzung vor (*Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 228 f.; Reale/Martins-Costa/*Assis*, Contratos nominados, S. 84). Der STJ hat irrtümlicherweise die Verletzung einer Pflicht mit der unsorgfältigen Durchführung einer Pflicht des Beauftragten nach Art. 667 CC verwechselt (vgl. STJ, REsp 1.013/RJ, Tenor Min. Athos Gusmão Carneiro, 30.10.1989). Die Pflichtverletzung kann auch ohne Fahrlässigkeit passieren. Der Unterschied auf der Rechtsfolgeseite liegt darin, dass der Beauftragte nach Art. 392 CC für die sich aus der Pflichtverletzung ergebenden Schäden nicht haftet, wenn er sorgfältig gehandelt hat. Die Pflichtverletzung liegt also vor, unabhängig davon, ob der Sorgfaltsmaßstab des Art. 667 CC beachtet wurde.

[776] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 112.

[777] Vgl. *Espínola*, Dos contratos nominados, S. 512.

Weisungen des Auftraggebers zuwiderhandeln, wenn es vermutet werden kann, dass der Auftraggeber die Weisungen ändern würde.[778] Dies ist jedoch nicht übertragbar auf den Fall des Escrow-Agreements. Der Interessenausgleich wird dadurch erreicht, dass die Hauptparteien die Verwaltung ihrer Interessen stets in der Hand haben und vollständig kontrollieren können. Die Kontrolle über den Umgang mit dem Escrow-Gegenstand bleibt bei den Hauptparteien, der Escrow-Agent ist nur die neutrale ausführende Person der entsprechenden Weisungen. Sind Weisungen unklar oder decken sie einen bestimmten Bereich nicht, so muss der Escrow-Agent neue Weisungen bei den Hauptparteien einholen. Nur in Residualfällen (z. B. wenn sich die Hauptparteien in einer dringenden Angelegenheit nicht einigen können) kann der Escrow-Agent nach eigenem Ermessen so vorgehen, wie es eine einstimmige Weisung der Hauptparteien vorsehen würde.

II.7.2.1.3. Fazit

Die Interessenwahrnehmung durch den Escrow-Agenten erfolgt hauptsächlich durch die strikte Befolgung der von den Hauptparteien erteilten Weisungen. Sowohl in Deutschland als auch in Brasilien haben die Weisungen der Hauptparteien Vorrang vor der allgemeinen Befugnis, alle Handlungen vorzunehmen, die zur Erreichung der Ziele des Escrow-Agreements erforderlich sind. Dies ändert nichts an der Feststellung, dass die Hauptpflicht des Escrow-Agenten darin besteht, die widerstreitenden Interessen der Hauptparteien wahrzunehmen und sie zu einem Ausgleich zu bringen. Einerseits ist die strikte Befolgung der Weisungen eine spezifische Art und Weise, Fremdinteressen zu wahren. Andererseits bleibt dem Escrow-Agenten immer ein gewisser Spielraum, um selbst zu entscheiden, wie er die Interessen der Hauptparteien außerhalb der Weisungen am besten ausgleicht. Wann immer möglich, sollte der Escrow-Agent eine gemeinsame Weisung einholen, bevor er nach eigenem Ermessen handelt, um den bestmöglichen Weg zu finden, den Interessenausgleich herbeizuführen.

II.7.2.2. Weisungswiderruf

Im Rahmen eines Escrow-Agreements werden konkrete Pflichten des Escrow-Agenten durch Weisungen der Hauptparteien begründet. Die Weisungen pflegen bereits beim

[778] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 113; *Marmitt*, Mandato, S. 210 (der Autor erwähnt auch die Fälle, dass der Beauftragte seine Befugnisse überschreitet, um Handlungen vorzunehmen, die mit den Befugnissen der Geschäftsbesorgung Konnexität aufweisen oder nach den Verkehrsbräuchen üblich sind oder noch vom Auftraggeber stillschweigend zugebilligt wurden. Diese Konstellationen scheinen richtigerweise, eher eine Erweiterung der Befugnisse des Auftraggebers mittels Vertragsauslegung oder eine Änderung der Weisungen bzw. der Befugnisse darzustellen).

Vertragsschluss festgelegt zu werden. Sie füllen den gestalterischen Freiraum der Interessenwahrnehmung aus und minimieren insoweit das Ermessen des Escrow-Agenten.[779] Im Geschäftsbesorgungsrecht sind Weisungen üblich, doch muss das Weisungsrecht an die Besonderheiten des Escrow-Agreements angepasst werden. Insbesondere ist festzulegen, wer wann Weisungen erteilen kann und wann solche Weisungen widerrufen werden können.

II.7.2.2.1. Deutschland

Gesetzliche Grundlage für das Weisungsrecht ist § 675 Absatz 1 i. V. m. § 665 BGB. Diese Norm gehört zum allgemeinen Auftragsrecht und gilt in Treuhandverhältnissen, soweit keine besondere Regel besteht.[780] Weisungen sind verbindliche Bestimmungen, die die Art und Weise der Auftragsausführung bestimmen.[781] Gibt es mehrere gleichrangige Auftraggeber (wie im Fall des Escrow-Agreements), können Weisungen nur einheitlich erteilt werden.[782] Betreffen die Weisungen ausschließlich die Interessen des Auftraggebers, so sind sie grundsätzlich frei widerruflich; betreffen sie auch die Interessen Dritter oder des Beauftragten, so sind sie grundsätzlich unwiderruflich.[783]

Die Grenzen des Weisungsrechts des Treugebers ergeben sich aus der Interessenwahrnehmung,[784] andernfalls könnte der Treugeber praktisch einseitig den Treuhänder zu einer Handlung bewegen, zu der er sich nicht verpflichtet hätte. Ein starkes Indiz im Rahmen eines Escrow-Agreements ist die Vergütung des Escrow-Agenten. Diese wird normalerweise auf der Basis der Anzahl und der Komplexität seiner Aufgaben vereinbart. Ändert die Weisung den Inhalt der Aufgaben, sodass der Escrow-Agent sie nur bei einer höheren Vergütung annehmen würde, liegt eine Überschreitung der Weisungsbefugnis vor.

Der Widerruf ist eine neue Weisung, die der alten widerspricht und in diesem Sinne eine „Gegenweisung“ darstellt.[785] Die besondere Interessenlage des Escrow-Agreements erfordert die Entwicklung eigenständiger Regeln für den Weisungswiderruf. Die Lösung kann erneut durch einen Blick auf die notarielle Verwahrung indiziert werden. Unter „Widerruf“ erfasst das BeurkG nicht nur echte Widerrufe, sondern auch jede Änderung der dem Notar erteilten

[779] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 206.
[780] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 206 f.
[781] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 665 BGB, Rn. 6a.
[782] Vgl. Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 665 BGB, Rn. 15.
[783] Vgl. Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 665 BGB, Rn. 20 f.
[784] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 207; Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 665 BGB, Rn. 1 (Weisungsbindung folgt unmittelbar aus der Interessenwahrung).
[785] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 665 BGB, Rn. 15.

Auflagen.[786] § 60 Absatz 1, 2 BeurkG sieht vor, dass Widerrufe einseitig erfolgen dürfen,[787] es sei denn, dass die Anweisung von mehreren Anweisenden erteilt worden ist; dann muss sie durch sämtliche Anweisende erfolgen. Das Abgrenzungskriterium ist das Sicherungsinteresse.

Sind Interessen nur einer Partei betroffen, so ist die Weisung (und dementsprechend auch der Widerruf) einseitig; wenn Interessen beider Parteien berührt werden, ist sie mehrseitig.[788] Einseitige Weisungen können auch im Kontext mehrseitiger Treuhandverhältnisse vorkommen, wenn die Rechtsstellung der Gegenpartei dadurch nicht berührt wird.[789] Dieser wohl h. M. folgend könnte die Faustregel entnommen werden, dass der Käufer bis Einzahlungsfälligkeit, der Verkäufer ab Auszahlungsreife einseitige Weisungen erteilen darf.[790] Weisungen im Zeitraum zwischen Einzahlung und Auszahlungsreife sind in aller Regel mehrseitig.[791] Im Ergebnis bezweckt die Einschränkung einseitiger Widerrufe bei mehrseitigen Verwahrungsanweisungen, das Aushebeln des Sicherungszwecks zu verhindern.[792] Um Auslegungsfragen bezüglich der betroffenen bzw. zu schützenden Interessen zu vermeiden, ist es empfehlenswert, im Vertrag zu regeln, welche Weisungen einseitig und welche mehrseitig zu erteilen sind.[793]

Eine Ausnahme zu dieser Regel steht im § 60 Absatz 3 Satz 1 BeurkG. Danach kann ein Beteiligter allein eine mehrseitige Weisung widerrufen, wenn das mit der Verwahrung durchzuführende Verhältnis aufgehoben, unwirksam oder rückabzuwickeln ist. Die Aufhebung setzt einen Vertrag zwischen den Parteien des zugrundeliegenden Geschäfts voraus,[794] und kann in der Regel leicht nachgewiesen werden. Unwirksamkeitsgründe sind z. B. fehlende Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten, anfängliche objektive Unmöglichkeit und Nichteintritt einer

---

[786] Vgl. *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 9; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BnotO, Rn. 137; *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 2; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 5 (Änderungen und Ergänzungen sind im § 60 BeurkG erfasst).

[787] Berührt aber der Widerruf die Interessen Dritter, denen gegenüber Amtspflichten des Notars bestehen, so muss der Notar den Widerruf nicht beachten (vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 60 BeurkG, Rn. 6; *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 14; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 189).

[788] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 7; *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 10, 18.

[789] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BnotO, Rn. 145; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 192; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 180; *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 10 (es kommt darauf an, wer durch die übertragene Verfügungsmacht gesichert wird).

[790] Vgl. *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 11, 22; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 60 BeurkG, Rn. 17; *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 9; *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 71 f.; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 194 f.; *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451 (458). Zweifelnd: Grziwotz/Heinemann, § 60 BeurkG, Rn. 11 („zu pauschal“).

[791] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 9; Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 27 f.

[792] Vgl. *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 228; *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 179 (einseitiger Widerruf kann die Interessen des anderen Beteiligten berühren); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 67, 97 (Unbeachtlichkeit des Widerrufs hängt vom angestrebten Sicherungszweck ab); *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (625).

[793] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 43.

[794] Vgl. *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 29; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 30.

aufschiebenden Bedingung.[795] Der Vertrag ist rückabzuwickeln, wenn ein Rücktrittsrecht etwa aus Pflichtverletzung besteht und die zum Rücktritt berechtigte Partei das Recht ausübt. Die bloße Rücktrittsmöglichkeit reicht nicht aus, vielmehr ist für § 60 Absatz 3 BeurkG die tatsächliche Ausübung des Rechts nötig.[796]

Liegt ein solcher Widerrufsgrund vor, so muss der Notar nach § 60 Absatz 3 Satz 1, 2 BeurkG jede Verfügung über das Verwahrungsgut unterlassen und die Beteiligten davon unterrichten. Einigen sich die Beteiligten über die Fortsetzung der Verwahrung, so wird der Widerruf unbeachtlich und der Notar setzt die Verwahrung gemäß der neuen Weisung fort (§ 60 Absatz 3 Satz 3 Nr. 1 BeurkG).[797] Passiert das nicht und kann der Widerrufende nach einer vom Notar gesetzten angemessenen Frist nicht beweisen, dass ein gerichtliches Verfahren zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung eingeleitet wurde, so wird der Widerruf unbeachtlich (§ 60 Absatz 3 Satz 3 Nr. 2 BeurkG). Wird ein gerichtliches Verfahren innerhalb der Frist eingeleitet und entfällt später die Rechtshängigkeit, etwa weil ein rechtskräftiger Beschluss erlassen worden ist, dann wird der Widerruf ebenfalls unbeachtlich (§ 60 Absatz 3 Satz 3 Nr. 3 BeurkG). Der Notar soll keinesfalls selbst eine gerichtliche Entscheidung veranlassen – der Widerrufende wird schon durch die Fristsetzung dazu gezwungen.[798] Ziel des Vorgangs im § 60 Absatz 3 BeurkG ist es, dass die notarielle Verwahrung nicht dauerhaft verhindert wird.[799] Der Notar muss aber zwischenzeitlich das Verwahrgut in seiner Obhut bewahren. § 60 Absatz 4 BeurkG erlaubt, dass diese Vorschrift ergänzt oder abbedungen wird.[800] Ein Rücktrittsrecht und ein Ausschluss des Widerrufsrechts können folglich vereinbart werden.[801]

Schwierigkeiten bereitet die Prüfung durch den Notar, dass ein Widerrufsgrund vorliegt. Eine Schlüssigkeitsprüfung muss der Notar im Grundsatz nicht durchführen. Gängig wird daher von einer Plausibilitätsprüfung gesprochen: Es reicht aus, dass der Widerruf im Vortrag des Widerrufenden möglich erscheint. Mit anderen Worten ist das Vorbringen eines Sachverhalts ausreichend, der – dessen Richtigkeit unterstellt – zu einem beachtlichen Widerruf führen

[795] Vgl. *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 31; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 30.
[796] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BnotO, Rn. 153; *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 32; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 25, 30.
[797] Vgl. *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 42.
[798] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 37.
[799] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 203; *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 43; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 35.
[800] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 60 BeurkG, Rn. 28; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 208.
[801] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 47.

würde.[802] Ergibt sich aus dem eigenen Vortrag des Widerrufenden, dass kein Widerrufsgrund besteht (z. B. wenn er sich auf Einreden und Einwendungen beruft, die die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts nicht berühren, wie Gewährleistungsrechte, Zurückbehaltung, Aufrechnung usw.), so braucht der Notar den Widerruf nicht beachten.[803] In Zweifelsfällen soll der Notar die Auszahlung aussetzen.[804]

Die Regelungen des Weisungswiderrufs in der notariellen Verwahrung spiegeln den Interessenausgleich der Beteiligten angesichts des Sicherungszwecks in durchaus ausgewogener Weise wider.[805] Obwohl die Amtspflichten des Notars in der Regelung des § 60 BeurkG involviert sind, lassen sich die gleichen Schlussfolgerungen aus dem Sicherungszweck des Escrow-Agreements ableiten. Diese Regelung stellt auch eine Ausprägung der Stellung des Notars als unabhängiger Treuhänder dar, der widerstreitende Interessen zum Ausgleich bringt.[806] Folglich gilt beim Escrow-Agreement der Grundsatz, dass Weisungen – in Analogie zur notariellen Verwahrung – nur durch sämtliche Hauptparteien geändert bzw. widerrufen werden können, vorausgesetzt, dass das Sicherungsinteresse der Gegenpartei dadurch nicht beeinträchtigt wird. Bei Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des zugrundeliegenden Geschäfts kann die Weisung einseitig widerrufen werden, mit den Rechtsfolgen des § 60 Absatz 3 BeurkG. Kommt es zwischen den Hauptparteien zu Streitigkeiten über eine Weisung, so hat der Escrow-Agent das Treugut sicher und unabhängig zu verwahren, bis der Streit beigelegt ist. Um die bloße Möglichkeit eines Widerrufs von einer ernsthaften Widerrufsabsicht abzugrenzen und Klarheit zu schaffen, kann der Escrow-Agent eine angemessene Frist zur gerichtlichen Klageerhebung setzen.

Es ist den Hauptparteien zu empfehlen, die Fälle im Escrow-Vertrag zu regeln, in denen der Escrow-Agent einseitige Weisungswiderrufe bzw. -änderungen zu beachten hat. Die Aufhebung, Unwirksamkeit und Rückabwicklung des zugrundeliegenden Geschäfts im § 60

---

[802] Vgl. *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 26 f.; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 27. Nach einer ähnlichen Auffassung müsste der Widerrufende Tatsachen benennen, die die Möglichkeit des Widerrufs wenigstens erscheinen lassen: Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 60 BeurkG, Rn. 21; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BnotO, Rn. 155.

[803] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 60 BeurkG, Rn. 21; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 201.

[804] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 201 (bereits bei „geringsten Zweifeln"); Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 35 (auch bei „geringsten Zweifeln"); *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 37 (nur wenn der Widerrufsgrund eindeutig nicht vorliegt, darf er zur Auszahlung vorgehen); Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 27, 29.

[805] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 177 f. (Regeln des BeurkG – damals noch Entwurf – tragen dem (Sicherungs-) Zweck der notariellen Verwahrung Rechnung).

[806] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 37 (das Verfahren im § 60 Absatz 3 BeurkG erlaubt es dem Notar, seiner Neutralitätspflicht gerecht zu werden).

Absatz 3 BeurkG berücksichtigen nicht alle möglichen Fallkonstellationen. Bei multidirektionalen Escrow-Agreements z. B. dient derselbe Gegenstand der Sicherung unterschiedlicher Forderungen, und die Hauptparteien vollziehen mit dem Escrow-Agreement typischerweise Preisminderungen, Aufrechnungen usw. In Fällen, in denen der Vertrag keine entsprechende Regelung enthält, kann auf § 60 Absatz 3 BeurkG zurückgegriffen werden.

Eine andere Frage ist, bis zu welchem Zeitpunkt die Weisung in einem Escrow-Agreement einseitig widerrufen werden darf. Die oben angesprochene Faustregel erklärt zwar die Widerrufsbefugnis, trägt aber der Art der Erfüllungswirkung in Escrow-Agreements[807] nicht genug Rechnung. Richtigerweise sollten bei Alternative-Escrows, in denen der Hinterleger die Gefahr von Vertragsstörungen bis Auslieferungszeitpunkt trägt, ab Einlieferungsfälligkeit bis vollständige Durchführung der Auslieferung nur mehrseitige Widerrufe hinzunehmen sein, vorausgesetzt, dass die Escrow-Bedingung eintritt. Sonst könnte der Hinterleger von einseitigen Widerrufen des Begünstigten beeinträchtigt werden, bevor er sich vom Vertragsstörungsrisiko befreit.[808] Dies wird an folgendem Beispiel deutlich. Nach Auslieferungsreife weist der Begünstigte den Escrow-Agenten an, den Hinterlegungsbetrag nicht sofort auszuzahlen, sondern ihn bis zur Eintragung seiner neu zu gründenden Tochtergesellschaft in das Handelsregister in einem risikoreichen Aktienfonds anzulegen. Die Auszahlung soll sodann direkt an die Tochtergesellschaft geleistet werden. Erleidet der Aktienfonds in der Zwischenzeit Verluste, könnte der verbleibende Betrag den Kaufpreis nicht vollständig decken. Dies ginge zu Lasten des Hinterlegers, da er bis zum Zeitpunkt der Auslieferung das Risiko trägt. Um solche Fälle zu vermeiden, sollte der Begünstigte ohne Zustimmung des Hinterlegers weder den Auslieferungszeitpunkt verschieben noch die Art der Anlage ändern können. Anders verhält es sich bei Ersatz-Escrows, da hier die Auslieferungsreife bereits als Erfüllung der Verpflichtung des Hinterlegers und damit als Zeitpunkt der Risikobefreiung bei Eintritt der Bedingung anzusehen ist. Hier dürften einseitige Widerrufe ab Auslieferungsreife zulässig sein, weil der Hinterleger in seiner Rechtsstellung nicht mehr beeinträchtigt werden kann. Bleibt die Bedingung aus, hat der Begünstigte kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand und der Hinterleger kann die Weisungen einseitig widerrufen.

[807] Mehr dazu oben Kap. II.6.3.1.

[808] Zu Recht Grziwotz/Heinemann, § 60 BeurkG, Rn. 11 (hinsichtlich der notariellen Verwahrung): „Geht es bei der Auszahlung um die Erfüllungswirkung, so kann und darf der Verkäufer nicht durch eine einseitige Anweisung hieran etwas ändern; insoweit liegt weiterhin eine mehrseitige Anweisung vor, die nur einheitlich widerrufen werden kann“.

II.7.2.2.2. Brasilien

Man kann Weisungen im allgemeinen Geschäftsbesorgungsrecht als Bestimmungen des Auftraggebers begreifen, die die Art und Weise der Durchführung des Auftrags präzisieren. Weisungen betreffen nur das Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragte.[809] Die Nichtbeachtung einer Weisung hat im Regelfall keine Auswirkung auf das Außenverhältnis des Auftraggebers mit dem Dritten, der von den Handlungen des Beauftragten betroffen ist. Davon zu unterscheiden sind die Befugnisse des Beauftragten. Diese geben, in welchem Umfang der Beauftragte Handlungen mit verbindlicher Wirkung für die Rechtssphäre des Auftraggebers vornehmen kann.[810]

Der Widerruf von Weisungen[811] ist in der brasilianischen Lehre wenig erforscht. Die richtige Umsetzung dieser Sachfrage ist jedoch von entscheidender Bedeutung in Situationen, in denen es mehrere Auftraggeber gibt und zwischen ihnen kein Konsens über Widerruf von Weisungen besteht. Die Frage wird noch relevanter, wenn die Auftraggeber gegensätzliche Interessen haben, wie es beim Escrow-Agreement der Fall ist. Es ist sachlogisch, dass eine Partei nicht einseitig Weisungen widerrufen kann, die die Interessen der anderen Partei berühren. Denn auch das Interesse des Beauftragten muss berücksichtigt werden. Es ist ihm nicht zumutbar, jedem Widerruf Folge zu leisten, da die Ausübung seiner Tätigkeit erschwert würde. Dies bedeutet, dass ein einseitiger Widerruf nur dann zulässig ist, wenn weder die Interessen des Vertragspartners noch die des Beauftragten beeinträchtigt werden.

Die grundsätzliche Möglichkeit des Widerrufs einer Weisung kann auf die Nachrangigkeit der Interessen des Beauftragten gegenüber den Interessen des Auftraggebers zurück-geführt werden, während die grundsätzliche Unmöglichkeit des Widerrufs einer Weisung, die die Interessen eines anderen Vertragspartners beeinträchtigt, aus der Struktur der Interessenlage bei Konstellationen mit mehreren Auftraggebern folgt.. Diese allgemeine Regel des Geschäftsbesorgungsrechts ist auf das Escrow-Agreement übertragbar.

In der Regel können Weisungen bis zur Fälligkeit der Einlieferungspflicht einseitig vom Hinterleger widerrufen werden, da die Interessen der anderen Hauptpartei nicht berührt werden. Wird bspw. der Kaufpreis vor Fälligkeitsdatum hinterlegt, darf der Hinterleger andere als die im Escrow-Agreement vereinbarten Anlagearten anweisen. Sie gelten bis zu dem Zeitpunkt,

[809] Vgl. Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 85.
[810] Vgl. *De Plácido e Silva*, Tratado do mandato, Bd. I, Rn. 133.
[811] Im Folgenden schließt der Begriff „Widerruf" UCH Änderungen der Weisungen ein.

der ursprünglich für die Einlieferung vereinbart wurde. Alle bis dahin erwirtschafteten Erträge stehen dem Hinterleger zu. Wenn aus der Anlage Verluste resultieren und der hinterlegte Betrag den Kaufpreis nicht mehr abdeckt, muss der Hinterleger die Differenz begleichen. Vom Fälligkeitszeitpunkt an muss der Escrow-Agent den gemeinsam vereinbarten Weisungen Folge leisten.

Nach Eintritt der Erfüllungswirkung (je nachdem, ob es sich um ein Ersatz- oder Alternative-Escrow handelt, tritt sie bei Auslieferungsreife oder Auslieferung ein) oder zumindest nach Übergang der Risiken auf den Begünstigten (wenn aufgrund einer Parteienvereinbarung dieser nicht mit der Erfüllungswirkung zusammenfällt), darf in aller Regel der Begünstigte die Weisungen einseitig widerrufen. Denn hier geht es nur um die Eigeninteressen des Begünstigten. Bei Bedingungsausfall darf der Hinterleger einseitig widerrufen, weil der Begünstigte kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand hat.

In der Zeitspanne zwischen Fälligkeit der Einlieferung und dem Eintritt der Erfüllungswirkung wirkt sich jeder Weisungswiderruf unmittelbar auf die Interessen beider Hauptparteien aus. Nur gemeinsame Weisungen bzw. Widerrufe sind dementsprechend möglich. Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo nach § 60 Absatz 3 BeurkG analog einseitige Weisungswiderrufe in bestimmten Fällen möglich sind, gibt es diese Möglichkeit im brasilianischen Recht nicht.

Es ist zu unterstreichen, dass bei Unwirksamkeit oder Erlöschen des Hauptgeschäfts der Escrow-Gegenstand zurückgegeben werden muss, wie oben erklärt (Kap. II.6.1.2). Das ist keinesfalls mit dem Weisungswiderruf zu verwechseln. Die Weisungen können jegliche Maßnahme des Escrow-Agenten betreffen, wie die Art der in der Schwebephase mit dem Escrow-Gegenstand durchzuführenden Anlagen oder die für den Escrow-Gegenstand erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen. In einem Escrow-Verhältnis werden aber mehrere Weisungen erteilt. Die Escrow-Bedingung ist nur die Wirksamkeitsvoraussetzung einer Weisung, nämlich die Weisung zur Weiter- oder Rückgabe des Gegenstands. Dass die Vertragsverbindung auf die Weisung betreffend Weiter- oder Rückgabe des Gegenstands Einfluss ausübt, bedeutet keine breitere Befugnis des Hinterlegers, alle Weisungen zu widerrufen, wenn das Hauptgeschäft unwirksam oder erlöschen wird. Nur mittelbar könnte der Hinterleger in diesem Fall geltend machen, dass er wegen des Wegfalls des Sicherungsbedürfnisses für das Hauptgeschäft (nicht aber wegen des Eintritts der Erfüllungswirkung) der einzige Interessent an dem Escrow-Gegenstand sei und deshalb die Weisung widerrufen kann. Anders als im deutschen Recht, wo die Befugnis zum Widerruf der Weisung eine unmittelbare Rechtsfolge der Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder des Rücktritts vom Hauptgeschäft ist, ist sie in Brasilien eine Rechtsfolge der Berechtigung

zum Escrow-Gegenstand wegen Unwirksamkeit oder Erlöschens des Hauptgeschäfts. Nur der Hinterleger darf in diesem Fall in Brasilien die Weisung widerrufen, während der Kreis der dazu Befugten in Deutschland breiter sein kann.

II.7.2.2.3. Fazit

Die Möglichkeit einseitiger Weisungswiderrufe ist eine wesentliche Frage des Escrow-Agreements. Die deutsche Rechtsordnung verfügt über ein Regelwerk, das eine taugliche Grundlage für eine Analogie bietet, während im brasilianischen Recht auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden muss, die sich aus der Interessenlage ergeben. Zum Teil sind die Ergebnisse dennoch ähnlich. Nur wenn das Interesse der anderen Vertragsparteien nicht berührt wird, dürfen Weisungen einseitig widerrufen werden. Vor Einlieferung kann also der Hinterleger und nach Eintritt der Erfüllungswirkung der Begünstigte einseitige Weisungswiderrufe erteilen. In der Schwebephase sind Widerrufe mehrseitig zu erteilen, mit der Ausnahme im deutschen Recht, dass diese bei Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des Hauptgeschäfts auch einseitig erteilt werden können, § 60 Absatz 3 BeurkG analog. Diese Ausnahme gilt in Brasilien nicht, ein ähnliches Ergebnis kann aber bei Unwirksamkeit oder Erlöschen des Hauptgeschäfts mittelbar erreicht werden, da der Hinterleger zum Berechtigten wird, und wäre daher der einzige mit Interesse am Escrow-Gegenstand.

II.7.2.3. Vergütung des Escrow-Agenten

Es ist üblich, dass der Escrow-Agent für seine Tätigkeit vergütet wird. Die Höhe und Fälligkeit der Vergütung wird im Regelfall ausdrücklich im Vertrag festgelegt.[812] Wer für die Zahlung verantwortlich ist, und ob der Auszahlungsanspruch mit der Vergütung aufgerechnet werden darf, ist fraglich. Für den Escrow-Agenten ist eine aufrechenbare gesamtschuldnerische Haftung der Hauptparteien für seine Vergütung günstiger. Die Hauptparteien werden hingegen in der Regel nur den jeweiligen Anteil verantworten wollen.

Hier ist also zu untersuchen, erstens, wer die Vergütung des Escrow-Agenten zu zahlen hat, wenn der Vertrag über dieses Thema keine Regelung enthält, und, zweitens, ob der Escrow-Agent seinen Anspruch auf Vergütung gegen den Auslieferungsanspruch aufrechnen darf.

[812] Siehe bspw. die Vertragsmuster in *Herwig* in: Jaletzke/Henle/Hartmann-Rüppel, M&A Agreements in Germany, S. 315; *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 170 f.

II.7.2.3.1. Deutschland

Angesichts des werkvertraglichen Charakters des Escrow-Treuhandverhältnisses kann der Anspruch auf Vergütung aus § 632 Absatz 1 BGB hergeleitet werden, wenn, den Umständen nach, der Antritt in die Treuhänderstellung nur gegen Vergütung zu erwarten ist.

II.7.2.3.1.1. Gesamtschuldnerschaft

Enthält das Escrow-Agreement keine Regelung betreffend die Zahlung der Vergütung, ist in einem dreiseitigen Escrow-Agreement die Vergütung gemäß § 427 BGB als Gesamtschuld nach § 421 ff. BGB anzusehen. In einer Gesamtschuld kann der Gläubiger von mehreren Schuldnern nur einmal die Leistung fordern (§ 421 BGB). Die Leistung durch einen Schuldner befreit insoweit auch die anderen Gesamtschuldner (§ 422 Absatz 1 BGB).[813] Von der Teilschuld unterscheidet sie sich, weil die Teilschuldner unabhängige Schulden haben, sodass jeder nur zu einem Teil der Leistung verpflichtet ist (§ 420 BGB). Die Teilschulden basieren allerdings auf einem einheitlichen Schuldverhältnis. Die Teilschuld setzt eine teilbare Leistung voraus.[814] Die Gesamtschuld ist weiter von der gemeinschaftlichen Schuld abzugrenzen, weil bei dieser Art der Schuldnermehrheit kein Schuldner allein die volle Leistung erbringen kann, sie muss von allen gemeinsam erbracht werden.[815]

§ 427 BGB enthält eine Auslegungsregel[816] für den Fall, dass sich mehrere Schuldner zu einer teilbaren Leistung verpflichten, mit der Folge, dass sie im Zweifel gesamtschuldnerisch haften, wenn die Verpflichtung gemeinschaftlich durch Vertrag übernommen wird. Die Erklärung der Schuldner müssen subjektiv eine Einheit bilden, das heißt, die Schuldner müssen von der Verpflichtung des anderen auf die Befriedigung desselben Gläubigerinteresses wissen oder zumindest damit rechnen.[817] Alle diese Voraussetzungen liegen bei Escrow Agreements vor, deren Gegenstand Geld ist. Die Geldleistung stellt offensichtlich eine teilbare Leistung dar und wird durch Vertrag begründet. Die Erklärungen der Hauptparteien bilden subjektiv eine Einheit, weil das Escrow-Agreement im Interesse beider Hauptparteien abgeschlossen wird. Überdies dient die Vergütung der Befriedigung eines einzigen Interesses desselben Gläubigers, das für die Hauptparteien sicher zu erkennen ist. Im Ergebnis haften die Hauptparteien gesamtschuldnerisch für die Vergütung des Escrow-Agenten, wenn sich nichts anderes aus dem Vertrag

[813] Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, S. 506.
[814] Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, S. 504.
[815] Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, S. 524.
[816] Vgl. Staudinger/*Looschelders*, § 427 BGB, Rn. 3.
[817] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Looschelders*, § 427 BGB, Rn. 9.

ergibt. Zum Ausgleich im Innenverhältnis sind die Hauptparteien gemäß § 426 Absatz 1 Satz 1 BGB zu gleichen Anteilen verpflichtet.

Bei Treuhandverhältnissen mit werkvertraglichem Charakter ist die Vergütung in der Regel bei Abnahme des Werkes fällig,[818] § 641 Absatz 1 BGB. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass das Vergütungsrisiko durch eine Zug-um-Zug-Verpflichtung bewältigt werden soll.[819] § 641 BGB ist aber nicht zwingend,[820] sodass auch die Vergütung nach Zeitabschnitten beim Escrow-Agreement möglich ist.

II.7.2.3.1.2. Aufrechnung

In Treuhandverhältnissen im Allgemeinen kann der Treuhänder eine Aktivforderung aus dem Treuhandverhältnis nur gegen Passivforderungen aufrechnen, die mit ihr in engem rechtlichem und wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, sofern der andere Teil ein anzuerkennendes Interesse an dieser Einschränkung hat.[821] Dass die Aufrechnung der Vergütung mit dem Sicherungszweck vereinbar ist, lässt sich weiter am Beispiel des Nr. 12 SB RA-Ander und des Nr. 10 SB Notar-Ander veranschaulichen, wo die Aufrechnung mit Forderungen der Bank ausdrücklich zugelassen ist, soweit es sich nicht um Forderungen handelt, die keinen Bezug zur Kontoführung haben.[822] Wenn dieser Ansatz für die Vergütung der Anderkonto führenden Bank akzeptiert wird, muss er erst recht für die Vergütung des Escrow-Agenten akzeptiert werden.

Voraussetzungen für die Aufrechnung sind (1) die Gleichartigkeit des Leistungsgegenstandes, (2) das Bestehen gegenseitiger Forderungen zwischen dem Aufrechnenden und dem Aufrechnungsgegner (also, eine Aktivforderung des Aufrechnenden und eine Passivforderung des Aufrechnungsgegners),[823] (3) die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Gegenforderung des Aufrechnenden und (4) die Erfüllbarkeit der Forderung des Aufrechnungsgegners. Diese Voraussetzungen sind nachstehend im Einzelnen aufgeführt.

Zu Voraussetzung (1). Die Aufrechnung des Vergütungsbetrags mit einer Passivforderung des Escrow-Agenten ist praktisch nur bei Escrow-Agreements möglich, deren Gegenstand

[818] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 259.
[819] Vgl. MünchKomm/*Busche*, § 641 BGB, Rn. 2.
[820] Vgl. MünchKomm/*Busche*, § 641 BGB, Rn. 12.
[821] Vgl. MünchKomm/*Schlüter*, § 387 BGB, Rn. 67 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.
[822] Vgl. Bunte/*Zahrte*, AGB-Banken, Kap. XI, Rn. 41.
[823] Ausnahmsweise darf man auch mit oder gegen Drittforderungen aufrechnen (vgl. Beck-OGK/*Skamel*, § 387 BGB, Rn. 40 ff., 51 ff.).

in Geld besteht. Das liegt daran, dass die Vergütung in der Regel auch in Geld geleistet wird. Die oft diskutierte Frage, ob eine Geldsumme mit einem Anspruch auf Herausgabe von Geld aufgerechnet werden kann, kommt oft nicht in Betracht, weil es bei Escrow-Agreements nicht auf konkrete Geldzeichen, sondern auf die Auszahlung einer Geldsumme ankommt.[824]

Betreibt der Escrow-Agent einen Escrow-Account, stehen meistens schuldrechtliche Ansprüche auf Geldsummen einander gegenüber. Die Aufrechenbarkeit ist dann nicht problematisch. Wenn der Escrow-Vertrag so aufgebaut ist, dass antizipiert über den Betrag zugunsten des Berechtigten bedingt verfügt wird und die Vergütung des Escrow-Agenten in Zeitabschnitten schon vor Bedingungseintritt zu zahlen ist, dann ist die Aufrechnung fraglich. Der Escrow-Agent kann zwar im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung noch Inhaber des Betrages auf dem Escrow-Account sein (d. h. Inhaber der Forderung aus dem Guthaben), weil die Verfügung nur beim Bedingungseintritt dinglich wirkt. Aber die Aufrechnungserklärung des Escrow-Agenten könnte als Zwischenverfügung und daraufhin als unwirksam nach § 161 Absatz 1 BGB betrachtet werden.

Zu Voraussetzung (2). Das Vorliegen von gegenseitigen Forderungen könnte beim Escrow-Agreement fehlen, wenn die Vergütung (Aktivforderung des Escrow-Agenten) nicht von der Hauptpartei zu zahlen wäre, die auf Auslieferung des Escrow-Gegenstands berechtigt ist (Passivforderung gegen den Escrow-Agenten). Dieses Hindernis kommt nicht infrage, wenn die Hauptparteien als Gesamtschuldner für die Vergütung haften, denn der Escrow-Agent kann gegen einen Gesamtschuldner mit Wirkung für die übrigen Gesamtschuldner aufrechnen (§ 429 Absatz 3 Satz 1 i. V. m. § 422 Absatz 1 Satz 2 BGB).[825] Anders, wenn die Hauptparteien nur teilschuldnerisch für die Vergütung haften. Das kann der Fall sein, wenn nur eine Hauptpartei zur Auslieferung berechtigt ist, während die Vergütung teilweise von der anderen Hauptpartei zu tragen ist, für die keine aufrechenbare Aktivforderung besteht. In diesem Fall kann der Teilschuldner nur seine Forderung aufrechnen,[826] d. h. der Escrow-Agent kann nur anteilsmäßig gegen den Berechtigten aufrechnen. Ist die teilschuldnerische Vergütung in Raten zu zahlen und wird sie vor dem Zeitpunkt fällig, zu dem die Person des Berechtigten feststeht (d. h. vor der Auslieferungsreife), so kann zu jedem Fälligkeitstermin aufgerechnet werden – allenfalls beschränkt auf den Anteil der Hauptpartei, die am wenigsten zur Vergütung verpflichtet ist.[827]

[824] Vgl. Staudinger/*Bieder/Gursky*, § 387 BGB, Rn. 115 (ausführlich zu dieser Frage: a. a. O. Rn. 88 f.).
[825] Vgl. MünchKomm/*Schlüter*, § 389 BGB, Rn. 3.
[826] Vgl. Staudinger/*Bieder/Gursky*, § 387 BGB, Rn. 22.
[827] Dies lässt sich mit einem Beispiel verdeutlichen. Beträgt die Vergütung 100 €/Jahr und sind Hinterleger und

Zu Voraussetzung (3). Die Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Aktivforderung, also des Vergütungsanspruchs, stellt bei Escrow-Agreements keine größeren Probleme dar. Voraussetzung hierfür ist, dass die Forderung wirksam entstanden und einredefrei ist und der Aufrechnende die Leistung verlangen kann. Ist die Aktivforderung bspw. verjährt, gestundet oder aufschiebend bedingt, kann die Aufrechnung nicht erklärt werden, weil der Schuldner (noch) nicht verpflichtet ist, sie zu erfüllen.[828] Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem die Aufrechnung erklärt wird: Ist die Vergütung erst bei Lieferung zu zahlen, muss der Escrow-Agent bis zu diesem Zeitpunkt mit der Aufrechnung warten; ist die Vergütung in Raten zu zahlen, so kann der Escrow-Agent die Zahlung zu jedem Fälligkeitstermin verlangen.

Zu Voraussetzung (4). Die Passivforderung muss erfüllbar sein, um Gegenstand der Aufrechnung zu sein. Die Erfüllbarkeit der Forderung ist nicht mit ihrer Fälligkeit zu verwechseln. Fällig und durchsetzbar muss sie nicht sein. Erfüllbar ist die Forderung i. d. R. bereits ab deren Entstehen. Deswegen wird die Aufrechenbarkeit von künftigen, aufschiebend bedingten und aufschiebend befristeten Forderungen regelmäßig verneint.[829] An der Voraussetzung der Erfüllbarkeit fehlt es gerade beim Escrow-Agreement. Die aufzurechnende Passivforderung gegen den Escrow-Agenten ist eigentlich die Auslieferung des Escrow-Gegenstands, und sie ist aufschiebend bedingt. Die Bedingung im Escrow-Agreement ist zwar so ausgestaltet, dass ein Auslieferungsanspruch zweifelsfrei entstehen wird. Ungewissheit besteht nur in Bezug auf die Person des Berechtigten, aber die Forderung, gegen die aufzurechnen wäre, ist von Anfang an sicher. Das Risiko der Aufrechnung mit einer möglicherweise nicht existenten Forderung besteht beim Escrow-Agreement nicht. Dies genügt jedoch nicht, da auch bei der aufschiebenden Befristung die Entstehung des Anspruchs zu einem späteren Zeitpunkt gesichert ist, der Anspruch aber gemäß § 163 BGB nicht vor Eintritt der Fälligkeit entsteht.[830] Vor dem beabsichtigten Zeitpunkt der Auslieferung kann der Escrow-Agent nicht erfüllen, auch weil diese Frist nicht zu seinen Gunsten, sondern im Interesse der Hauptparteien vereinbart wird – zwischen Ein- und Auslieferung muss eine gewisse Zeitspanne liegen, damit die Ereignisse eintreten

---

Begünstigter beziehungsweise für 80 % und 20 % verantwortlich, so darf der Escrow-Agent nur 20 €/Jahr aufrechnen. Falls der Hinterleger zu Ende der Schwebephase auf Auszahlung berechtigt wird, dann wird der Escrow-Agent schon 20 € abgezogen haben und er darf noch 60 € vom Escrow-Account abziehen; die übrigen 20 € darf er nur vom Begünstigten verlangen. Im umgekehrten Fall, dass der Begünstigte auszahlungsberechtigt wird, wird der Escrow-Agent schon die 20 €, die durch den Begünstigten zu zahlen sind, abgebucht haben, und der Restbetrag ist beim Hinterleger zu kassieren.

[828] Vgl. m. w. N. Beck-OGK/*Skamel*, § 387 BGB, Rn. 115 f., 119, 121 f.

[829] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Bieder/Gursky*, § 387 BGB, Rn. 168 (mangelnde Gegenwärtigkeit); m. w. N. Beck-OGK/*Skamel*, § 387 BGB, Rn. 129 f. (mangelnde Erfüllbarkeit).

[830] Vgl. MünchKomm/*Westermann*, § 163 BGB, Rn. 4.

können, die den Anspruch auf den Escrow-Gegenstand begründen. Ist das Escrow-Verhältnis derart, dass der Vergütungsanspruch erst beim Zeitpunkt der Auslieferung entsteht, so kann aufgerechnet werden, weil die Aktivforderung zusammen mit der Erfüllbarkeit der Passivforderung entsteht.

Im Ergebnis kann der Escrow-Agent seine Vergütung gegen den Auszahlungsanspruch nur nach oder zum Zeitpunkt der Auslieferung aufrechnen. Davor kann der Escrow-Agent nur beim Abschluss eines Aufrechnungsvertrags aufrechnen, denn auf das Erfordernis der Erfüllbarkeit der Passivforderung kann rechtsgeschäftlich verzichtet werden.[831] Die Aufrechnung erfolgt dann durch Vorenthalten des entsprechenden Betrags im Escrow-Account bei der Auszahlung, was in der Praxis gleichbedeutend ist mit der Zahlung der Vergütung aus dem Escrow-Account zum Zeitpunkt der Verrechnung.

II.7.2.3.2. Brasilien

In Brasilien wird vermutet, dass die Geschäftsbesorgung unentgeltlich erfolgt, wenn die Parteien keine Vergütung vereinbart haben, es sei denn, dass der Auftragnehmer den Auftrag gewerblich (*por ofício*) oder im Rahmen einer gewinnorientierten beruflichen Tätigkeit (*profissão lucrativa*) ausübt, gemäß Art. 658, *caput*, CC. Diese „natürliche" aber nicht „wesentliche" Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung[832] hat ihre Wurze in der Unentgeltlichkeit des römischen *mandatum*,[833] und wohl nicht in einer zeitgenössischen Geschäftspraxis.[834] Schon die Anwendbarkeit von Art. 658 CC auf Sachverhalte, die eine Interessenwahrnehmung einschließen, ohne eine gesetzestypische Geschäftsbesorgung darzustellen, ist zweifelhaft. Und selbst wenn Art. 658 CC auf das Escrow-Agreement anwendbar wäre, würde die Unentgeltlichkeit nicht vermutet werden dürfen. Die Verkehrssitte lässt eine solche Vermutung im Escrow-Agreement nicht zu. Die Geschäftspraxis weist vielmehr in die entgegengesetzte Richtung, da die Escrow-Agenten in Brasilien die Interessenwahrnehmung regelmäßig als gewerbliche Tätigkeit ausüben und jedenfalls vergütet bekommen.

Die Vergütung des Escrow-Agenten richtet sich in erster Linie nach der

[831] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Bieder/Gursky*, Vorb. § 387 BGB, Rn. 100.
[832] So wird den unentgeltlichen Charakter der Geschäftsbesorgung an mehreren Stellen dargelegt: *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 142; *Gomes*, Contratos, S. 426 f.; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 283.
[833] Vgl. *Moreira Alves*, Direito romano, S. 528. Für eine geschichtliche Betrachtung der Geschäftsbesorgung von römischer Zeit bis ihre Typisierung im brasilianischen Recht, siehe *Lo Ré Pousada*, delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro, *passim*.
[834] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Assis*, Contratos nominados, S. 53 (altruistische Tätigkeiten sind heutzutage eher die Ausnahme).

Parteienvereinbarung. Deren Auslegung ist durch die Verkehrssitte in der einschlägigen Marktsparte geprägt.[835] Wenn keine Norm aus der Vertragsauslegung gewonnen werden kann, muss die Frage nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragslückenfüllung (*integração contratual*) entschieden werden, wie Gewohnheitsrecht und Treu und Glauben. Ist also dem Escrow-Agenten eine Vergütung geschuldet aber nicht im Vertrag festgelegt, so ist ein Rückblick auf Einzelparagraf von Art. 658 CC analog nicht erforderlich.

II.7.2.3.2.1. Gesamtschuldnerschaft

Gesamtschulden können in Brasilien nach Art. 265 CC nicht vermutet werden. Sie müssen sich entweder aus dem Gesetz oder aus dem Willen der Parteien ergeben. Angesichts dieser sehr restriktiven Auffassung versteht man, dass gesetzliche Fälle von Gesamtschuld nicht mittels Analogie ausgeweitet werden dürfen.[836] Eine Analogie zu Art. 680 CC, wonach mehrere Auftraggeber dem Beauftragten als Gesamtschuldner haften, wenn Gegenstand des Auftrags ein gemeinsames Geschäft ist, scheidet daher aus. Die Hauptparteien eines Escrow-Agreements haften also nur dann gesamtschuldnerisch, wenn dies im Escrow-Agreement vereinbart wurde. Andernfalls haften sie als Teilschuldner für die Zahlung der Vergütung des Escrow-Agenten (Art. 257 CC).

II.7.2.3.2.2. Aufrechnung

Der Escrow-Agent kann seine Vergütung mit der Auslieferungsforderung aufrechnen, wenn sie gleicher Art sind. Das ist meistens der Fall, wenn der Escrow-Gegenstand aus Geld besteht. Nach Art. 368 f. CC müssen aufrechenbare Schulden (1) in ihrem Umfang bestimmt (*dívida líquida*); (2) vertretbaren Sachen; (3) fällig (*dívida vencida*); und (4) zwischen gegenseitigen Schuldnern und Gläubigern sein. Angenommen, dass es sich um Geldforderungen zwischen Escrow-Agenten und Hauptparteien handelt, bereiten die Voraussetzungen zu (1) und (2) keine Schwierigkeit.

Bez´glich der Fälligkeit der Forderung (Nr. 3 oben), muss der Gesetzeswortlaut uminterpretiert werden. Der Normzweck liegt nicht in der Einschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit, sondern in der Vereinfachung der Erfüllungsvorgänge.[837] Wäre die Fälligkeit beider

[835] Vgl. *Nitschke,* Lacunas contratuais, S. 533 (verkehrstypische Verträge werden um Gewohnheitsrecht (*direito costumeiro*) ergänzt). Einige Seiten davor sagt der Autor zutreffend, dass die Verkehrsbräuche bei der Auslegung der Parteienvereinbarung eine Rolle spielen, auch wenn sie ins Gewohnheitsrecht heranwachsen (S. 501).
[836] Vgl. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XI, S. 184.
[837] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 478 f.

aufzurechnenden Forderungen erforderlich, käme es zu einer Inkongruenz im System. Der Schuldner darf im Regelfall bereits vor der Fälligkeit erfüllen, da vertragliche Fristen vermutlich zugunsten des Schuldners sind (Art. 133 CC). Nur der Gläubiger darf die Leistung nicht vor Fälligkeit verlangen.[838] Die Fälligkeit der aufzurechnenden Forderung[839] betrifft also nur die Forderung des Aufrechnenden als Gläubiger, nicht aber die von ihm geschuldete Forderung. Für letztere reicht die Erfüllbarkeit.

Der Escrow-Agent muss also die Fälligkeit seines Vergütungsanspruchs (aufzurechnende Forderung) abwarten, um die Aufrechnung ausüben zu können. Was die Auszahlung des Geldbetrags angeht (aufzurechnende Schuld), könnte man einwenden, die Auszahlung stelle keine aufrechenbare Schuld dar, weil sie unter aufschiebender Bedingung stünde und demzufolge nicht erfüllbar wäre.[840] Folgt man dieser Auffassung, würde dieses Hindernis erst bei Auszahlungsreife oder spätestens zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Auszahlung entfallen. Das könnte eine unverhältnismäßige Bürde darstellen, wenn die Vergütung in Zeitabschnitten, also bereits vor Auslieferung, zu zahlen ist. Dem ist nicht zu folgen. Diese Auffassung übersieht, dass die Escrow-Bedingung nur die Ungewissheit über die Person des Berechtigten berührt, nicht aber die Auszahlungspflicht des Escrow-Agenten selbst. Es besteht keine Ungewissheit darüber, ob die Auszahlung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen wird. Die Regelung im Art. 131 i. V. m. Art. 133 CC liefert die Antwort: Die Zeitbestimmung hindert nicht den Erwerb des Rechts, sondern verschiebt nur den Moment seiner Ausübung. Mit *Pontes de Miranda* kann man zutreffend sagen, Art. 131 CC betrifft trotz der unpräzisen gesetzlichen Wortwahl eigentlich nur das Entstehen von Ansprüchen (*pretensões e ações*), das Recht selbst aber besteht schon vor dem Anfangstermin.[841] Mit anderen Worten darf nur der Gläubiger nicht vor Eintritt des Anfangstermins die Leistung verlangen, das aber sagt nichts über die grundsätzliche Möglichkeit des Schuldners, die Leistung vor dem Anfangstermin zu erfüllen. Dies steht auch im Einklang mit der Regelung des Art. 133 CC, wonach die Zeitbestimmung im Zweifel zugunsten des Schuldners wirkt. Beim Escrow-Agreement wirkt die Frist der Auslieferung zwar nicht

[838] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 480.
[839] Richtigerweise sollte man nicht von der Fälligkeit, sondern von der Durchsetzbarkeit der Forderung sprechen. Denn die Fälligkeit ist nichts anderes als ein Hindernis der Durchsetzbarkeit in zeitlicher Hinsicht, aber weitere Hindernisse können der Durchsetzbarkeit entgegenstehen, wie die Verjährung und die Einrede des nichterfüllten Vertrags. Es ergibt wenig Sinn, eine fällige aber aus anderen Gründen nicht durchsetzbare Forderung aufrechnen zu können (vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 646 ff.; Tepedino/*Nevares*, Obrigações, S. 439; *Rodrigues*, Direito civil, Bd. 2, Rn. 125).
[840] Zur Unaufrechenbarkeit aufschiebend bedingter Forderungen vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 648; *Lotufo*, Código civil comentado, Bd. 2, S. 377.
[841] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. V, S. 245 ff.

zugunsten des Escrow-Agenten, aber zugunsten der Hauptparteien, da die Ereignisse, die den Anspruch auf den Escrow-Gegenstand begründen, eine gewisse Zeit benötigen, um einzutreten oder wegzufallen. In einem Escrow-Agreement würde dies jedoch keinen Unterschied machen, da der Berechtigte zum Zeitpunkt der Auszahlung ohnehin nur den Betrag abzüglich des Entgelts erhält. Außerdem erleidet der Berechtigte keinen Nachteil dadurch, da es sich um Geld handelt – er muss keine logistischen Maßnahmen ergreifen, um das Objekt zu empfangen. Im Ergebnis besteht aus zeitlicher Sicht kein Hindernis für die Erfüllbarkeit der Auszahlung. Einzig wegen der vorläufigen Unbestimmtheit des Gläubigers kann der Escrow-Agent nicht sofort auszahlen. Das hindert aber die Aufrechnung nicht, denn sie kann immerhin in dem Umfang stattfinden, in dem die Ungewissheit über die Person des Gläubigers keine Rolle spielt, wie im Folgenden bezüglich der Voraussetzung zu (4) darzulegen ist.

In Bezug auf die Voraussetzung zu (4) oben könnte eine etwaige mangelnde Gegenseitigkeit zwischen den Forderungen einen Einwand gegen die Aufrechenbarkeit darstellen. Ist bspw. ausschließlich der Hinterleger zur Vergütung verpflichtet und tritt die Bedingung ein, sodass der Begünstigte Anspruch auf den vollen Escrow-Betrag hat, kann die Aufrechnung nicht erfolgen.

Haften die Hauptparteien aber gesamtschuldnerisch für die Vergütung des Escrow-Agenten, kann der Escrow-Agent immer aufrechnen, unabhängig davon, welche Hauptpartei zur Auszahlung berechtigt ist. Das Código Civil beinhaltet im Gegensatz zum BGB keine Regel hinsichtlich der Möglichkeit der Aufrechnung durch einen Gesamtschuldner. Die Fassung des Código Civil von 1916 (Art. 1.020) bejahte diese Möglichkeit: Ein Gesamtschuldner durfte gegen eine Schuld des Gläubigers gegenüber einem anderen Gesamtschuldner bis zur Höhe der Forderung des anderen Gesamtschuldners aufrechnen. Dahinter steckt der Gedanke, dass die Aufrechnung einer Schuld eines Gesamtschuldners gegenüber allen Gesamtschuldnern wirkt. Obwohl diese Regelung im derzeit geltenden Código Civil nicht beibehalten wurde, besteht diese Möglichkeit auch unter der Geltung des neuen Código Civil.[842] Der Gläubiger ebenso wie der Schuldner können Gründe für und gegen die Aufrechnung haben; dem Schuldner aber sollte keine Möglichkeit genommen werden, die Schuld zu tilgen. Ferner geht der Gedanke der Vereinfachung der Zahlungsvorgänge vor. Demnach kann der Escrow-Agent bei Gesamtschuldnerschaft stets seine gesamte Vergütung gegen die Auszahlungsschuld aufrechnen.

Bei Teilschuldnerschaft darf die Vergütung aufgerechnet werden, jedoch nur im

[842] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 474; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. II, S. 256.

Umfang der kleineren Teilschuld, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten und vor Auszahlungsreife zu zahlen ist. Sonst liefe die Hauptpartei, die für den kleineren Anteil haftet, Gefahr, dass von seinem etwaigen Auszahlungsbetrag eine höhere Summe abgezogen wird als geschuldet.[843] Wird die Vergütung jedoch erst nach Feststellung des Anspruchs auf den Escrow-Betrag geschuldet, so kann mit dem gesamten Anteil des Berechtigten aufgerechnet werden.

II.7.2.3.2.3. Exkurs: Retentionsrecht des Escrow-Agenten

Der Escrow-Agent darf Erstattung der mit dem Auftrag verbundenen Aufwendungen verlangen. Art. 676 CC kann analog angewendet werden, weil diese Regel nicht die Vertretungsmacht, sondern nur die Interessenwahrnehmung betrifft. Der Aufwendungsersatz stellt nur sicher, dass der Beauftragte wegen des Auftrags nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt wird. Mit Anpassungen können auch Arts. 664 und 681 CC zur analogen Anwendung gelangen.

Art. 664 CC sieht ein allgemeines Recht des Beauftragten vor, von dem Gegenstand des ihm anvertrauten Geschäfts das einzubehalten, was zur Bezahlung dessen, was ihm zusteht, erforderlich ist („Retentionsrecht“ oder *direito de retenção*). Art. 681 CC seinerseits gewährt ein Retentionsrecht nur in Bezug auf die Sache, die sich im Besitz des Beauftragten befindet, und nur für den Ersatz der von ihm gemachten Aufwendungen. Diese Vorschriften sind eine Ausgliederung des Art. 1.315 des Código Civil von 1916. Die Lehre nach Inkrafttreten des aktuellen Código Civil liest Art. 681 CC an einigen Stellen als eine bloße Wiederholung des umfassenderen Art. 664 CC, d. h., das Retentionsrecht über die Sache im Besitz des Beauftragten könnte auch auf Art. 664 CC gestützt werden.[844] Diese Auffassung scheint nicht ganz zutreffend. Das Gesetz enthält keine überflüssigen Bestimmungen. Vielmehr ergibt sich aus der Gesetzessystematik, dass der Anwendungsbereich des Art. 664 CC um die Fälle des Art. 681 CC zu reduzieren ist. Art. 681 CC setzt voraus, dass der Beauftragte nur den Besitz, aber nicht das Eigentum an der Sache hat. Die Beschränkung des Retentionsrechts im Fall des Art. 681 CC auf die zu erstattenden Aufwendungen rechtfertigt sich, weil das Eigentum des Auftraggebers einen höheren Schutz verdient. Für alle andere Fälle, in denen das Eigentum am Gegenstand des Auftrags zunächst dem Beauftragten eingeräumt wird, ist Art. 664 CC anzuwenden. Wird z. B. der Kaufpreis auf das Konto des Beauftragten überwiesen, so kann dieser vom Kaufpreis alle ihm zustehenden Beträge wie Vergütung und Aufwendungsersatz abziehen.

[843] Siehe das Beispiel in Fn. 827 oben.
[844] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Assis*, Contratos nominados, S. 116; Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 93 f., 151.

Umgekehrt in der Konstellation, dass der Auftraggeber z. B. dem Beauftragten Dokumente übergibt, die für die Ausführung des Auftrags nötig sind, ohne das Eigentum zu übertragen; hier kann der Beauftragte die Dokumente nur bis Erstattung der Aufwendungen zurückbehalten, nicht aber bis Zahlung der vereinbarten Vergütung.

In einem Besitz-Escrow darf der Escrow-Agent das Retentionsrecht nach Art. 681 CC nur im Umfang der Aufwendungsersatzpflicht des Berechtigten geltend machen. Andernfalls würde die Zurückbehaltung des Escrow-Gegenstands wegen einer Drittschuld das Recht des Eigentümers auf freie Verfügung über die Sache beeinträchtigen. Das Retentionsrecht ist in brasilianischem Recht eine dilatorische Einwendung, die mit der Androhung des Besitzentzuges den Schuldner zur schnellstmöglichen Tilgung der zugrundeliegenden Schuld zwingt und so eine besondere Art der Forderungssicherheit darstellt.[845] Um diesem Zweck gerecht zu werden, muss die durch Retentionsrecht gesicherte Forderung dem Auslieferungsberechtigten entsprechen. Haftet der Begünstigte z.B. für 20 % aller Aufwendungen und tritt die Bedingung ein, so kann der Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand nur bis zur Erstattung von 20 % der Aufwendungen zurückhalten.

Beim Vollrechts-Escrow steht dem Escrow-Agenten das weitergehende Retentionsrecht des Art. 664 CC zu, allerdings spiegelbildlich nur im Umfang der Haftung des Berechtigten für die vom Retentionsrecht erfassten Forderungen.

II.7.2.3.3. Fazit

Deutschland und Brasilien haben sehr unterschiedliche Regelungen zur Vergütung des Escrow-Agenten. Diese Verschiedenheiten spiegeln sich insbesondere auf die Seite der Rechtsfolgen wider. Die Vergütung wird zwar in beiden Ländern unter Berücksichtigung der Umstände ermittelt, wenn sie nicht ausdrücklich getroffen wird. Dennoch kann in Deutschland von einer gesamtschuldnerischen Haftung ausgegangen werden, während in Brasilien die Gesamtschuld zwingend eindeutig vereinbart werden muss.

In Deutschland kann der Escrow-Agent seine Vergütung nur dann gegen den Auszahlungsanspruch aufrechnen, wenn eine Aufrechnungsvertrag besteht, weil seine Verbindlichkeit vor Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs nicht erfüllbar ist. Ohne einen Aufrechnungsvertrag darf spätestens im Zeitpunkt der Auszahlung aufgerechnet werden. Umgekehrt kann er in Brasilien bereits vor der Auszahlung aufrechnen, weil die Ungewissheit über die Person des

[845] Vgl. *Silveira*, O direito de retenção, S. 195, 200, 207 f.

Berechtigten die Erfüllbarkeit der Forderung nicht beeinträchtigt. Schließlich kann der Escrow-Agent in Brasilien in einem Besitz-Escrow das Retentionsrecht nach Art. 681 CC über die Escrow-Sache für Aufwendungsersatz ausüben, während er beim Vollrecht-Escrow das Retentionsrecht von Art. 664 CC auch in Bezug auf seine Vergütung ausüben kann.

II.7.3. Einlieferungsphase

In der Einlieferungsphase muss der Hinterleger dem Escrow-Agenten in erster Linie den Escrow-Gegenstand übergeben. Gegebenenfalls wird diese Pflicht durch die Rüge des Gegenstands ergänzt.

II.7.3.1. Einlieferungs- und Empfangspflichten

Bei der Einlieferung des Gegenstands geht es hauptsächlich darum, dass der Hinterleger zu einem vereinbarten Zeitpunkt den im Hauptgeschäft geschuldeten Gegenstand dem Escrow-Agenten überlässt. Konkrete Maßnahmen zur Ausführung der Einlieferung und des Empfangs können aus der Natur des Gegenstands abgeleitet werden. Dabei helfen die Maßstäbe für die Konkretisierung der Interessenwahrnehmungspflicht.

Fragen ergeben sich zum einen, wenn der Hinterleger nicht rechtzeitig einliefert. Es wäre nicht sachgerecht, dem Escrow-Agent eine Pflicht aufzuerlegen, den Hinterleger in Anspruch zu nehmen, da er auch die Interessen des Hinterlegers treuhänderisch wahrnimmt. Indessen ist der Escrow-Agent oft in einer besseren Lage, dies zu tun, weil ausschließlich an ihn die Einlieferung verlangt werden darf.

Andererseits könnte der Hinterleger Einreden und Einwendungen gegen den Begünstigten innehaben, wie Zurückbehaltungs- oder Aufrechnungsrechte, welche er bereits bei der Einlieferung geltend machen möchte. Das kann sich problematisch erweisen, wenn diese Einreden bzw. Einwendungen nicht mit in den Escrow-Vertrag aufgenommen werden. Das Einwendungssystem muss also dem Sicherungszweck des Escrow-Agreements angepasst werden. Diese Fragen sind Gegenstand dieses Kapitels.

II.7.3.1.1. Deutschland

II.7.3.1.1.1. Anspruch auf Einlieferung

Hinsichtlich der Einlieferungspflicht ähnelt die Escrow-Klausel der Verwahrungsvereinbarung in der notariellen Verwahrung. Mit dem Abschluss der Escrow-Klausel wird der

Hinterleger von der Pflicht zur Leistung direkt an den Begünstigten als primäre Leistungspflicht befreit und nur zur Einlieferung beim Escrow-Agenten verpflichtet,[846] wobei die Möglichkeit des freiwilligen Leistungsangebots an den Begünstigten nicht ausgeschlossen ist.[847] Der Begünstigte darf die Einlieferung nur an den Escrow-Agenten verlangen und nicht mehr an sich selbst. Fraglich ist, ob auch der Escrow-Agent die Einlieferung verlangen darf.

Einerseits könnte argumentiert werden, dass er als neutraler Dritter nicht die Einleitung des Escrow-Gegenstands veranlassen sollte, wenn dies nicht im Vertrag angeordnet ist. Denn er hat kein Eigeninteresse an der Einlieferung, und das Verlangen durch ihn würde keinen Interessenausgleich bewirken, wenn es der Begünstigte selbst nicht verlangt. Andererseits könnte man entgegenhalten, die Einlieferung sei unverzichtbarer Bestandteil der Interessenwahrnehmung. Richtigerweise sollte der Escrow-Agent nicht berechtigt sein, die Einlieferung zu verlangen, es sei denn, das Escrow-Agreement sieht etwas anderes vor. Die Interessenwahrnehmungspflicht im Escrow-Agreement ist durch den Grundsatz der strikten Weisungsbindung begrenzt. Die Hauptparteien begründen keine konturlose Pflicht zur Interessenwahrnehmung, sondern geben bereits im Escrow-Agreement sehr präzise an, wie der Interessenausgleich durch den Escrow-Agenten herbeizuführen ist. Aus der allgemeinen Interessenwahrnehmung eine solche Befugnis herzuleiten, ginge zu weit. Begünstigter und Escrow-Agent sind insoweit nicht Gesamtgläubiger i. S. d. § 428 BGB, weil nicht beide berechtigt sind, die Leistung zu fordern.[848] Die Abgabe des Gegenstands hat auch unterschiedliche Wirkungen, je nachdem, an wen sie geleistet wird, was bereits die Zuordnung zur Gesamtgläubigerschaft hindert:[849] Empfängt etwa der Escrow-Agent den Gegenstand, erlischt nicht sofort die Hauptforderung; sie erlischt aber, wenn der Begünstigte unmittelbar den Gegenstand entgegennimmt.

II.7.3.1.1.2. Einlieferungszeitpunkt

Der Zeitpunkt der Einlieferung bestimmt sich in erster Linie im Wege der Auslegung des Escrow-Agreements. Aufgrund der strikten Trennung des Escrow-Agreements vom Hauptgeschäft ist bei der Auslegung nicht auf den wirtschaftlichen Sinn des Hauptgeschäfts zurückzugreifen. Im äußersten Fall könnte die Einlieferung gestützt auf § 271 Absatz 1 BGB sofort

[846] In der notariellen Verwahrung vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 32; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 26.
[847] Siehe dazu Kap. II.6.3.1.3.
[848] Vgl. Staudinger/*Looschelders*, § 428 BGB, Rn. 5 (für die Gesamtgläubigerschaft „entscheidend ist, dass *jeder* Gläubiger die ganze Leistung fordern kann“).
[849] Vgl. Staudinger/*Looschelders*, § 428 BGB, Rn. 6 (bei Gesamtgläubigerschaft führt die Leistungserbringung zum Erlöschen aller Forderungen).

verlangt werden, wenn sich im Wege der Vertragsauslegung kein Zeitpunkt ermitteln lässt. Anders aber, wenn der Einlieferungszeitpunkt in der Escrow-Klausel festgesetzt wird, dann ist er anhand der Auslegung des Hauptgeschäfts zu erschließen, und zwar auch weil nur der Begünstigte die Einlieferung verlangen darf.

Wenn die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts bedingt ist, muss die Einlieferung nicht einer gleichen Bedingung unterstellt sein. Hier bietet sich eine Parallele zur notariellen Verwahrung an. Die Einzahlung auf das Notaranderkonto kann erfolgen, obwohl das Hauptgeschäft von bestimmten Wirksamkeitserfordernissen abhängt.[850] Dies liegt daran, dass die Einzahlung beim Notar im Grundsatz erst erfolgen soll, wenn die Sicherungsinteressen der Beteiligten es erfordern.[851] Wenn nötig, muss eine Rückzahlungsregelung für den Fall festgelegt werden, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen bis zu einem bestimmten Termin nicht eintreten.[852] Dieser Ansatz ist auf das Escrow-Verhältnis übertragbar und basiert darauf, dass das Escrow-Agreement unabhängig vom Hauptgeschäft ist. Die Auslegung des Escrow-Agreements gibt Aufschluss darüber, ob die Hauptparteien eine Sicherheit nur für den Fall des Wirksamwerdens des Hauptgeschäfts bestellt oder ob sie die Sicherheit schon vorher für notwendig erachtet haben.

II.7.3.1.1.3. Einreden und Einwendungen des Hinterlegers

Der Hinterleger ist grundsätzlich nicht berechtigt, die Einlieferung des Escrow-Gegenstands durch Einreden oder Einwendungen,[853] wie Zurückbehaltung, Aufrechnung und Minderung hinauszuschieben, zu verweigern oder zu verändern, soweit dadurch die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts nicht berührt wird. Die Rechtfertigung dieses Grundsatzes findet wiederum in der notariellen Verwahrung Anhaltspunkt. Der einseitige Widerruf einer gemeinsamen Verwahrungsanweisung nach § 60 Absatz 3 Satz 1 BeurkG erfolgt nur im Falle der Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des Hauptgeschäfts. Schuldrechtliche Einwendungen oder Einreden sind unbeachtlich, weil sie die Wirksamkeit des Vertrages und der

[850] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 53; *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 212; *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 82 (ein unwirksames Geschäft kann den Parteien manche Wirkungen auferlegen, unter ihnen die Einzahlung auf Notaranderkonto). Einzahlung auf Notaranderkonto wird fällig schon vor Erteilung einer behördlichen Genehmigung, die die Wirksamkeit des Grundstückkaufvertrages aufschiebend bedingt hat: BGH DNotZ 1979, 306; BGH, ZIP 1999, 110.

[851] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 55; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 46.

[852] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 48.

[853] Einreden und Einwendungen sind Verteidigungsmittel gegen die Geltendmachung eines Anspruchs der Gegenpartei. Während Einreden die Existenz des Anspruchs nicht berühren, sondern lediglich seine Durchsetzung hemmen oder beschränken, entfalten die Einwendungen existenzleugnende Wirkung, das ist, sie hindern die Entstehung oder vernichten einen bereits zustande gekommenen Anspruch. Vgl. *Neuner*, BGB Allgemeiner Teil, § 21, Rn. 11, 12, 20.

Verwahrungsanweisung unberührt lassen.[854] Das Erheben solcher Einreden und Einwendungen könnte die ordnungsgemäße Vertragsabwicklung verhindern.[855] Insofern drückt § 60 Abs. 3 Satz 1 BeurkG eigentlich nur den impliziten Ausschluss jeglichen Einflusses solcher Einreden und Einwendungen auf die notarielle Verwahrung aus; oder, genauer gesagt, spiegelt er den Grundsatz wider, dass die notarielle Verwahrung nicht als Absicherung für weitere Ansprüche dient, als diejenigen, die in die Verwahrungsbedingungen eingeflossen sind:

> Der eigentliche Grund für die Unbeachtlichkeit von Einwendungen und Einreden, die die Wirksamkeit des Kaufvertrages unberührt lassen, liegt somit darin, dass die Hinterlegungsbedingungen Ausdruck der zwischen den Vertragspartnern vereinbarten Risikoverteilung sind. Die notarielle Verwahrung soll die Beteiligten nur vor den in die Hinterlegungsbedingungen eingeflossenen Risiken schützen. Diesem Charakter der Hinterlegungsvereinbarung würde es widersprechen, wenn der Hinterleger nachträglich einseitig die notarielle Verwahrung zur Absicherung von Risiken nutzen würde, die in die vereinbarten Hinterlegungsbedingungen nicht einbezogen wurden.[856]

Im Einzelnen: (1) Der Sicherungszweck verbietet die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, weil der Betrag beim Notar eingeliefert werden muss, um die Transaktion zu sichern.[857] (2) Die Aufrechnung einer Forderung des Hinterlegers gegen den zu hinterlegenden Betrag nach § 387 BGB wäre mit dem Sicherungszweck unvereinbar, weil die Parteien mit der notariellen Verwahrung eine bestimmte Art der Forderungserfüllung wählen, was nicht mit Erfüllung durch Erfüllungssurrogate in Einklang gebracht werden kann.[858] *Preuß* ist insoweit Recht zuzugeben, dass bei der Aufrechnung der Gläubiger das Risiko der Nichtexistenz der Gegenforderung trägt; wenn aber die Parteien die notarielle Verwahrung als Sicherung nutzen, gestalten sie diese Risikoverteilung um.[859] (3) Die Einzahlung auf das Notaranderkonto kann auch nicht durch die Geltendmachung eines Leistungsminderungsrechts (gestützt etwa auf § 437 Nr. 2 BGB) beeinträchtigt werden. Man könnte entgegenhalten, die Leistungsminderung reduziere schon die Kaufpreisforderung,[860] aber dieses Argument übersieht, dass die Verwahrung durch den Notar als Sicherheit für den Zeitraum bis zur Entscheidung über die Angemessenheit der Leistungskürzung dient. Wird die notarielle Verwahrung als Mittel zur Forderungssicherung gewählt, so muss es für den Begünstigten gewährleistet werden, dass fernliegende Ansprüche des Hinterlegers den Sicherheitszweck nicht vereiteln.

---

[854] Vgl. *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 33; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 25; Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 29; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 25, 196.
[855] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 34; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 22. Ähnlich: *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 90, 94; *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451 (469 f.).
[856] *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 97.
[857] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 157 f.
[858] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 158.
[859] Vgl. *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 159.
[860] Wie *Preuß*, Die notarielle Hinterlegung, S. 160 f.

Diese Überlegungen beruhen auf dem Sicherungszweck der notariellen Verwahrung – und nicht auf dem hoheitlichen Charakter notarieller Tätigkeit – und können dementsprechend im Escrow-Agreement berücksichtigt werden.

II.7.3.1.1.4. Empfangspflicht

Die Pflicht des Escrow-Agenten, den Gegenstand in Empfang zu nehmen, ist dem Escrow-Agreement inhärent. Dem Begünstigten wird insofern Sicherheit geleistet, als der Gegenstand der Verfügungsmöglichkeit des Hinterlegers entzogen wird. Um diesen Zustand zu erreichen, muss sich der Escrow-Agent mit seiner Fachkunde und technischen Infrastruktur zum Empfang des Gegenstands verpflichten.

Ein Vergleich mit der notariellen Verwahrung vermag Anhaltspunkte für die Empfangspflicht von Geld zu liefern. Im Normalfall wird das Geld direkt auf das Anderkonto eingezahlt (§ 58 Absatz 1 Satz 1 BeurkG). Sollte es jedoch vorkommen, dass der Mandant auf das Geschäftskonto des Notars einzahlt, muss der Notar den Betrag unverzüglich auf das Anderkonto überweisen.[861] Bestimmt die Verwahrungsanweisung nicht, bei welchem Kreditinstitut das Anderkonto zu errichten ist, darf das Konto nur bei Kreditinstituten im Amtsbereich des Notars oder in den unmittelbar angrenzenden Amtsgerichtsbezirken desselben Oberlandesgerichts eingerichtet werden (§ 58 Absatz 2 Satz 1 BeurkG). Dem Notar steht ein gewisser Ermessensspielraum zu, nicht das kostengünstigste, sondern ein Kreditinstitut seines Vertrauens zu wählen.[862] Die Verwahrungsmassen müssen getrennt geführt werden. Der Notar muss ein Anderkonto für jede Masse errichten, Sammelanderkonten sind unzulässig (§ 58 Absatz 2 Satz 2 BeurkG). Die Trennung treuhänderisch verwahrten Geldes von Eigengeldern ist strengstens zu beachten, ansonsten könnte der Treugeber bei Insolvenz des Notars den Insolvenzschutz verlieren.[863_864]

Diese Vorschriften sind stark durch den hoheitlichen Charakter des Notaramtes geprägt und können deshalb nicht auf das Escrow-Agreement übertragen werden. Sie haben aber Modellcharakter für die Konkretisierung der Interessenwahrnehmungspflicht in Escrow-Agreements. In Ermangelung einer Weisung der Hauptparteien muss der Escrow-Agent angesichts des werkvertraglichen Charakters der Treuhand die nötigen Maßnahmen treffen, um das Erreichen des versprochenen Erfolgs – also, der Weitergabe des Gegenstands – sicherzustellen. Daraus können einige Ansätze für den Umgang mit Escrow-Geldern gezogen werden. Das Geld

[861] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 110.
[862] Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 97 ff.
[863] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 58 BeurkG, Rn. 9 f.
[864] Zur Insolvenzfestigkeit von getrennt aufbewahrten, treuhänderisch anvertrauten Geldern siehe Kap. II.8.1.1.3.3.

muss in einem sicheren Konto empfangen und aufbewahrt werden, dafür kann sich der Escrow-Agent ein sicheres Kreditinstitut seines Vertrauens aussuchen. Ist der Escrow-Agent ein Kreditinstitut, so ist in der Regel davon auszugehen, dass die Hauptparteien den Escrow-Account beim Escrow-Agenten eröffnen wollten. Die Trennung der Eigengelder von Fremdgeldern ist auch bei Escrow-Agreements als Ausfluss der Interessenwahrnehmung zu beachten, um u. a. die Insolvenzfestigkeit zu ermöglichen. Wenn der Escrow-Agent nicht über die Möglichkeit eines Anderkontos verfügt, kann ein offenes Treuhandkonto in Betracht gezogen werden.

II.7.3.1.2. Brasilien

II.7.3.1.2.1. Anspruch auf Einlieferung

Auch in Brasilien wird der Hinterleger mit der Einführung des Escrow-Agreements vom direkten Leistungsangebot an den Begünstigten als primäre Leistungspflicht befreit, er muss nur den Gegenstand beim Escrow-Agenten einliefern. Der Begünstigte darf nicht mehr Leistung direkt an sich verlangen, sondern nur die Einlieferung beim Escrow-Agenten. Die freiwillige direkte Leistung an den Begünstigten ist nicht ausgeschlossen, kann aber nicht vom Begünstigten verlangt werden.[865]

Der Escrow-Agent darf nicht Einlieferung an sich verlangen, soweit diese Befugnis nicht in seinen Weisungen enthalten ist. Als unabhängiger und unparteilicher Dritter muss er die Interessen der Hauptparteien in der genauen Weise wahrnehmen, wie sie in den Escrow-Weisungen angegeben sind. Das Einlieferungsverlangen würde keinen Ausgleich der gegenläufigen Interessen der Hauptparteien bewerkstelligen, wenn die Hauptparteien dies nicht anordnen. Nur dem Begünstigten wird im Regelfall dieser Anspruch eingeräumt. Das heißt, der Hinterleger verpflichtet sich zur Einlieferung nur dem Begünstigten gegenüber, nicht aber gegenüber dem Escrow-Agenten.

Das schließt die Gesamtgläubigerschaft zwischen dem Begünstigten und dem Escrow-Agenten in Bezug auf den Einlieferungsanspruch aus, da nicht beide die Einlieferung verlangen dürfen, Art. 267 CC. Ferner hat die direkte Leistung an den Begünstigten Erfüllungswirkung, während der Einlieferung eine solche Wirkung nicht zukommt. Die Leistungen an den Begünstigten und an den Escrow-Agenten befriedigen also nicht das gleiche Interesse, wie in einer

[865] Siehe dazu Kap. II.6.3.2.

Gesamtschuld.[866]

II.7.3.1.2.2. Einlieferungszeitpunkt

Der Zeitpunkt für die Einlieferung ist gelegentlich im Escrow-Agreement selbst vereinbart, oftmals aber in der Escrow-Klausel. Im ersten Fall ist er durch Vertragsauslegung zu ermitteln und, wenn der Vertrag keine Anhaltspunkte im Vertrag enthält, so kann die Einlieferung sofort verlangt werden (Art. 331 CC). Aufgrund der Trennung des Escrow-Agreements vom Hauptgeschäft ist der Zeitpunkt der Einlieferung nicht nach den Regeln oder dem Zweck des Hauptgeschäfts zu bestimmen. Im zweiten Fall schadet die Auslegungsstrenge des Escrow-Agreements nicht der Ermittlung des Einlieferungszeitpunkts mit Rücksicht auf die Vorschriften des Hauptgeschäfts, da der Einlieferungsanspruch ausschließlich im Verhältnis zwischen den Hauptparteien besteht.

Die vorläufige Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts bedeutet nicht, dass die Einlieferungspflicht bis zum Wirksamkeitsbeginn des Hauptgeschäfts verschoben wird. Vielmehr kommt es darauf an, welche Art der Absicherung die Hauptparteien anstreben: Soll sichergestellt werden, dass bei Eintritt der vollen Wirksamkeit des Hauptgeschäfts die Leistung bereits beim Escrow-Agenten sichergestellt ist, so ist der Escrow-Gegenstand trotz vorläufiger Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts zu liefern; wird das Hauptgeschäft endgültig unwirksam, ist die Einlieferung entbehrlich. Dieses Konstrukt ist wegen der Eigenart der Vertragsverbindung des Hauptgeschäfts zum Escrow-Agreement möglich: Die Unwirksamkeit des Hauptgeschäfts wirkt sich nur auf die Einlieferungs- und Weitergabepflicht des Gegenstands aus, die Wirksamkeit des Escrow-Agreements selbst bleibt jedenfalls unberührt.

II.7.3.1.2.3. Einwendungen des Hinterlegers

Dem Hinterleger ist es grundsätzlich verwehrt, durch Einwendungen[867] (wie die *exceptio non adimpleti contractus* und die Aufrechnung) die Einlieferung zu verweigern oder verzögern, sofern solche Einwendungen nicht in die Escrow-Bedingungen mit aufgenommen sind.

---

[866] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXII, S. 417 (den Gesamtschulden ist die Befriedigung desselben Interesses gemein).

[867] Einwendungen (*exceções*) sind in Brasilien Rechte, welche einem Recht (*direito*), einem Anspruch (*pretensão*) oder einem Klagerecht in materiellem Sinne (*ação de direito material*) entgegenstehen. Die Einwendungen können aufschiebenden Charakter (manchmal auch dilatorischen genannt) vernichtenden Charakter haben. Die ersteren lassen das Recht der Gegenpartei bestehen, nur seine Durchsetzbarkeit wird bis auf weiteres berührt. Vernichtende Einwendungen hingegen bringen das Recht der Gegenpartei zum Erlöschen. Vgl. *Mello*, Teoria do fato jurídico – plano da eficácia, 1ª parte, S. 186.

Einwendungen beeinträchtigen die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts nicht; eigentlich setzen sie dessen Wirksamkeit voraus.[868] Folglich haben die Einwendungen aus dem Hauptgeschäft keine Auswirkung über die Vertragsverbindung auf das Escrow-Agreement.[869]

Die Nichtaufnahme solcher Einwendungen in den Escrow-Bedingungen bedeutet, dass sich die Hauptparteien für eine besondere Art der Vertragsabwicklung entschlossen haben, in der der Escrow-Gegenstand außerhalb der Reichweite solcher Einwendungen steht. Könnte der Hinterleger Einwendungen erheben, um seine Einlieferungspflicht zu verzögern, vernichten oder mindern, würde der Sicherungszweck des Escrow-Agreements unterlaufen. Im Normalfall entstammt also dem Sicherungs- und Erfüllungszweck des Escrow-Agreements der Verzicht auf Einwendungen, die die Einlieferung negativ beeinträchtigen könnten. Solche Einwendungen können weiterhin in anderen, mit dem Escrow-Agreement nicht verwandten Verhältnissen erhoben werden. Es ist jedoch möglich, solche Einwendungen in die Escrow-Bedingungen aufzunehmen. In diesem Fall fungiert das Escrow-Agreement als Mittel ihrer Abwicklung.

Das oben Gesagte lässt sich am Beispiel der *exceptio non adimpleti contractus* veranschaulichen. Das Escrow-Agreement kann sich im Erfüllungsvorgang als taugliches Sicherungs- und Erfüllungsmittel nur einfügen, wenn die *exceptio* ausgeschlossen[870] oder zumindest über den Escrow-Agenten abzuwickeln ist. Könnte der Hinterleger mit der *exceptio* die Einlieferung verweigern, würde die Sicherheit erst bestellt werden, wenn die Gegenleistung bereits erbracht wäre. Das Vorleistungsrisiko besteht dann allerdings nicht mehr, so dass das Escrow-Agreement wahrscheinlich ins Leere laufen würde. Nichtsdestoweniger können die Parteien vereinbaren, dass der Escrow-Agent die Weitergabe des Gegenstands vorzuenthalten hat, bis die Gegenleistung bewirkt wird. So erreichen die Hauptparteien über den Escrow-Agenten die praktischen Ergebnisse der *exceptio*.

Ein weiteres Beispiel bietet die Aufrechnung. Viele multidirektionalen Escrow-Agreements von Geld sind dafür gedacht, dass der Escrow-Agent die Beträge an die Hauptparteien je nach der Entstehung von Ansprüchen der einen gegen die andere im Hauptgeschäft verteilt. Der Hinterleger zahlt ein und erhält sein Geld anteilig zurück, was praktisch zu dem gleichen Ergebnis führt, wie wenn die gegenseitigen Forderungen aus dem Hauptgeschäft gegeneinander aufgerechnet würden. Könnte der Hinterleger vor der Einlieferung aufrechnen, würde sich die

[868] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. VI, S. 62, 66 (Einwendungen verneinen nicht, sondern nur verdecken die Wirksamkeit des Geschäfts).
[869] Zu den Wechselwirkungen der Vertragsverbindung siehe oben Kap. II.6.1.2.
[870] Zum Verzicht auf die *exceptio*, siehe Teixeira/*Aguiar Jr.*, Comentários ao novo código civil, Bd. VI, t. II, S. 821 ff.

Risikoverteilung zwischen den Hauptparteien umkehren. Wie *Preuß*[871] zur deutschen notariellen Verwahrung zutreffend anführt, trägt der Gläubiger bei der Aufrechnung die Gefahr der Nichtexistenz der Gegenforderung, in der geschilderten Konstellation aber wird die Risikoverteilung verändert. Die Aufrechnung vor Einlieferung würde die enge Kopplung der Sicherheit mit der gesicherten Forderung durchbrechen. Ist die Aufrechnung in den Bedingungen nicht vorgesehen, ist der Escrow-Vertrag so auszulegen, als enthalte er gemäß Art. 375 CC einen vertraglichen Ausschluss der Aufrechnung der durch das Escrow-Agreement gesicherten Forderung gegen andere Forderungen der Hauptparteien.

Ähnlich wie die Aufrechnung sind Preisminderungsansprüche, etwa aus Art. 442 CC, zu behandeln.[872] Die Abwicklung des Kaufpreises über den Escrow-Agenten bedeutet für sich genommen keinen Ausschluss solcher Ansprüche. Das Hauptgeschäft kann so ausgelegt werden, dass der Preisminderungsanspruch (als dispositives Recht)[873] bloß außerhalb des Escrow-Verhältnisses erfüllt werden muss. Dann muss der Kaufpreis eingeliefert werden und später, nach Auslieferung an den Begünstigten, dem Hinterleger rückerstattet.

Ein wesentlich anderer Fall ist die rechtskräftige Feststellung der Unwirksamkeit (einschließlich wegen Nichtbestehen, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit) oder des Erlöschens des Hauptgeschäfts vor der Einlieferung. Dann besteht kein Grund, den Gegenstand beim Escrow-Agenten einzuliefern. Ist aber die Lage zum Einlieferungszeitpunkt nicht endgültig geklärt, muss der Escrow-Gegenstand eingeliefert werden und während der Rechtshängigkeit beim Escrow-Agenten verbleiben, um den Zweck des Escrow-Agreements zu gewährleisten.

II.7.3.1.2.4. Empfangspflicht

Der Escrow-Agent verpflichtet sich auch zum Empfang des Gegenstands. Das Escrow-Agreement wäre als Mittel zum Entzug der Verfügungsmöglichkeit des Hinterlegers nutzlos, wenn der Escrow-Agent die Entgegennahme verweigern könnte. Die Empfangspflicht umfasst die Zurverfügungstellung der benötigten Fachkunde und der technischen Infrastruktur.

Nicht immer sind die Details der Entgegennahme des Gegenstands in den Weisungen

[871] Dazu oben Kap. II.7.3.1.1.3.
[872] Ob die Preisminderung nach art. 442 CC als Einwendung erhoben werden kann, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Der Übersichtlichkeitshalber wurde diese Möglichkeit ins vorliegende Kapitel eingefügt. Dass die Preisminderung vor der Zahlung geltend gemacht werden kann, versteht sich von selbst. Siehe *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXXVIII, S. 421 (der Veräußerer kann außergerichtlich anerkennen, dass er nicht den vollen Preis verlangen darf).
[873] Vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 4, S. 468.

festgelegt. Häufigster Fall ist der Escrow von Geld. In diesem Fall müssen die Details durch den Escrow-Agenten selbst anhand der Interessenwahrnehmungspflicht ermittelt werden – wobei die Einholung konkreter Weisungen vorrangig ist.[874] Vor allem muss sichergestellt werden, dass das Geld in ein sicheres Konto bei einer vertrauenswürdigen Bank eingezahlt wird. Wenn der Escrow-Agent eine Bank ist, kann man davon ausgehen, dass der Escrow-Account bei der Bank selbst errichtet werden darf. Die Eigengelder des Escrow-Agenten müssen sorgfältig von Fremdgeldern der Hauptparteien und anderen Kunden getrennt werden, was aber nicht bedeutet, dass für jeden Kunden ein separates Konto eröffnet werden muss. Soweit die Einlagen der Kunden in einem Sammelkonto bei der Bankabstimmung richtig zugeordnet werden können, verletzt der Escrow-Agent seine Pflichten nicht. Diese strenge Trennung der Eigen- von Fremdgeldern hat vor allem in Deutschland Bedeutung, weil die Insolvenzfestigkeit von anvertrauten Gütern in fiduziarischen Treuhänden damit verbunden ist; einen solchen Grundsatz gibt es in Brasilien nicht.

II.7.3.1.3. Fazit

Was die Einlieferung des Escrow-Gegenstands beim Escrow-Agenten betrifft, sind wenige Unterschiede zwischen Deutschland und Brasilien zu finden. Dies liegt vorwiegend daran, dass beide Rechtsordnungen keine explizite Norm für die Einlieferungs- und Empfangspflichten vorsehen und die Vorschriften der deutschen notariellen Verwahrung für die Aufbewahrung von Geld nicht analog angewendet werden können. Der Sachverhalt richtet sich daher weitestgehend nach der Parteienvereinbarung und dem allgemeinen Schuldrecht.

Der Escrow-Agent darf die Einlieferung des Gegenstands nicht verlangen, was eine Gesamtgläubigerschaft zwischen dem Escrow-Agenten und dem Begünstigten bereits ausschließt. Die Fälligkeit der Einlieferung richtet sich nach der allgemeinen Regel, dass die Leistung sofort verlangt werden darf, wenn diesbezüglich nichts vereinbart ist. Die Einlieferung erfordert nicht die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts, soweit dieses nicht endgültig unwirksam wird. Schwierigkeiten bereitet die Erhebung von Einreden und Einwendungen (Deutschland) oder Einwendungen (Brasilien) durch den Hinterleger vor der Einlieferung. Die Antwort auf diese Frage ist vor dem Hintergrund des Sicherungs- und Erfüllungszweck zu beantworten: Um die Sicherheit für den Abwicklungsvorgang richtig zu bestellen, muss die Parteienvereinbarung dahingehend ausgelegt werden, dass die Erhebung von Einreden und Einwendungen ausgeschlossen ist. Beim Empfang des Escrow-Gegenstands muss der Escrow-Agent im Rahmen seiner

[874] Siehe oben Kap. II.7.2.1.2.

Interessenwahrnehmungspflicht die nötigen Vorkehrungen ermitteln, sofern diese nicht in den Weisungen enthalten sind.

II.7.3.2. Rügepflicht

Die Übereinstimmung der Beschaffenheit des eingelieferten Gegenstands mit den Vorgaben aus dem Hauptgeschäft ist ein viel diskutierter Streitpunkt, wenn der Escrow-Gegenstand hochtechnischen Anforderungen erfüllen muss. In der Praxis wird regelmäßig ein ausführliches Prüfungsverfahren im Escrow-Agreement vorgesehen, sogar mit Einbezug eines externen Sachkundigen für die Durchführung der Prüfung und Erstellung eines Berichts, wenn dem Escrow-Agenten selbst die nötigen Fachkenntnisse fehlen. Die Rügepflicht ist beim Software-Escrow besonders wichtig.[875]

Die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Beschaffenheit der Sache bereits ab Einlieferung wäre für den Hinterleger äußerst vorteilhaft, denn er würde sich schnellstmöglich von einer Haftung befreien. Der Escrow-Agent ist aber ein unabhängiger und unparteilicher Dritter, welcher die Interessen von beiden Hauptparteien wahrnimmt und sich wohl nicht verpflichtet sieht, die Sache im Interesse des Begünstigten zu rügen. Eine vollumfängliche Untersuchung erfolgt erst nach Weitergabe an den Begünstigten und von diesem Zeitpunkt an sollten etwaige Fristen für die Geltendmachung von Rechten aus der Beschaffenheit der Sache zu berechnen sein.

Zweifelsfrei darf die Untersuchung in einer mehrseitigen Weisung angeordnet werden. Ob eine solche Verpflichtung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung besteht und wie sie rechtlich einzuordnen ist, soll im Folgenden untersucht werden.

II.7.3.2.1. Deutschland

Etwaige Rügepflichten müssen sich aus dem Escrow-Agreement selbst ergeben. Insoweit kann nicht auf § 377 HGB für eine Rügepflicht des Escrow-Agenten zurückgegriffen werden (auch nicht analog), da es handelt sich hier weder um einen Handelskauf noch um einen kaufähnlichen Vertrag.[876] Außerdem ist die Rüge der abgelieferten Ware nach § 377 HGB bloße Obliegenheit und nicht echte Rechtspflicht des Handelskäufers. Er rügt die Ware vielmehr im eigenen Interesse und nimmt den Rechtsverlust in Kauf, falls er nicht unverzüglich einen

[875] Vgl. *Hoeren*, CR 2004, 721; von Westphalen/*Schneider*, Software-Erstellungsverträge, Kap. 5L, Rn. 80.
[876] Zum Anwendungsbereich des § 377 HGB, siehe Hopt/*Leyens*, § 377 HGB, Rn. 2.

Mangel anzeigt.[877] Beim Escrow-Agreement hingegen müsste eine etwaige Rügepflicht des Escrow-Agenten im Interesse der Hauptparteien erfolgen, und zwar als Ausprägung der Interessenwahrnehmungspflicht.

Grundsätzlich sollte der Escrow-Agent nur dann verpflichtet sein, den Gegenstand zu untersuchen, wenn dies im Escrow-Agreement vereinbart ist – strikte Weisungsbindung. Würde er das Objekt freiwillig auf Mängel untersuchen, bestünde die Gefahr der Befangenheit. Ausnahmsweise kann aus der Interessenwahrnehmungspflicht eine Untersuchungspflicht geboten sein, insoweit als der Escrow-Agent für die ordnungsgemäße Bestellung der Sicherheit zu sorgen hat. Ein Indiz für diese Untersuchungspflicht zeigt die Sachkunde des Escrow-Agenten: Von einer Bank kann die Prüfung eines Quellcodes nicht erwartet werden, diese Erwartung aber kann in Bezug auf ein spezialisiertes Softwareunternehmen u. U. bejaht werden, jedenfalls für eine standardisierte einfache Untersuchung.

Bei der aus der Interessenwahrnehmung abgeleiteten Prüfungspflicht des Escrow-Agenten handelt es sich nicht um eine umfassende, sondern um eine einfache Prüfung des Escrow-Gegenstands. Die Grundsätze der notariellen Verwahrung von Wertpapieren und Kostbarkeiten bieten eine geeignete Grundlage für die Bestimmung des Umfangs der Untersuchungspflicht des Escrow-Agenten: Sein Prüfungsumfang beschränkt sich auf eine bloß tatsächliche Beschreibung der eingelieferten Sache.[878] Dies wird oft dadurch begründet, der Notar sollte den Anschein vermeiden, er habe die Echtheit der Gegenstände geprüft.[879] Wenngleich diese Aussage auf die Amtstätigkeit des Notars zurückzuführen ist (er sollte nicht den Anschein einer Sachkunde erwecken, die nicht mit dem Amt eines Notars verbunden ist), kann sie auch aus dem relativ geringen Prüfungsumfang abgeleitet werden. In diesem Sinne sollte auch der Escrow-Agent bei einer einfachen Untersuchung nicht über eine objektiv-deskriptive Beschreibung des Escrow-Gegenstands hinaus gehen.

Eine weitergehende Untersuchung scheint die Grenzen der Interessenwahrnehmung zu überschreiten und ist nur bei eindeutiger Vereinbarung anzunehmen. Denn jeder hat im Grundsatz für seine eigenen Interessen Sorge zu tragen; eine gründliche Prüfung des Escrow-Gegenstands dient nicht mehr schlicht der Bestellung der Sicherheit, sondern den einseitigen Interessen des Begünstigten. Eine Pflicht des Escrow-Agenten, eine detaillierte Prüfung durch den

[877] Vgl. Hopt/*Leyens*, § 377 HGB, Rn. 21.
[878] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 62 BeurkG, Rn. 7.
[879] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 62 BeurkG, Rn. 7; *Winkler*, § 62 BeurkG, Rn. 9; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 241; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 62 BeurkG, Rn. 9; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 46.

Begünstigten zu erlauben, ist denkbar.

Die einfache Prüfung umfasst nur die Vollständigkeit (Quantitätsprüfung) und die formale Entsprechung (beschränkte Qualitätsprüfung) des eingelieferten Gegenstands zu dem versprochenen Gegenstand. Sie beinhaltet nicht die Prüfung der materiellen Ist-Beschaffenheiten. Solche umfassenden Qualitätsprüfungen bilden den Gegenstand einer tiefen Untersuchung. Beispiel: Wird eine Gemäldesammlung beim Escrow-Agenten hinterlegt, so muss er prüfen, ob alle aufgelisteten Werke unbeschädigt hinterlegt wurden (einfache Prüfung); aber in Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung muss er nicht die Authentizität der Werke untersuchen (tiefe Prüfung). Beim Software-Escrow umfasst die einfache Untersuchung (Standardverifikation) u. a. die Identifizierung des Materials mit Vergleich zum Leistungsgegenstand und dessen Kompilationsfähigkeit,[880] während die Tiefe (Voll-Verifikation) überdies eine Prüfung darüber beinhaltet, ob sich der identische Objektcode generieren lässt.[881]

Nach Abschluss der Prüfung muss der Escrow-Agent den Hauptparteien das Ergebnis berichten. Er sollte vermeiden, sich in die Rolle eines Schiedsrichters zu stellen und die Vertragsmäßigkeit des Gegenstands zu beurteilen. Der Bericht soll eher objektiv-deskriptiv sein, damit die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit des Escrow-Agenten erhalten bleiben. Wenn der Escrow-Agent wegen seiner Fachkenntnisse für eine tiefe Untersuchung eingestellt wird, kann es vorkommen, dass sich die Hauptparteien auf seine Einschätzung verlassen.

II.7.3.2.2. Brasilien

Auch in Brasilien kann eine Rügepflicht des Escrow-Agenten nicht aus dem Hauptgeschäft hergeleitet werden. Das brasilianische Gesetz sieht eine solche Pflicht des Erwerbers nicht vor. Etwaige Rügeobliegenheiten könnten sich vielleicht aus der Regelung bezüglich Sach- und Rechtsmängel nach Art. 441 ff. CC ergeben, aber eine Ausdehnung von solcher Obliegenheit auf den Escrow-Agenten wäre nicht angemessen, weil er nicht die einseitigen Interessen des Begünstigten berücksichtigt. Um seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

[880] Vgl. von Westphalen/*Schneider*, Software-Erstellungsverträge, Kap. 5L, Rn. 93 (weiter sollte die Standardverifikation die Virenfreiheit, die Lesbarkeit, die Freiheit von Sperren, Schlüssel-Erfordernissen und Verfallsdaten, die Vollständigkeit der Daten im Vergleich mit dem Inhaltsverzeichnis, die Entkomprimierbarkeit komprimierter Dateien und Stichproben zur Dokumentation und deren Eignung einschließen).

[881] Vgl. von Westphalen/*Schneider*, Software-Erstellungsverträge, Kap. 5L, Rn. 94 (folgende Schritte gehören zur Voll-Verifikation: Identifizierung des Materials; Prüfung der formalen Übereinstimmung mit dem Leistungsgegenstand, bezogen auf Software und Dokumentation einschließlich der für die Kompilierung und deren Tests erforderlichen Erläuterungen; Kompilierung, evtl. mit Beteiligung der beiden Vertragspartner, Dokumentation der Ergebnisse und deren Prüfung, Mitteilung an die Vertragspartner und bei Erfolg, die Verifizierung der Software und deren Ablauffähigkeit; und Funktionsfähigkeit mit Berichten hierzu).

aufrechtzuerhalten, muss eine solche Pflicht in den Weisungen enthalten sein.

Eine einfache Untersuchung des Escrow-Gegenstands bei Einlieferung ist in der Interessenwahrnehmungspflicht miterfasst, da der Escrow-Agent für die richtige Bestellung der Sicherheit zu sorgen muss. Das schließt nur eine quantitative Prüfung des Escrow-Gegenstands (bspw. Zuweniglieferung) und eine Untersuchung der formalen Entsprechung des Ist-Gegenstands zum Soll-Gegenstand (bspw. *aliud pro alio*) ein. Ergibt sich aus dieser einfachen Untersuchung eine Abweichung, muss der Escrow-Agent die Hauptparteien benachrichtigen bzw. berichten. Eine tiefgreifende Untersuchung des Escrow-Gegenstands, welche die Prüfung der materiellen Beschaffenheit der Sache einschließlich ihres Werts oder ihrer Tauglichkeit für die beabsichtigten Nutzung (Art. 441 CC analog) umfasst (qualitative Prüfung), ist i. d. R. nicht vom Escrow-Agenten erwartet. Diese würde nicht im Interesse der Bestellung der Sicherheit, sondern im einseitigen Interesse des Begünstigten erfolgen und kann daher nicht aus der allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht hergeleitet werden. Eine solche sorgfältige Untersuchung ist nur bei eindeutiger Weisung zu bejahen.

Die Benachrichtigung bzw. der Bericht des Escrow-Agenten muss in objektiv-deskriptiver Weise erfolgen, um den gleichmäßigen Abstand zu den einseitigen Interessen der Hauptparteien zu gewährleisten, es sei denn, dass gemäß der Weisung eine Einschätzung des Escrow-Agenten durchzuführen ist.

II.7.3.2.3. Fazit

In Deutschland und in Brasilien ist eine allgemeine Pflicht zu einer umfassenden Untersuchung des Escrow-Gegenstands durch den Escrow-Agenten zu verneinen. Dies resultiert aus der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, sowie aus der strikten Weisungsbefolgung, die das Escrow-Agreement prägen. Eine Pflicht zur oberflächlichen, einfachen Untersuchung des Gegenstands in Bezug auf die quantitative Vertragsmäßigkeit und formale Entsprechung zum Soll-Gegenstand kann aber aus der Interessenwahrnehmung abgeleitet werden, um die richtige Bestellung der Sicherheit zu gewährleisten.

II.7.4. Schwebephase

In der Schwebephase geht es um die Aufbewahrung von Gegenständen bis zu ihrer Weiter- oder Rückgabe. Die Schwebephase ist ein notwendiges Zwischenstadium jedes Escrow-Agreements, weil eine gewisse Wartezeit von der Einlieferung bis dem Bedingungseintritt bzw. -ausfall liegen muss. Von besonderer Bedeutung in dieser Phase sind die

Aufbewahrungspflicht, das Verbot der Rückgabe des Gegenstands und die Verteilung der im Schwebezustand erzeugten Früchte.

II.7.4.1. Aufbewahrungspflicht

Die Spezifika der Aufbewahrungspflicht werden im Escrow-Agreement meist sehr detailliert beschrieben. Der Umgang des Escrow-Agenten mit dem Gegenstand bestimmt sich selbstverständlich nach den Weisungen und, falls solche fehlen, muss der Escrow-Agent in erster Linie konkrete Weisungen abfragen. Die Aufbewahrungspflicht kann aber unter Umständen um gesetzliche Vorschriften ergänzt werden. Wie gesetzliche Vorschriften diesbezüglich in die Vertragsregelung integriert werden können, ist in Deutschland und in Brasilien unterschiedlich.

II.7.4.1.1. Deutschland

Aufgrund der werkvertraglichen Natur der Geschäftsbesorgung richtet sich die Aufbewahrungspflicht im Escrow-Agreement nach §§ 675, 662, 631 BGB. Konsequent mit der oben geschilderten Absorptionstheorie ist in Deutschland kein Rückgriff auf Verwahrungsrecht geboten. In der Bestimmung der Aufbewahrungsmaßnahmen hat der Escrow-Agent i. d. R. wegen strikter Weisungsbindung keinen Ermessensspielraum.[882] Enthält die Weisung die Spezifika der Aufbewahrung nicht, können konkrete Aufbewahrungsmaßnahmen von der rahmenmäßigen Interessenwahrnehmung bzw. vom werkvertraglichen Charakter des Escrow-Agreements abgeleitet werden.[883] Bei der Aufbewahrung eines Kunstwerks z. B. ergibt sich ein Mindestmaß an Sicherheitsmaßnahmen bereits vom Aufbewahrungsziel, weitergehende Maßnahmen müssen aber in den Weisungen enthalten sein.

Der Escrow-Gegenstand wird zwar nur vom Hinterleger eingeliefert, beide Hauptparteien sind aber Mitgläubiger der Aufbewahrungspflicht gemäß § 432 Absatz 1 BGB. Im Wege des Interessenausgleichs bewahrt der Escrow-Agent für beide Hauptparteien auf, weil der Gegenstand je nach Bedingungseintritt oder -ausfall an eine der Hauptparteien ausgeliefert werden kann. Die Aufbewahrungsleistung ist unteilbar und wirkt seiner Natur nach zugunsten beider Hauptparteien, d. h. dieselbe Tätigkeit erfüllt die Pflicht gegenüber beiden Hauptparteien.[884]

---

[882] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 662 BGB, Rn. 61 (kein Ermessensspielraum bei unselbständigen, einfachen Tätigkeiten des Beauftragten; bei Selbständigen und Komplexeren steht ihm eine größere Freiheit zu).

[883] Im Werkvertrag umfasst der vereinbarte Leistungserfolg alle erforderlichen Leistungen zur Erreichung des geschuldeten Erfolges, vgl. Beck-OGK/*Merkle*, § 631 BGB, Rn. 436.

[884] Vgl. MünchKomm/*F. Schäfer*, § 662 BGB, Rn. 45 (wenn die Geschäftsbesorgung nicht durch dieselbe Tätigkeit erzielt werden kann, liegen Einzelaufträge vor und nicht ein einziger Auftrag mit Mitauftraggebern).

II.7.4.1.2. Brasilien

Decken die Escrow-Weisungen ein bestimmtes Feld der Aufbewahrungstätigkeit nicht, so müssen konkrete Maßnahmen aus der allgemeinen Interessenwahrnehmungspflicht abgeleitet werden, ggf. mit Rückgriff auf die Verkehrssitten und Treu und Glauben. Bei Besitz-Escrows kommt das dispositive Verwahrungsrecht als Mittel zur Lückenfüllung infrage. Das Verwahrungsrecht kommt nur zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen der Analogie vorliegen. Diese sind eine vergleichbare Sachlage bei planwidriger Regelungslücke.

Aus Arts. 628, 629, 633 (bis Retentionsrecht), 635,[885] 638, 640, 641, 643 und 644[886] CC sollte keine Analogie gebildet werden, denn diese Artikel regeln Themen, für welche die Interessenwahrnehmung bereits eine Lösung anbietet. Die Lücke ist also nicht mit Verwahrungsrecht, sondern mit dem Zweck des Escrow-Agreements oder mit Geschäftsbesorgungsrecht zu schließen. Bemerkenswert ist die Unvereinbarkeit der Sorgfaltsmaßstäbe in Arts. 629 und 667 CC. Der Unterschied ergibt sich bereits aus dem Standard, den der Verwahrer bzw. Auftragnehmer umzusetzen hat:[887] Der Sorgfaltsmaßstab umfasst im Verwahrungsrecht den Umgang mit eigenen Sachen, während er im Geschäftsbesorgungsrecht die übliche Sorgfalt des Auftragnehmers ist. Der Sorgfaltsmaßstab, den die Hauptparteien vom Escrow-Agenten erwarten, ergibt sich weitgehend aus dem Inhalt der Weisungen und den Verkehrsbräuchen; nur wenn diese Normen keinen konkreten Anhaltspunkt bieten, kann ausnahmsweise die Norm des Art. 667, *caput*, CC angewandt werden. Der Sorgfaltsmaßstab des Art. 629 CC kommt nicht einmal beim Besitz-Escrow zur Anwendung, da die bei der Verwahrung der Sache erforderliche Sorgfalt in dem auf die Interessenwahrnehmung anwendbaren Maßstab absorbiert wird.

---

[885] Für die Sachfrage der Arts. 635 und 641 CC, nämlich der vorzeitigen Rückgabe des Escrow-Gegenstands, siehe unten Kap. II.7.4.2.2.

[886] Zum Retentionsrecht im Escrow-Agreement siehe oben Kap. II.7.2.3.2.3.

[887] Diese Scheinähnlichkeit ergibt sich aus dem Wortlaut im Art. 629 CC, wonach der Verwahrer nur die Sorgfalt umzusetzen hat, die er beim Umgang mit seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt („*cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence*"), und im Art. 667, *caput*, CC, welcher die eigene übliche Sorgfalt („*sua diligência habitual*") erwähnt. Dieser erleichterte Maßstab scheint, auf der natürlichen, aber nicht wesentlichen Unentgeltlichkeit solcher Vertragsarten zu beruhen (Consideration-Gedanke). In der Geschäftsbesorgung sollte richtigerweise dieser Maßstab nicht zur Anwendung gelangen, wenn der Auftragnehmer gewerblich oder beruflich die Geschäftsbesorgung betreibt (vgl. Teixeira/*Tepedino*, Comentários ao novo código civil, Bd. X, S. 102 f.; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. III, S. 288. Der STJ bejaht bei Verträgen mit Rechtsanwälten eine Sorgfaltspflicht, die über die eigene übliche Sorgfalt hinaus geht, wie in REsp 1.079.185/MG, Tenor Min. Nancy Andrighi, 11.11.2008). Nicht zu folgen sind die Meinungen, die einen bloß abstrakten Sorgfaltsmaßstab in Art. 667, *caput*, CC ansehen (bspw. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 228; *Marmitt*, Mandato, S. 195), weil der Gesetzeswortlaut ausdrücklich auf die konkrete Sorgfalt mit seinen eigenen Geschäften hinweist – „*sua diligência habitual*" (Hervorhebung hinzugefügt). Die Lehre hat unzureichend diese Frage bei der Verwahrung angesprochen, es ist aber keinen Grund ersichtlich, warum die gleichen Überlegungen nicht auf die entgeltliche Verwahrung übertragbar wären.

Auch Arts. 639 und 647 ff. CC sind auf das Besitz-Escrow nicht anwendbar, und zwar aufgrund der ungleichen Sachlage. Insbesondere hinsichtlich Art. 639 CC darf der Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand nicht anteilsmäßig zurückgeben, nur weil die Sache trennbar ist. Es kann ja passieren, dass jede Hauptpartei zu einem Anteil des Escrow-Gegenstands berechtigt ist – meistens, wenn er aus Geld besteht. Der Anteil jeder Hauptpartei ist aber nicht von Anfang an bestimmt und hängt vom Eintritt der Bedingung ab. Art. 639 CC schließt im Verwahrungsvertrag nur eine „natürliche" Gesamtgläubigerschaft bei trennbaren Sachen aus.[888] Die Vorschrift setzt ein zumindest teilweise, wenn nicht sogar vollumfängliches Recht beider Hinterleger an der Sache voraus. Für solche Vermutung ist im Escrow-Agreement kein Raum.

Auf den Besitz-Escrow analog anwendbar sind Arts. 630, 631, 633 (ab gerichtliche Beschlagnahme), 634, 636, 637 und 642 CC. Diese Vorschriften betreffen ausschließlich den Umgang mit der Sache, sodass ihre Anwendung keine Ausuferung des Verwahrungsrechts auf die Interessenwahrnehmung bedeutet. Zu beachten ist, dass der letzte Teil von Art. 633 CC (der Verwahrer darf bei gerichtlicher Beschlagnahme, bei Vollstreckung in die Verwahrsache und bei fundiertem Verdacht von Erlangung der Sache durch Arglist, Rückgabe der Sache zu verweigern) und Art. 634 CC eigentlich Themen der öffentlichen Ordnung (*ordem pública*) betreffen, welche nicht zur freien Disposition privater stehen.

Die Anwendbarkeit von Arts. 632, 645 und 646 CC wurde bereits in Kap. II.4.2.1.1, II.3.1 und II.7.1.2.2 angesprochen.

Zu guter Letzt muss anerkannt werden, dass die Hauptparteien gesamthänderisch Gläubiger der Aufbewahrungspflicht sind – nicht aber der Rückgabe des Gegenstands (!). Forderungen in Gesamthand sind solche, die der Schuldner nur allen Gläubigern gemeinschaftlich leisten, jeder Gläubiger nur an alle die Leistung verlangen kann.[889] Die Aufbewahrung eines Escrow-Agreements wirkt unmittelbar im Interesse beider Hauptparteien. Indem die Aufbewahrung geleistet wird, leistet der Escrow-Agent an beide Hauptparteien.

II.7.4.1.3. Fazit

Die Schließung von Vertragslücken im Escrow-Agreement ist hinsichtlich der Aufbewahrungspflicht in Deutschland und Brasilien unterschiedlich geregelt. Im deutschen Recht können durch die Zuordnung des Escrow-Agreements zur Geschäftsbesorgung mit

[888] Vgl. *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XVIII, S. 39.
[889] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXII, S. 473.

werkvertraglichen Zügen etwaige Aufbewahrungsmaßnahmen dem Geschäftsbesorgungs- bzw. Werkvertragsrecht entnommen werden. In Ermangelung eines gesetzlichen Typus der Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichem Charakter muss im brasilianischen Recht mit Rückgriff auf die analoge Anwendung verwahrungsrechtlicher Vorschriften entschieden werden. Die meisten dieser Vorschriften des Código Civil sind jedoch nicht anwendbar, weil die Sachfrage bereits in anderen Vorschriften über die Interessenwahrnehmung oder im Zweck des Escrow-Agreements geregelt ist oder weil das Verwahrungsrecht keinen vergleichbaren Sachverhalt für eine Analogie bietet. Analog anwendbar sind nur Arts. 630, 631, 633 (ab gerichtlicher Beschlagnahme), 634, 636, 637 und 642 CC. Beiden Rechtsordnungen ist die Stellung der Hauptparteien als Mitgläubiger der Aufbewahrung gemein.

II.7.4.2. Rückgabeverbot

Der Escrow-Agent darf dem Hinterleger bzw. dem Begünstigten den Escrow-Gegenstand nur in den vertraglich vorgesehenen Fällen zurückgeben. Das ist ein zwingendes Merkmal des Escrow-Agreements. Der gesamte Sicherungszweck würde ausgehebelt, wenn der Gegenstand jederzeit einseitig zurückverlangt oder zurückgegeben werden könnte. Allein der Bedingungseintritt bzw. -ausfall berechtigt die eine oder die andere Hauptpartei, den Gegenstand herauszuverlangen. Aus dem Wesen des Escrow-Agreements folgt, dass jedwede gesetzliche Vorschrift abbedungen wird bzw. für Analogie nicht tauglich ist, welche ein einseitiges Rückforderungs- oder Rückgaberecht begründen könnte. Nur gemeinschaftlich dürfen die Hauptparteien vor Bedingungseintritt oder -ausfall die Sache zurückfordern oder die Rückgabe vom Escrow-Agenten annehmen. Aus der vorzeitigen Beendigung des Vertrags folgt auch keine Rückgabe an eine Hauptpartei allein, wie es noch darzustellen sein wird (Kap. II.7.5.2).

II.7.4.2.1. Deutschland

Es bietet sich eine Parallele zur notariellen Verwahrung an, da die Verwahrung keine Sicherheit bietet, wenn der Treuhandauftrag jederzeit widerrufen werden könnte.[890] Im deutschen Recht kommt § 667 BGB in Betracht, der besagt, dass der Auftraggeber vom Beauftragten die Herausgabe des zur Ausführung des Auftrags Erhaltenen sowie des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten verlangen darf. In der Regel sind das Erhaltene und da Erlangte nach vollständiger Ausführung des Auftrags herauszugeben. Aber auch während der laufenden Geschäftsbesorgung kann sie geschuldet sein, wenn die Vereinbarung oder die Umstände des

[890] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 42; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 11.

Einzelfalles dies erfordern.[891] Hat der Beauftragte jedoch ein eigenes Interesse am Behaltendürfen des Empfangenen oder Erlangten[892] oder ist das Auftragsverhältnis durch einen Sicherungszweck geprägt,[893] so ist ein Herausgabeanspruch vor Beendigung des Auftrags ausgeschlossen. Dieser Grundsatz ist für das Escrow-Agreement vollkommen angebracht.

II.7.4.2.2. Brasilien

In Brasilien könnte in der Geschäftsbesorgung eine Rückgabe der Sache vor Bedingungseintritt oder -ausfall etwa auf Art. 668, letzter Teil, CC gestützt werden. Dieser Artikel besagt, der Beauftragte muss die im Rahmen des Auftrags erlangten Vorteile dem Auftraggeber herausgeben. Eine spezifische Zeit für das Herausgabeverlangen sieht das Gesetz nicht vor. Aus dieser Vorschrift soll aber nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Hinterleger in einem Escrow-Agreement jederzeit den Escrow-Gegenstand zurückfordern darf. Das ist mit dem Wesen Escrow-Agreements in keinem Fall vereinbar, weil die vorzeitige Rückgabe nur das Interesse des Rückfordernden befriedigt, aber keinen Interessenausgleich herbeiführt. Die analoge Anwendung ist insoweit ausgeschlossen, als es sich um ein vorzeitiges Rückfordern handelt. Aus demselben Grund ist die Analogie zu Art. 633, erster Teil, CC des Verwahrungsrechts auf das Besitz-Escrow ausgeschlossen.

II.7.4.2.3. Fazit

Das Rückgabeverbot ist unproblematisch. Da der Sicherungszweck für das Escrow-Agreement maßgeblich ist, gelten die Vorschriften, die ein einseitiges vorzeitiges Rückgabeverlangen rechtfertigen könnten, als abbedungen und nicht analogiefähig.

II.7.4.3. Verteilung der Früchte

Nicht alle Wirkungen des Escrow-Agreements stehen unter Bedingung.[894] Nur die Pflicht zur Weiter- bzw. Rückgabe des Gegenstands ist aufschiebend bedingt. Schon in der Schwebezeit strahlt das Escrow-Agreement manche Wirkungen aus, wie die Pflicht des

[891] Vgl. Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 667 BGB, Rn. 38; Staudinger/*Martinek/Omlor*, § 667 BGB, Rn. 2 f. (Abdingbarkeit ermöglicht Anpassung an die Besonderheiten der Auftragsausführung).
[892] Vgl. Beck-OGK/*Riesenhuber*, § 667 BGB, Rn. 40.1 (eigenes Interesse des Beauftragten kann sich aus einer Tätigkeit für verschiedene Auftraggeber ergeben).
[893] Vgl. Grüneberg/*Grüneberg*, § 667 BGB, Rn. 7 (die Sicherungsabrede kann der Rückübertragung des dem Treuhänder übertragenen Sicherungsrechts entgegenstehen).
[894] Vgl. Staudinger/*Bork*, § 158 BGB, Rn. 12 (bei mehreren Wirkungen muss unterschieden werden, welche bedingt und welche unbedingt sind).

Escrow-Agenten, gewisse Anlagen bzw. produktive Verwendungen mit dem Escrow-Gegenstand zu vollziehen.

Man kann unterstellen, dass die Hauptparteien in der Schwebezeit den Escrow-Gegenstand so effizient wie möglich nutzen wollen. Aufgrund des Sicherungs- und Erfüllungszwecks erzielen sie normalerweise risikoaverse Anlagen. Die Art und Weise der Anlage bereiten wenige Schwierigkeiten, weil der Escrow-Agent wegen der strikten Weisungsbefolgung nur die Anlagen durchführt, die ihm vorgegeben sind. Die Verteilung der Früchte, die während der Schwebezeit gezogen werden, kann jedoch zu Streitigkeiten führen. Der Begünstigte könnte für sich sämtliche Früchte mit der Rechtfertigung beanspruchen, dass der Bedingungseintritt seine Inhaberschaft am Gegenstand definiert. Der Hinterleger könnte argumentieren, dass er auf einen Verzicht auf die Früchte nur zum Zeitpunkt der Pflichterfüllung bereit wäre, was beim Escrow-Agreement mit dem Zeitpunkt der Einlieferung nie identisch ist. Hinzu kommt, dass der rechtliche Inhaber des Gegenstands beim Vollrecht-Escrow der Escrow-Agent ist. Der Schlüssel zur Fragelösung liegt in den Rückwirkungen des Bedingungseintritts.

II.7.4.3.1. Deutschland

Die deutschen Escrow-Agreements bestimmen typischerweise, dass das Geld im Escrow-Account verzinst werden soll.[895] Andere Anlagearten – womöglich sicher und schnell liquidierbar[896] – sind auch denkbar. Obwohl sich die Frage der produktiven Nutzung des Escrow-Gegenstands meistens auf Geld bezieht, betrifft sie ganz allgemein jeden Gegenstand während der Schwebephase. Eine generelle Pflicht des Escrow-Agenten zur produktiven Nutzung ist abzulehnen. Aus dem Grundsatz der strikten Befolgung der Weisungen ergibt sich, dass eine bestimmte Nutzung nur dann zu erwarten ist, wenn sie in einer Weisung enthalten ist.[897] Ähnliches gilt bei der notariellen Verwahrung, die hierfür einen geeigneten Modellcharakter anbietet. Es darf vom Notar keine bestimmte Art von Anlage verlangt werden, wenn dies in der Anweisung an den Notar nicht vorgesehen ist (§ 58 Absatz 1 Satz 2 BeurkG).[898] Der Notar muss auch nicht über die günstigsten Bankkonditionen beraten.[899] Ausnahmsweise sieht

[895] Vgl. *Kästle*/*Oberbracht*, Unternehmenskauf, S. 97.
[896] Vgl. *Herwig* in: Jaletzke/Henle/Hartmann-Rüppel, M&A Agreements in Germany, IV.5, Nr. 6.
[897] Nicht immer ist die Bestimmung über die Nutzung der Sache in einer Weisung enthalten. Wenn der Escrow-Agent selbst die kontoführende Bank ist und die Einlagen zu verzinsen hat, gibt es neben dem Escrow-Verhältnis ein Darlehen mit der Bank.
[898] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 4. Keine Pflicht des Notars, ohne Weisung für eine möglichst zinsgünstige Anlage zu sorgen: *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (630 f.); *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 227.
[899] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 68; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 58 BeurkG, Rn. 7.

der BGH eine Hinweispflicht auf die ihm bekannte Möglichkeit einer Festgeldanlage, wenn mit einer längeren Verwahrungsdauer gerechnet wird, die Einlagen trotz der Festgeldform jederzeit verfügbar sind und sich daraus sonst keine Nachteile ergeben.[900] Diese BGH-Entscheidung basiert aber auf der Belehrungspflicht des Notars (§ 17 Absatz 1 BeurkG) und soll nicht ohne weiteres bei jedem Escrow-Agreement Anwendung finden. Den Escrow-Agenten betrifft keine allgemeine Belehrungsflicht, er wird von den Hauptparteien bestellt, um einen Auftrag anhand gewisser Weisungen auszuführen. Es gehört nicht zu seinen Aufgaben, die Struktur der Transaktion oder die Weisungen zu hinterfragen.

Wenn in einer notariellen Verwahrung die Zugehörigkeit der in der Schwebezeit anfallenden Zinsen nicht in der Verwahrungsanweisung festgelegt ist, geht die h. L. davon aus, dass sie dem Verkäufer jedenfalls ab Auszahlungsreife zustehen, wenn nicht bereits ab Besitzübergabe der Sache.[901] Obwohl solche Meinungen in der Literatur meistens bloß auf eine „sinnvolle“ oder „vernünftige“ Zinsverteilung hinweisen, scheint diese Art der Verteilung teilweise auf dem Gedanken des Leistungsaustauschs, teilweise auf der Verfügungsmacht am Verwahrgut zu beruhen. Jedenfalls darf der Notar nicht seine eigene Auslegung hinsichtlich der Zinszugehörigkeit durchsetzen. Vielmehr muss er eine übereinstimmende Lösung durch die Parteien oder ein gerichtliches Urteil abwarten und sich währenddessen Verfügungen über das Kontoguthaben enthalten.[902]

Dieser Gedanke kann nicht ohne weiteres auf das Escrow-Agreement übertragen werden, denn er übersieht die Trennung des Escrow-Agreements vom Hauptgeschäft. Die Auslieferungsreife simuliert in vielen Fällen den Moment des Leistungsaustauchs im Hauptgeschäft und kann „sinnvollerweise“ den Zeitpunkt des Wechsels der Inhaberschaft am Escrow-Gegenstand einschließlich der erzeugten Früchte widerspiegeln. Das besagt allerdings nichts über die Pflicht des Escrow-Agenten, den Gegenstand abzugeben, insoweit als diese „sinnvolle“

[900] Vgl. BGH NJW 1996, 1823. Eine Pflicht des Notars u. U. zur Belehrung über die Möglichkeit einer günstigeren Anlageart auch bejahend: *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 127 ff.; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 56.

[901] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 69 (auf § 452 BGB a. F. basierend); Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 49 f. (Zinsen stehen sinnvollerweise ab Besitz- und Nutzungsübergang dem Verkäufer zu, nach Auszahlungsreife dann stets dem Verkäufer); Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 57; Weingärtner/*Ulrich*, § 27 DONot, Rn. 32 (ferner ist es i. d. R. „vernünftig und interessengerecht, wenn die Zinsen demjenigen zufließen, der eine wesentliche Vorleistung erbracht hat und dem daher auch bereits ein weitgehender Zahlungsanspruch zusteht“. Nur scheint diese Ansicht vielen Praxisfällen nicht angepasst, denn die notarielle Verwahrung wird verwendet, genau um Vorleistungen zu vermeiden); *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 227 (Zinsen stehen vom Zeitpunkt des Nutzungsübergangs dem Verkäufer zu); BFH WM 1986, 1202 (1203) (es kommt darauf an, wieweit der Verkäufer seine Leistungen erbracht hat. Ab Auszahlungsreife ist der Verkäufer Treugeber des Bankguthabens; bis dahin ist der Käufer Treugeber).

[902] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 50; Weingärtner/*Ulrich*, § 27 DONot, Rn. 32; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 73; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 121.

Früchtenverteilung nicht im Escrow-Agreement aufgenommen ist. Aufgrund der Auslegungsstrenge kann das Leistungsprogramm des Hauptgeschäfts nicht schlicht im Escrow-Agreement wiederholt werden. Für die Pflicht des Escrow-Agenten ist vielmehr die Regelung betreffend den Rückbezug der Bedingung einschlägig.

Gemäß § 159 BGB hat der Bedingungseintritt im Regelfall keinen dinglichen Rückbezug, die Parteien dürfen nur schuldrechtlich vereinbaren, dass sie einander so stellen müssen, als wäre die Bedingung zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten.[903] Dass nicht der Moment des Leistungsaustauchs, sondern derjenige der Rückwirkung den Ausschlag gibt, lässt sich mit einem Beispiel aus dem M&A-Bereich verdeutlichen. Üblicherweise werden die Einlagen im Escrow-Account bis zur Höhe eines Garantieanspruchs dem Unternehmenskäufer zurück- und der restliche Teil dem Verkäufer weitergegeben.[904] Richtig gesehen, entspricht es der Logik, dass der Verkäufer den hinterlegten Betrag seit dem Zeitpunkt des Vollzugs des Vertrags (*Closing*) – als dann den Kaufpreis eingezahlt wird – hätte erhalten müssen,[905] und daher sämtliche vom Kaufpreis erzeugten Zinsen dem Verkäufer gebühren. Ein käuferfreundlicherer Vertrag könnte demgegenüber davon ausgehen, dass ein niedrigerer Kaufpreis angeboten worden wäre, wenn der Anspruch aus der Verletzung der Garantie vom Anfang an bewusst wäre; dann sollte dem Käufer nicht nur den zur Deckung des Garantieanspruchs nötigen Betrag gebühren, sondern auch die Früchte, die dieser Betrag erzeugt hat.

Angemessener erscheint es deswegen, dass aus der Vertragsauslegung den Zeitpunkt ermittelt wird, auf den der Erwerb des Anspruchs gegen den Escrow-Agenten rückwirkt. Alle Früchte der auszuliefernden Portion des hinterlegten Gegenstands sollen seit dem ermittelten Zeitpunkt dem zu diesem Teil Berechtigten zustehen.[906] Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Besitz- oder Vollrecht-Escrow handelt. Denn die Parteien haben vereinbart, dass sie schuldrechtlich so gestellt werden müssen, als wäre die Rechtsinhaberschaft am Escrow-Gegenstand zu dem einschlägigen Zeitpunkt übergangen.

Kann der Rückwirkungszeitpunkt nicht ermittelt werden, so muss es zwischen Besitz- und Vollrecht-Escrow unterschieden werden. In einem Besitz-Escrow stehen die Früchte bis

[903] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, § 39, 1.
[904] Vgl. *von Rosenberg* in: Eilers/Koffka/Mackensen/Paul, Private Equity, I.9, Rn. 4.
[905] Vgl. *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen, S. 182 f.
[906] Eine weitere Fallgestaltung ist möglich, in der die Beteiligten die Früchte in die Bedingungsrückwirkung einbeziehen, gekoppelt mit vorweggenommener Einigung und antizipiertem Besitzkonstitut (siehe *Flume*, Allgemeiner Teil, § 40, 2, a). Dieser Ansicht zustimmend: Staudinger/*Bork*, § 159 BGB, Rn. 7 f.; MünchKomm/*Westermann*, § 159 BGB, Rn. 3. Kritisch: Beck-OGK BGB/*Reymann*, § 159 BGB, Rn. 28 f.). Eine dedizierte Auseinandersetzung mit dieser Fallgestaltung ist hier aber nicht nötig.

Auslieferungsreife dem Hinterleger zu, weil er während der Schwebezeit Eigentümer bleibt,[907] und der Escrow-Agent nicht als Eigenbesitzer besitzt, sodass § 955 Absatz 1 BGB nicht anwendbar ist. Mit Eintritt der Bedingung geht das Eigentum auf den Begünstigten über, und er wird ab diesem Moment alleinig berechtigt auf die Früchte. In einem Vollrecht-Escrow ist der Escrow-Agent Inhaber während der Schwebezeit und die Früchte stehen ihm zunächst zu, aber nicht definitiv. Denn seine Inhaberstellung ist zeitweilig und nicht auf Selbstbereicherung gedacht. Eine definitive Aneignung der Früchte durch den Escrow-Agenten würde der Regel im § 667 Alternative 2 BGB zuwiderlaufen, wonach der Beauftragte das aus dem Auftrag Erlangte herauszugeben hat. Der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten entsteht spätestens mit Ende des Treuhandverhältnisses,[908] das heißt, mit Auslieferung des Gegenstands. Dann sind alle Früchte dem Berechtigten herauszugeben. Jedenfalls bietet sich die Einholung einer Weisung bei den Hauptparteien an, um diese Frage zu klären.

II.7.4.3.2. Brasilien

Eine allgemeine Pflicht des Escrow-Agenten, rentable Investitionen mit dem Escrow-Gegenstand zu tätigen, gibt es nicht. Solche Investitionen muss er nur vollziehen, wenn sie in den Weisungen enthalten sind. Die Interessenwahrnehmungspflicht soll nicht so breit ausgelegt werden, dass eine Pflicht zur Empfehlung einer gewissen Anlage entsteht. Die effizienteste Nutzung des Escrow-Gegenstands ist nicht unbedingt mit dem Sicherungs- oder mit Erfüllungszweck verbunden und gehört daher grundsätzlich nicht zu den Aufgaben des Escrow-Agenten.

Oft diskutierter Verhandlungspunkt ist die Verteilung der vom Escrow-Gegenstand in der Schwebezeit generierten Früchte. Regelmäßig ist sie in den Weisungen geregelt. In Ermangelung einer Regelung diesbezüglich soll keine Regel aus dem Leistungsprogramm des Hauptgeschäfts gezogen werden. Die Trennung des Escrow-Agreements vom Hauptgeschäft sowie die Auslegungsstrenge verdrängen das Leistungsprogramm des Hauptgeschäfts als Maßstab für die Früchteverteilung.

Im Hauptgeschäft erfolgt die Verteilung der Früchte nach der allgemeinen Regel der Abgabepflichten (*obrigações de dar*), Art. 237, Einzelparagraf, CC, wenn keine abweichende Vereinbarung getroffen wird. Danach gehören die bis zum Zeitpunkt der Sachübergabe gezogenen Früchte dem Schuldner, und die zu trennenden Früchte dem Gläubiger. Dieser Vorschrift

[907] Vgl. Beck-OGK/*Reymann*, § 159 BGB, Rn. 30 („ohne Rückbeziehungsvereinbarung können schuldrechtliche Ausgleichspflichten allenfalls bezogen auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts zwischen den Parteien entstehen“).
[908] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 163 f.

wohnt der Gedanke inne, dass der Schuldner bis den Zeitpunkt der Sachübergabe Eigentümer bleibt.[909] Im Escrow-Agreement ist aber die Regelung der Schwebezeit vorrangig, weil sie den Parteienwillen abbildet. Für die Zugehörigkeit der Früchte ist dann in erster Linie der Zeitpunkt der Rückwirkung des Bedingungseintritts maßgebend; nur in Ermangelung einer solchen Regel kommt bei Besitz-Escrows die Auffangregel des Einzelparagraf von Art. 237 CC in Betracht.

Die Auswirkungen des Bedingungseintritts auf die Verteilung der Früchte wurde schon oben angesprochen. Die Parteien dürfen nur schuldrechtlich die Früchte so verteilen, als wäre die Bedingung zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten. Die vertragliche Norm über die Früchteverteilung hat keine dinglichen Wirkungen.[910] In erster Linie kommt es also darauf an, ob in den Weisungen eine Regelung bezüglich der Bedingungsrückwirkungen enthalten ist; dann ist der Escrow-Agent verpflichtet, die Früchte so zu verteilen, dass die bis diesen Moment erzeugten Früchte dem Hinterleger, die danach generierten Früchte dem Begünstigten gebühren. Der Bedingungseintritt bestimmt dann nicht nur die Berechtigung am Escrow-Gegenstand, sondern auch zu dessen Früchten. Dementsprechend kann z. B. eine Pflicht zur Weitergabe des Escrow-Gegenstands zuzüglich eines Anteils der Früchte an den Begünstigten entstehen, sowie eine Pflicht zur Rückgabe des restlichen Teils der Früchte an den Hinterleger. In den meisten Fällen werden der Eintritt der Bedingung, die Auslieferungsreife und die Fälligkeit der Hauptforderung zusammenfallen.

Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen keine Regelung hinsichtlich der Rückwirkungen gefunden werden kann. Besitz-Escrow und Vollrecht-Escrow unterliegen diesbezüglich unterschiedlichen Regeln. Beim Besitz-Escrow greift die Regel von Art. 237, Einzelparagraf, CC Platz, dass die gezogenen Früchte dem Hinterleger und die zu trennenden Früchte dem Berechtigten gehören, bis alle Voraussetzungen des Eigentumserwerbs eintreten. Mit anderen Worten erwirbt zunächst der Hinterleger das Eigentum auf dinglicher Ebene an den Früchten und verpflichtet sich, also auf schuldrechtlicher Ebene, zur Übertragung des Eigentums über die Sache und über die zu trennenden Früchte an den Berechtigten, was durch den Abschluss der antizipierten bedingten dinglichen Einigung verkürzt wird (oben Kap. II.3.1). Da der Escrow-Agent den Gegenstand nicht im Eigeninteresse hält, hat er auch keinen Anspruch auf die Früchte als gutgläubiger Besitzer nach Art. 1.214 CC. Vielmehr gelangt Art. 668 CC zur Anwendung (analog): Der Escrow-Agent muss alle Vorteile aus dem Auftrag dem

[909] Vgl. *Lotufo*, Código civil comentado, Bd. 2, S. 27; *Carvalho Santos*, Código civil brasileiro interpretado, Bd. XI, S. 51.
[910] Siehe oben Kap. II.2.1.2.2.2.

Auftraggeber (dem Berechtigten) weiterleiten.

Beim Vollrecht-Escrow ist in der Schwebezeit der Escrow-Agent Eigentümer. Schuldner der Eigentumsverschaffungspflicht ist der Escrow-Agent. Wäre Art. 237, Einzelparagraf, CC auf diese Konstellation anwendbar, würden ihm die bis Bedingungseintritt gezogenen Früchte gebühren, wenn keine Rückwirkungen vereinbart werden, was nicht sinnvoll wäre. In der Tat dient die Unterhaltung des Escrow-Gegenstands nicht der Vermögensvermehrung des Escrow-Agenten. Obwohl die Früchte dinglich zunächst dem Escrow-Agenten zukommen, ist er nach Art. 668 CC analog schuldrechtlich auf Herausgabe aller erlangten Vorteile (unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung) an den Berechtigten verpflichtet.

II.7.4.3.3. Fazit

Das deutsche und das brasilianische Recht unterscheiden sich hinsichtlich der Verteilung der Früchte nur in wenigen Punkten. Die Früchte werden aufgrund der Trennung zwischen Escrow-Agreement und Hauptgeschäft nicht nach dem Leistungsprogramm des letzteren verteilt. Maßgeblich ist die Vereinbarung über die Rückwirkungen des Bedingungseintritts. Fehlt eine solche Vereinbarung, sind in einem Vollrecht-Escrow alle Früchte an den Berechtigten herauszugeben, da das Escrow-Agreement trotz der Vollrechtsinhaberschaft des Escrow-Agenten nicht auf dessen Vermögensvermehrung gerichtet ist. Die sind ihm zwar dinglich zugewiesen, aber schuldrechtlich sind sie herauszugeben. In einem deutschen Besitz-Escrow müssen die vor Bedingungseintritt erzeugten Früchte dem Hinterleger herausgegeben werden, und diejenigen nach Bedingungseintritt dem Berechtigten. In Brasilien sind in einem Besitz-Escrow die vor dem Vollzug des Eigentumsübergangs gezogenen dem Hinterleger und die zu trennenden Früchte dem Berechtigten herauszugeben.

II.7.5. Auslieferungsphase

Das Escrow-Agreement endet mit der Auslieferung des Escrow-Gegenstands an den Berechtigten. In dieser Phase geht es hauptsächlich um die Weitergabe des Gegenstandes an den Begünstigten (falls die Bedingung eintritt) bzw. dessen Rückgabe an den Hinterleger (beim Bedingungsausfall).

II.7.5.1. Auslieferungspflicht

Der Eintritt oder der Wegfall der Bedingung beendet den Schwebezustand und bestimmt, an wen der Escrow-Gegenstand auszuliefern ist. Der Berechtigte, der bis dahin nur ein

Anwartschaftsrecht hatte, erstarkt seine Rechtsstellung auf einen vertraglichen Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten[911] – beim Besitz-Escrow kommt ihm sogar das Volleigentum zu. Ob der Escrow-Agent ab diesem Moment ausschließlich für den Berechtigten handelt (die andere Hauptpartei hätte kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand), hängt vom Zeitpunkt der Erfüllungswirkung ab. Nur beim Ersatz-Escrow erfolgt dieser „Seitenwechsel"; beim Alternative-Escrow muss der Escrow-Agent weiter bis zur tatsächlichen Auslieferung die Interessen beider Hauptparteien wahrnehmen.[912]

Schwierigkeiten bereitet die Feststellung des Bedingungseintritts. Die Hauptparteien und der Escrow-Agent können zu unterschiedlichen Beurteilungen gelangen, und dann stellt sich die Frage, ob eine Beurteilung der anderen überlegen ist. Das Eigeninteresse des Escrow-Agenten an solcher Feststellung ist unleugbar, da seine Auslieferungspflicht davon abhängt. Wie sich der Escrow-Agent während der Rechtshängigkeit zu verhalten hat und wie die Hauptparteien eine rechtskräftige Feststellung einleiten können, hat in Deutschland und in Brasilien verschiedene Rechtsgrundlagen.

II.7.5.1.1. Deutschland

Die Weitergabe an den Begünstigten bzw. die Rückgabe an den Hinterleger ist eine Erscheinungsform der Herausgabepflicht des durch die Geschäftsbesorgung Erhaltenen und des Erlangten nach § 667 BGB. Dazu zählen alle Mittel, die dem Beauftragten zum Zweck der Ausführung des Auftrags überlassen wurden (das Erhaltene), sowie die Vorteile, die in kausalem Verhältnis und mit ihr im inneren Zusammenhang stehen (das Erlangte).[913] Der Escrow-Agent ist demzufolge gehalten, den Escrow-Gegenstand samt Früchten und ggf. Surrogaten an den Berechtigten herauszugeben.[914]

Die Auslieferungsvoraussetzungen in einem Escrow-Agreement ähneln ihrem Umfang nach weitgehend den Auszahlungsvoraussetzungen einer notariellen Verwahrung. Wie bereits erläutert, stellen sie die Voraussetzungen für das Entstehen der Verpflichtung zur Weiterleitung oder Rückgabe des Escrow-Gegenstands dar.[915] Gleich wie in der notariellen Verwahrung

[911] Vgl. *Rüger*, Die Doppeltreuhand, S. 193 (bezogen auf Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Doppeltreuhänder).
[912] Entgegen der hier vertretenen Ansicht wird für die notarielle Verwahrung dieser „Seitenwechsel" in Deutschland mehrfach behauptet, vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 27. In dem Sinne, dass nach Auslieferungsreife nur Interessen des Empfangsberechtigten betroffen wären, siehe oben Kap. II.7.2.2.1.
[913] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*F.Schäfer*, § § 667 BGB, Rn. 10, 12.
[914] Vgl. MünchKomm/*F.Schäfer*, § § 667 BGB, Rn. 33.
[915] Siehe dazu Kap. II.2.1.1.1.

sollen sie im Escrow-Agreement zweckmäßigerweise so geregelt werden, als wäre der Kaufpreis direkt und ohne Einschaltung des Treuhänders zu zahlen.[916] Der Treuhänder ist strikt an die Auszahlungsvoraussetzungen gebunden und hat keinen Ermessensspielraum für Abweichungen.[917]

Um Auslegungsfragen und eine etwaige Haftung zu vermeiden, wird empfohlen, die Auszahlungsvoraussetzungen klar und eindeutig zu formulieren.[918] Der Notar muss in der Lage sein, deren Vorliegen eigenständig zu prüfen.[919] Formulierungen, die komplexe Auslegungsbemühungen bedürfen,[920] oder Feststellungen tatsächlicher Art,[921] wie die „Sicherstellung" eines Grundpfandrechts[922] oder die Prüfung des Baufortschritts,[923] sollten vermieden werden. Dieser Grundsatz kann nicht ohne weiteres auf das Escrow-Agreement übertragen werden. Der Notar hat aufgrund § 17 BeurkG eine Belehrungspflicht gegenüber den Beteiligten, die den Escrow-Agenten nicht trifft. Und § 57 Absatz 3 BeurkG verbietet dem Notar, eine Verwahrungsanweisung anzunehmen, die den Bedürfnissen einer ordnungsgemäßen Geschäftsabwicklung nicht genügt, was für den Escrow-Agenten im Allgemeinen ebenfalls nicht gilt. Enthält die Verwahrungsanweisung eine Prüfungspflicht des Notars, für die er keine Fachkenntnisse hat, oder enthält sie unklare Auszahlungsvoraussetzungen, die der Notar nicht selbst auslegen darf, so hat

[916] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 49; *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 76; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 72.
[917] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 76; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 90.
[918] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 78; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 74; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 51.
[919] Vgl. *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 79; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 57 BeurkG, Rn. 52; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (628); Weingärtner/*Ulrich*, § 27 DONot, Rn. 19; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 86.
[920] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 57 BeurkG, Rn. 74.
[921] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 86; *Winkler*, § 57 BeurkG, Rn. 79.
[922] Der BGH hatte über eine solche Formulierung zu befinden in einem Urteil aus dem Jahre 1987. Die kaufpreisfinanzierende Bank hatte dem Notar einen Bankscheck mit der Weisung überlassen „Hierüber darf nur verfügt werden, wenn sichergestellt ist, dass unsere Grundschuld an erster Rangstelle eingetragen wird". Der Notar hat die Finanzmittel zur Begleichung von Belastungen des Grundstücks verwendet, jedoch hing die Kaufpreisfälligkeit zu diesem Zeitpunkt von behördlichen Genehmigungen und Negativattesten ab, obwohl eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers im Grundbuch bereits eingetragen worden war. Da Meinungsverschiedenheiten zwischen den Kaufvertragsparteien aufgetreten sind, ist die Auflassung nie vorgenommen worden und die Bank hat Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt. Der BGH beschloss, dass erst die Auflassung eine solche Sicherstellung herbeigeführt hätte, und dementsprechend hatte der Notar seine Amtspflicht verletzt. In der Entscheidung ist zu lesen, dass die Eintragung nur dann gewährleistet ist, „wenn zur Eintragung des Rechts nur noch das pflichtgemäße Handeln des beklagten Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten erforderlich war" (BGH DNotZ 1987, 560 (561)).
[923] In einem vom BGH entschiedenen Fall musste der Notar Auszahlungen an eine Baufirma ausführen, „sobald die Durchführung der Gewerke (…) bestätigt ist". Der Baustandbericht war durch den Bauleiter der Baufirma selbst zu erstellen. Nachdem der Bauleiter trotz bestehender Mängel die Fertigstellung der Fundamente bestätigt hat, führte der Notar die Auszahlung aus, was vom Kläger bestritten wurde. Der BGH beschloss, der Notar habe gegen seine Amtspflicht verstoßen, weil er eine Anweisung nicht annehmen sollte, nach der der Baustandbericht durch einen möglicherweise nicht neutralen Dritten zu verfassen war (BGH, DNotZ 2009, 45).

er die Beteiligten darauf hinzuweisen und bei der Klärung zu helfen, um Missverständnisse zu vermeiden. Es ist wichtig, dass der Text klar und verständlich ist. Diese Besonderheiten der notariellen Verwahrung ergeben sich aus dem hoheitlichen Charakter der Notartätigkeit und bestehen daher für den Escrow-Agenten nicht. Es besteht keine Verpflichtung, solche Formulierungen oder Feststellungen in den Escrow-Weisungen zu vermeiden. Er kann jedoch bei unklaren oder mehrdeutigen Weisungen seine Auslegung mitteilen und die Hauptparteien auffordern, den Inhalt der Anweisungen zu klären.[924]

Nicht selten kommt es vor, dass die Auslieferung von der Zustimmung der gegnerischen Hauptpartei abhängt, z. B. von der Erteilung einer gemeinsamen Instruktion. Um diese Auslieferungsbedingung nicht völlig der Willkür einer Hauptpartei zu überlassen, bildet das Hauptgeschäft in der Regel die Rechtsgrundlage für die Klage auf Zustimmung zur Erteilung der Anordnung. [925] Neben dem Anspruch aus dem Hauptgeschäft steht dann ein Anspruch auf Einwilligung in die Auslieferung.[926]

Wenn Zweifel an der Empfangsberechtigung bestehen, muss der Escrow-Gegenstand weiterhin vom Escrow-Agenten aufbewahrt werden, bis die Hauptparteien eine Einigung über den Sachverhalt erzielt haben oder ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Das ist Ausfluss des Sicherungszwecks. Durch ein solches Vorgehen verstößt der Escrow-Agent nicht gegen seine Auslieferungspflicht. Ähnliches passiert bei der notariellen Verwahrung,[927] die insoweit als Analogie heranzuziehen ist, weil es eine Folge des Sicherungszwecks und nicht nur eine Amtspflicht des Notars ist.

---

[924] Siehe dazu oben Kap. II.6.2.1.

[925] Von weniger praktischer Bedeutung ist die Debatte darüber, ob ein Anspruch auf Einwilligung in die Auszahlung von Geld mit einer Geldforderung gleichartig ist. Diese Debatte hat vor allem Auswirkung auf die Aufrechnung der gegenseitigen Forderungen (vgl. m. w. N. Staudinger/*Bieder/Gursky*, § 387 BGB, Rn. 129 f.). Hier geht es nicht um die Aufrechnung der gegenseitigen Forderungen der Hauptparteien. Der Aufrechnung mit der Vergütung des Escrow-Agenten stellt diese Frage auch kein Hindernis, weil beidseitig Geldforderungen geschuldet sind, die Einwilligung auf Auslieferung betrifft nur das Verhältnis zwischen den Hauptparteien.

[926] Die wohl h. L. der notariellen Verwahrung behauptet, dass das gerichtliche Verfahren nach § 60 Absatz 3 Nr. 2, 3 BeurkG nicht gegen den Notar, sondern auf Einwilligung des anderen Vertragsteils in die Aus- bzw. Rückzahlung gerichtet ist. Siehe Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 163; *Winkler*, § 60 BeurkG, Rn. 48 ff.; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 60 BeurkG, Rn. 40 ff.; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (649); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 174 (die „Zustimmungserklärung" wäre allerdings verfahrensrechtliche und abstrakte Willenserklärung gegenüber dem Notar).

[927] Vgl. BGH DNotZ 1960, 265 (270). Die Kommentarliteratur weist üblicherweise darauf hin, dass bei Zweifeln über die Empfangsberechtigung das Geld weiter im Anderkonto zu verwahren ist, bis die Frage einstimmig oder mittels Gerichtsentscheidung oder noch nach § 15 BnotO entschieden wird. Siehe *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 24; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 58 BeurkG, Rn. 30; *Volhard*, DNotZ 1987, 523 (530 f.) (Widerruf muss nicht § 242 BGB widersprechen); Grziwotz/Heinemann, § 58 BeurkG, Rn. 21. Die Begründetheit der Auszahlungsverweigerung hervorhebend: *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 158 f.; Weingärtner/*Ulrich*, § 27 DONot, Rn. 29 f., beide m. w. N.

Die Einschätzung des Escrow-Agenten über den Eintritt der Bedingung hat keine höhere Gewichtung als die einer Hauptpartei. Die Unabhängigkeit des Escrow-Agenten bedeutet nicht, dass die Hauptparteien ihm die Möglichkeit überlassen, über den Bedingungseintritt zu befinden. Der Escrow-Agent ist kein Schiedsrichter. Das BeurkG geht auf diese Frage nicht direkt ein, in § 60 Abs. 3 BeurkG ist der Gedanke zu erkennen, dass die Bewertung des Notars der Bewertung der Hauptparteien nachrangig ist. Erlassen die Hauptparteien eine gemeinsame Weisung, so muss der Notar dieser Weisung Folge leisten; wird ein Weisungswiderruf einseitig erteilt, kann der Notar nur die Plausibilität des vorgestellten Widerrufsgrunds prüfen, sofern der Widerruf auf Aufhebung, Unwirksamkeit und Rückabwicklung des Hauptgeschäfts beruht.[928] Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieser Grundsatz des Widerrufs von Weisungen nicht auch für die Feststellung des Eintritts einer Bedingung in einem Escrow-Agreement gelten sollte. Sind beide Hauptparteien einig, dass die Bedingung eingetreten oder ausgefallen ist, so muss sich jegliche anderweitige Meinung des Escrow-Agenten dem Befehl der Hauptparteien beugen. Streitet eine Hauptpartei einseitig den Eintritt der Bedingung ab, so darf der Escrow-Agent dem Abstreitenden seine Einschätzung darüber nicht auferlegen; er muss entweder eine Einigung der Hauptparteien oder ein rechtskräftiges Urteil abwarten.

Nicht übertragbar auf das Escrow-Agreement ist hingegen § 61 Nr. 2 BeurkG, der dem Notar auferlegt, Auszahlungen zu unterlassen, wenn durch die Auszahlung des verwahrten Geldes erkennbar ein unwiederbringlicher Schaden droht. Diese Vorschrift findet bspw. Anwendung, wenn sich die wirtschaftliche Lage eines Vertragsteils dramatisch verschlechtert, oder Gegenansprüche des anderen Vertragsteils bestehen (etwa Minderungs- oder Schadensersatzansprüche).[929] Das Gesetz geht davon aus, dass die Nachteile einer vorübergehenden Nichtauszahlung geringer sind als die Nachteile einer Auszahlung, die später nicht mehr zurückgezahlt werden kann (z. B. wegen Insolvenz des Empfängers).[930] Eine solche Pflicht kommt beim Escrow-Agreement nicht in Betracht. Den Vorrang hat die strikte Weisungsbefolgung. Eine Abweichung von diesem Grundsatz wäre nur bei eindeutiger Weisung anzunehmen. Die Tätigkeit des Notars kann insoweit wegen ihres hoheitlichen Charakters größere Vorsichtsmaßnahmen erfordern als die des Escrow-Agenten.

[928] Dazu siehe oben Kap. II.7.2.2.1.
[929] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 61 BeurkG, Rn. 12; *Winkler*, § 61 BeurkG, Rn. 9. Gegenansprüche reichen nicht für § 60 Absatz 3 BeurkG aus (dabei handelt es sich um Anweisungswiderrufe), aber schon für § 61 Nr. 2 BeurkG (Absehen von Auszahlungen), vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 61 BeurkG, Rn. 8.
[930] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 217.

II.7.5.1.2. Brasilien

Die Pflicht zur Herausgabe des Gegenstands sowie aller erlangten Vorteile ergibt sich freilich aus dem Escrow-Vertrag. Wenn nötig, können die vertraglichen Regelungen um den letzten Teil des Art. 668 CC ergänzt werden, wonach der Beauftragte alle dem Auftrag entstammenden Vorteile herauszugeben hat, ungeachtet des Rechtsgrunds für die Erlangung solcher Vorteile („*por qualquer título que seja*“).[931]

Bedingungen tatsächlicher Art sind zu vermeiden, da sie Gelegenheit für divergierende Schätzungen über den Bedingungseintritt eröffnen. Formulierungen, die komplexe Auslegungsbemühungen erfordern, sind auch zu vermeiden. Der Escrow-Agent soll idealerweise in der Lage sein, den Bedingungseintritt selbst zu prüfen. Im Zweifel kann der Escrow-Agent immer den Hauptparteien seine Schätzung mitteilen und eine Frist für Stellungnahme setzen. Auf diese Weise stellt er sicher, dass er entweder auf der Grundlage eines einheitlichen Verständnisses handelt oder eine Streitigkeit herbeiführt, aus der eine endgültige Lösung für den Umgang mit dem Gegenstand hervorgeht.

Der Bedingungseintritt leitet die Auslieferungspflicht ein. Die Beurteilung des Escrow-Agenten über den Bedingungseintritt ist der Beurteilung der Parteien nicht übergeordnet, da er keine Stellung als Schiedsrichter innehat. Eine einheitliche Schätzung der Hauptparteien ist vielmehr überlegen, weil das Interesse der Hauptparteien gegenüber dem Interesse des Escrow-Agenten den Vorrang hat. Wenn die Hauptparteien eine Weisung einheitlich ändern dürfen, dann müssen sie erst recht auch den Bedingungseintritt einheitlich feststellen dürfen.

Schwieriger ist die Situation, dass die Hauptparteien über den Bedingungseintritt nicht einig sind. Sobald eine Hauptpartei beim Escrow-Agenten seinen Einspruch einreicht, muss der Escrow-Agent die andere Hauptpartei davon benachrichtigen. Das ist eine Folge der Benachrichtigungspflicht, die jede Wahrnehmung fremder Interessen betrifft.[932] Um zu vermeiden, dass der Escrow-Gegenstand auf unbestimmte Zeit hinterlegt bleibt, kann der Escrow-Agent mitteilen, wie er vorzugehen gedenkt, und den Hauptparteien eine Frist zur Stellungnahme setzt. Einigen sich die Parteien über das weitere Verfahren, so ist die Sache erledigt. Bleibt eine Einigung aus, soll der Escrow-Agent die Hauptparteien auf den Rechtsweg verweisen und sich

[931] Das bedeutet nicht, dass alle *in occasione* erlangten Vorteile herauszugeben sind. Nur diejenigen, die im Kausalverhältnis mit dem Auftrag sind, sind in Art. 668 CC, letzter Teil, erfasst (vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 116).

[932] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XLIII, S. 111 (der Autor beschränkt sich auf Geschäftsbesorgungsverhältnisse, aber solche Überlegungen können verallgemeinert werden).

jeder Auslieferung enthalten, bis der Rechtsstreit entschieden ist. Dieser Grundsatz kann aus dem Sicherungszweck – also, aus dem impliziten Geschäftsinhalt[933] – hergeleitet werden. Die besondere Art und Weise, in der das Escrow-Agreement die Transaktion absichert, besteht darin, dass der Schuldner durch den vertrauenswürdigeren Escrow-Agenten ersetzt wird bzw. dass der Escrow-Agent als Schuldner einer Nebenforderung auftritt.[934] Könnte der Escrow-Agent den Gegenstand während des Rechtsstreits ausliefern, würde diese Absicherung ins Leere laufen. Die häufig anzutreffende vertragliche Vereinbarung, die in solchen Fällen die Aussetzung der Auslieferung vorsieht, verdeutlicht die in vielen Bereichen etablierten Verkehrsbräuche und bestätigt damit die aus dem Vertragszweck abzuleitende Regel. Ist das Escrow-Agreement so ausgestaltet, dass der Escrow-Agent nur beim Vorliegen einer gemeinsamen Instruktion oder einer Gerichtsentscheidung ausliefern darf, so stellt sich diese Frage nicht.

Die Begründung für solches Vorgehen kann auch dem Art. 332 CC entnommen werden. Nach ihm müssen bedingte Schulden am Tag des Bedingungseintritts erfüllt werden, wobei der Gläubiger nachzuweisen hat, dass der Schuldner Kenntnis über den Bedingungseintritt hatte. Die Lehre leitet aus diesem Artikel, ohne näher auf die Sachfrage einzugehen, die Regel ab, dass es sich um eine Beweislastregel handelt. Die Beweislast des Bedingungseintritts obliegt also dem Gläubiger.[935] Diese Aussage ist zwar richtig, aber der Regelungsgehalt des Art. 332 CC bedarf einer näheren Betrachtung. Zunächst geht aus seinem Wortlaut eindeutig hervor, dass der Gläubiger nicht zwangsläufig dem Schuldner gegenüber den Bedingungseintritt nachzuweisen hat, da der Schuldner auch von sich aus Kenntnis erlangen kann. Der letzte Teil des Artikels beschränkt die Kenntnis des Schuldners nicht auf die Unterrichtung durch den Gläubiger; der Schuldner kann auch auf andere Weise Kenntnis erlangen. [936] Daraus folgt, dass die Beweislast des Gläubigers nach Art. 332 CC nicht gegenüber dem Schuldner, sondern gegenüber dem Gericht besteht. Der Schuldner ist kein Richter über die Angemessenheit der Beweismittel des Gläubigers. Dies ist an sich wenig aussagekräftig, da der Kläger im Gerichtsverfahren grundsätzlich die Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen hat, Art. 373 inc. I CPC. Vielmehr ist Art. 332 CC eine Wissenszurechnungsregel zu entnehmen: Die bedingte Schuld ist bereits ab Bedingungseintritt fällig, soweit nichts anderes vereinbart ist, ihre

[933] Vertragszweck als Mittel der Auslegung des (impliziten) gemeinsamen Parteiwillens: vgl. *Nitschke,* Lacunas contratuais, S. 449; *Marino,* Interpretação do negócio jurídico, S. 119.
[934] Siehe dazu oben Kap. II.2.4.
[935] Vgl. *Lotufo*, Código civil comentado, Bd. 2, S. 264; *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXIII, S. 91; *Tepedino/Barboza/Moraes*, Código Civil Interpretado, Bd. I, S. 630; *Pereira*, Instituições de direito civil, Bd. II, S. 198; Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 263.
[936] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 263 (Kenntnisnahme kann durch Akt des Gläubigers oder eines Dritten erfolgen).

Durchsetzbarkeit aber hängt von der Kenntnisnahme des Schuldners. Kann der Gläubiger nicht beweisen, dass der Schuldner davon Kenntnis hatte, ist die Klage abzuweisen. Die eigentliche Frage ist dann, welcher Maßstab an die Wissenszurechnung des Art. 332 CC anzulegen ist. Geht es dabei um die positive (*conhecimento positivo*) Kenntnis oder um das „Wissenmüssen" (*conhecimento exigível*)?[937] Bessere Gründe sprechen für die letztgenannte Auffassung. Das Schuldverhältnis ist ein Kooperationsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, das auf die Erfüllung abzielt. Beide Parteien müssen sich für die bestmögliche Erfüllung einsetzen.[938] Vom Schuldner wird ein proaktives Verhalten erwartet, er muss sich mit der gebotenen Sorgfalt Kenntnis vom Eintritt der Bedingung verschaffen. Vor Gericht muss der Gläubiger also nicht beweisen, dass der Schuldner die Bedingung tatsächlich kannte, sondern nur, dass er bei sorgfältigem Handeln vom Eintritt der Bedingung hätte wissen können.

Der Escrow-Agent muss sich daher mit der gebotenen Sorgfalt Kenntnis vom Eintritt der Bedingung verschaffen. Das schließt außerordentliche Maßnahmen aus, wie eine Prüfung *in loco* oder eine eigene Zweitprüfung der Beweisunterlagen des Berechtigten, es sei denn, dass die Escrow-Weisungen oder die Verkehrssitte es erfordern. Viele Escrow-Agreements sehen eine Pflicht der Hauptparteien vor, den Escrow-Agenten über den Bedingungseintritt zu benachrichtigen, sodass es in manchen Geschäftssparten als Verkehrssitte angesehen werden kann und der Escrow-Agent sich eher passiv verhalten darf. Streiten die Hauptparteien über den Bedingungseintritt, so kann der Escrow-Agent immer vorbringen, keine Kenntnis über den Eintritt der Bedingung zu verfügen, da er weder verpflichtet noch berechtigt ist, eine gerichtsähnliche Entscheidung darüber zu treffen. Bei Uneinstimmigkeit zwischen den Hauptparteien über den Bedingungseintritt darf der Escrow-Agent also immer die Auslieferung aussetzen, bis die Sachfrage geklärt oder endgültig entschieden wird. Das gibt dem Escrow-Agenten Sicherheit darüber, wie er in strittigen Situationen vorzugehen hat. Der Escrow-Agent begeht durch dieses Verhalten keine Pflichtverletzung – die Vorenthaltung des Gegenstands ist vielmehr ein Gebot des Sicherungszwecks. Der erfolgreiche Kläger bzw. der erfolgreiche Beklagte kann zwar geltend machen, dass die Bedingung zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten ist, er kann aber vom Escrow-Agenten weder Auslieferung (wegen mangelnder Durchsetzbarkeit bis zur endgültigen Entscheidung über die Streitfrage) noch Schadensersatz wegen Vertragsverletzung verlangen (mangels Pflichtverletzung). Liefert der Escrow-Agent den Gegenstand vor der endgültigen

[937] Die positive Kenntnis umfasst nur die Tatsachen, von denen der Wissensträger eigentlich wusste. Das Wissenmüssen hingegen umfasst auch die Tatsachen, die bei Anwendung gewisser Sorgfalt hätten entdeckt werden können (vgl. Adamek/Setoguti/*Grezzana*, Fusões e aquisições (M&A), S. 229 ff.).
[938] Vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 29 ff.

Klärung der Streitigkeit aus, geht er das Risiko ein, dass seine Beurteilung des Bedingungseintritts vor Gericht keinen Bestand hat.

Zusammengefasst: Besteht zwischen den Hauptparteien Streit über den Eintritt der Bedingung, so ist der Auslieferungsanspruch wegen Unkenntnis im Sinne des Art. 332 CC über den Eintritt der Bedingung nicht durchsetzbar, bis die Hauptparteien eine einvernehmliche Lösung gefunden haben oder ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist. Überdies muss der Escrow-Agent während der Rechtshängigkeit angesichts des Sicherungszwecks die Auslieferung aussetzen. Hält er den Escrow-Gegenstand während der Rechtshängigkeit zurück, so verletzt er keine Pflicht. Gibt er die Sache heraus, so handelt er auf eigene Gefahr.

II.7.5.1.3. Fazit

Die Rechtslage in Deutschland und Brasilien unterscheidet sich hinsichtlich des Eintritts der Auslieferungspflicht im Wesentlichen nicht. Die Auslieferungspflicht bildet den Kern jedes Escrow-Agreements und kann durch § 667 BGB bzw. Art. 668 CC, letzter Teil, konkretisiert werden. Aus dem Zweck des Escrow-Agreements folgt, dass bei Streitfällen über den Bedingungseintritt der Escrow-Agent den Gegenstand vorenthalten darf. Keine der Parteien des Escrow-Agreements hat eine höherrangige Berechtigung zur Auslegung des Bedingungseintritts, es sei denn, beide Hauptparteien sind sich in der Auslegung einig.

II.7.5.2. Auslieferung wegen vorzeitiger Beendigung des Vertrags

Im vorigen Kapitel wurde das Entstehen der Auslieferungspflicht durch Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung behandelt. Aber auch die vorzeitige Beendigung des Escrow-Vertrages kann die Auslieferung auslösen.

Die Voraussetzungen einer vorzeitigen Beendigung des Escrow-Agreements sind in Deutschland und Brasilien unterschiedlich. In Deutschland kommen etwa die Regeln des Werkvertrags über die Kündigung entsprechend in Betracht, §§ 648, 648a BGB. In Brasilien sind vor allem der Widerruf und die Ablehnung in Art. 682 CC analog von Bedeutung. Die Analyse der Gründe zur vorzeitigen Beendigung des Escrow-Agreements (wie Rücktritt, Kündigung aus wichtigem Grund usw.) muss hier nicht vertieft werden. Hervorzuheben ist lediglich, dass die Kündigung ohne wichtigen Grund durch die Auftraggeber, also durch die Hauptparteien, einer einheitlichen Kündigungserklärung bedarf, weil die Interessenwahrnehmung zugunsten von Parteien mit gegensätzlichen Interessen erfolgt. Es würde dem Sinn und Zweck des Escrow-Agreements zuwiderlaufen, wenn eine Hauptpartei allein und ohne Grund das gesamte

Verhältnis kündigen könnte. Dieses Thema wird hier dementsprechend nicht weiter vertieft. Von Bedeutung sind vielmehr die Auswirkungen der vorzeitigen Beendigung auf die Auslieferungspflicht.

Ab dem Moment des Wirksamwerdens der Vertragsbeendigung darf der Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand nicht mehr behalten. Dann gilt es zu klären, an wen der Gegenstand auszuliefern ist. Der Sicherungszweck spricht zwar gegen die Auslieferung an eine Hauptpartei allein. Doch ist die gemeinsame Übergabe an die Hauptparteien (d. h. die Übergabe des unmittelbaren Besitzes an die Hauptparteien als Mitbesitzer bei einem Besitz-Escrow oder die Verschaffung der Mitinhaberschaft an dem Vollrecht bei einem Vollrecht-Escrow) in der Regel schwierig durchzuführen und bietet zudem keine vergleichbare Sicherheit für die Transaktion Es ginge zu weit, aus dem Sicherungszweck abzuleiten, dass die vorzeitige Beendigung die ursprünglich gewollte Lieferung an nur eine Hauptpartei in eine gemeinsame Entgegennahme durch die Hauptparteien umwandelt.

In diesem Fall verbleibt nur die Rückgabe des Gegenstands an die frühere Hauptpartei, also an den Hinterleger. Die Sicherheit für die Transaktion ist dann nicht mehr gewährleistet. Die Vertragspartei, die die Beendigung des Escrow-Agreements schuldhaft herbeigeführt hat, haftet dann für die Beeinträchtigung der Sicherheit. Die Hauptparteien können nichtsdestotrotz einvernehmlich einen neuen Escrow-Agenten bestellen,[939] der in einem neuen Escrow-Verhältnis die Interessenwahrnehmung fortführt.

In einem multidirektionalen Escrow-Agreement kann es schwierig sein zu bestimmen, an wen der Escrow-Gegenstand auszuliefern ist, da beide Hauptparteien als Hinterleger und Begünstigte auftreten. Der Escrow-Agent darf dann in einem dem deutschen Recht unterliegenden Escrow-Agreement aufgrund einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers (§ 372 Satz 2 Alternative 2 BGB) den Gegenstand hinterlegen. In einem Escrow-Agreement nach brasilianischem Recht kann er nach Art. 335, inc. IV, CC konsignieren, da Zweifel darüber bestehen, wer berechtigt ist, den Gegenstand in Empfang zu nehmen.

[939] Eine Parallele zur Insolvenz des Doppeltreuhänders im deutschen Recht vermag, diese Schlussfolgerung zu unterstützen. Der insolvente Doppeltreuhänder ist, gleich wie der Escrow-Agent, ein neutraler Dritter, der eine Sicherungsfunktion ausführt. Muss er im Wege der Ausübung eines insolvenzrechtlichen Aussonderungsrechts den Sicherungsgegenstand vorzeitig übergeben, so dürfen die Beteiligten nach allgemeiner Auffassung gemeinsam einen neuen Treuhänder bestellen (vgl. m. w. N. MünchKomm/*Ganter*, § 47 InsO, Rn. 390; *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 160 ff.).

Diese Konstellation lässt sich am Beispiel des *Citibank-Falls*[940] in Brasilien veranschaulichen. Während der Laufzeit des Escrow-Agreements musste die Citibank als Escrow-Agent in einem M&A-Escrow den Vertrag aufgrund des potentiellen Verkaufs ihres Be-triebes in Brasilien kündigen. Da sich die Hauptparteien nicht über die Übertragung der Escrow-Gelder auf einen neuen Escrow-Agenten einigen konnten, erhob die Citibank Klage auf Konsignationszahlung. In einer einstweiligen Verfügung wurde Citibank gestattet, die Beträge gerichtlich zu konsignieren. Obwohl in der Entscheidung nicht ausdrücklich erwähnt, hätte die Entscheidung auf Art. 335, Inc. IV, CC gestützt werden können.

II.7.5.3. Hinterlegung durch den Escrow-Agenten

Nach Auslieferungsfälligkeit muss der Escrow-Agent grundsätzlich nicht den Gegenstand weiter behalten. Ist z. B. eine bestimmte Frist für das Ende der Interessenwahrnehmung vorgesehen oder muss er Platz für andere zu empfangenden Gegenstände freimachen, soll ihm die Möglichkeit offenstehen, sich von der Interessenwahrnehmung zu entlasten. Diese Möglichkeit wird ihm erschwert, wenn der Berechtigte den Gegenstand nicht abnimmt und so in Gläubigerverzug gerät, oder wenn die Hauptparteien über den Eintritt der Bedingung streiten. Der natürliche Ausweg wäre die Hinterlegung nach § 372 ff. BGB in Deutschland bzw. die Konsignationszahlung nach Art. 334 ff. CC in Brasilien (*pagamento em consignação*). Es muss doch geprüft werden, ob die eigenartige Sachlage in einem Escrow-Agreement Besonderheiten für die Hinterlegung stellt.

II.7.5.3.1. Deutschland

Die Hinterlegung nach § 372 BGB durch den Schuldner ist im deutschen Recht ein Erfüllungssurrogat. Der Schuldner befreit sich von der Leistungspflicht, indem er in den Fällen des § 372 BGB die Sache hinterlegt, und das Rücknahmerecht ausgeschlossen ist (§§ 376, 378 BGB). Hinterlegungsgründe sind nach § 372 BGB der Annahmeverzug, die nicht fahrlässige Ungewissheit über die Person des Gläubigers und ein anderer in der Person des Gläubigers liegender Grund, infolgedessen die Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllt werden kann. Dies rechtfertigt sich, weil der Schuldner Interesse an der Befreiung von seiner Leistungspflicht hat, aber Hindernisse zur Bewirkung der Leistung im Risikobereich des Gläubigers

[940] Klage auf Konsignationszahlung Nr. 1066520-23.2017.8.26.0100, Landgericht von São Paulo, 9er Gerichtsbezirk für Zivilsachen des zentralen Gerichts (*nona vara cível do foro central cível da comarca de São Paulo*).

entstehen können.[941] Die Hinterlegung bezweckt also, ein Leistungshindernis zu überwinden.[942] Liegt ein Hinterlegungsgrund des § 372 BGB vor, und hinterlegt der Schuldner den Leistungsgegenstand, dann hat er zunächst ein Rücknahmerecht, das er jederzeit ausüben darf (§ 376 BGB).[943] Wenn die Rücknahme ausgeschlossen wird, tritt die Befreiungswirkung sofort ein, und zwar ab dem Zeitpunkt der Begründung des Hinterlegungsverhältnisses.[944] Die Tilgungswirkung entsteht erst mit dem Ausschluss des Rücknahmerechts (§ 378 BGB).

Die Möglichkeit einer Hinterlegung nach § 372 Absatz 2 BGB steht dem Notar in der notariellen Verwahrung grundsätzlich offen. Selbstverständlich müssen die Voraussetzungen der Hinterlegung vorliegen.[945] Dabei wird betont, dass der Notar nicht gezwungen werden kann, die Verwahrung auf unabsehbare Zeit durchzuführen.[946] Eine Pflicht zur Hinterlegung besteht für den Notar allerdings nicht, auch wenn die Voraussetzungen erfüllt sind.[947] Die Hinterlegung bedeutet ein Risiko für den Notar, weil er nicht im Voraus wissen kann, ob die Voraussetzungen der Hinterlegung durch die Gerichte später bejaht werden; insbesondere ist er der Schadensersatzgefahr[948] und der Gefahr der Verletzung von Amtspflichten[949] ausgesetzt, falls die Hinterlegung für unbegründet erklärt wird. Dies ist eine schlichte Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze auf die notarielle Verwahrung und zeigt, dass die Hinterlegung nach § 372 BGB mit dem Sicherungs- und Erfüllungszweck vereinbar ist. § 372 BGB könnte folglich auch für die Auslieferungspflicht eines Escrow-Agenten ein Erfüllungssurrogat darstellen. Der Escrow-Agent muss nicht den Gegenstand weiterhin auf ungewisse Zeit aufbewahren, denn mit der Hinterlegung nach § 372 BGB befreit sich der Escrow-Agent von seiner Verpflichtung.

Damit der Escrow-Agent den Gegenstand hinterlegen darf, müssen selbstverständlich die Voraussetzungen des § 372 BGB vorliegen. Hierzu zählt der Fall, dass die Hauptparteien über den Bedingungseintritt oder sonst über die Berechtigung zum Escrow-Gegenstand streiten,

---

[941] Vgl. MünchKomm/*Fetzer*, § 372 BGB, Rn. 1.
[942] Vgl. *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 15 II, 4.
[943] Vgl. Beck-OGK/*Ulrici*, § 376 BGB, Rn. 14, 20.
[944] Vgl. Staudinger/*Kern*, § 378 BGB, Rn. 8; Beck-OGK/*Ulrici*, § 378 BGB, Rn. 41.
[945] Vgl. BGH DNotZ 1960, 265 (270 f.); *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 26; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 56 (analoge Anwendung vom § 372 BGB); Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 32 (mit Hinweis darauf, dass die ältere Literatur die Hinterlegung durch den Notar nicht annahm); im Ergebnis auch *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 72. Anders: *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (648), der Notar muss selbst entscheiden, ob die Auszahlungsvoraussetzungen vorliegen.
[946] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 26a; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 182; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 34.
[947] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 32; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 58.
[948] Vgl. *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 160.
[949] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 57.

denn eine begründete Ungewissheit über die Person des Berechtigten liegt vor. Auch wenn der Berechtigte bestimmt ist, aber den Escrow-Gegenstand nicht abnimmt, gibt es einen Fall des zur Hinterlegung berechtigenden Annahmeverzugs.

II.7.5.3.2. Brasilien

Die Konsignationszahlung nach Art. 334 CC ist eine indirekte Weise, die Schuldtilgung zu bewirken, und für die Fälle vorgesehen, in denen der Gläubiger – absichtlich oder unabsichtlich – bei der Schuldtilgung nicht mitwirkt. Das Fundament für die Konsignationszahlung ist also die mangelnde Kooperationsbereitschaft des Gläubigers und die Erleichterung der Schuldentilgung.[950] Das Código Civil listet in Art. 335 elf Gründe für die Konsignationszahlung auf. Diese Gründe sind nicht abschließend.[951]

Die Konsignation erfolgt beim zuständigen Gericht und erfordert eine Klage. Die Erfüllungswirkung tritt ein, wenn der Gläubiger die Konsignation annimmt oder die Klage für begründet erklärt wird, und wirkt ab dem Zeitpunkt der Konsignation. Das gerichtliche Urteil hat nur deklaratorische Wirkung.[952] Der Konsignierende darf bis Annahme oder Widerspruch durch den Gläubiger den Konsignationsgegenstand zurücknehmen (Art. 338 CC). Der Ausschluss des Rücknahmerechts hat in Brasilien also nicht unbedingt die Erfüllungswirkung, denn der Widerspruch führt auch dazu, ohne Erfüllung zu bedeuten.[953] Eine Ausnahme bilden die Geldschulden. Geld kann bei einem Bankinstitut hinterlegt werden und der Schuldner wird frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb von 10 Tagen widerspricht (Art. 539, § 2°, CPC). Im Falle eines Widerspruchs hat der Schuldner eine Klage zu erheben (Art. 539, § 3°, CPC).

Konsignationsfälle treten bei Escrow-Agreements eher dann auf, wenn der Begünstigte zwar feststeht, aber den Gegenstand nicht erhält, oder wenn sich die Hauptparteien über den Eintritt der Bedingung (d. h. über die Berechtigung am Escrow-Gegenstand) nicht einig sind. In der ersten Konstellation bietet sich ohne weiteres die Konsignationszahlung nach Art. 335, incs. I oder II, CC. Ist die Berechtigung am Escrow-Gegenstand streitig, so erfolgt die Konsignation wegen Zweifels über die Berechtigung am Escrow-Gegenstand gemäß Art. 335, inc. IV, CC. Der Zweifel muss nicht in dem Sinn absolut sein, dass die Person des Gläubigers unbekannt

[950] Vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 414 f.
[951] Vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 2, S. 421 f.; Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 434; Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 287 f. Dagegen: Tepedino/*Soares*, Obrigações, S. 405 f.
[952] Vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 447 f. Ähnlich: *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXIV, S. 336.
[953] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXIV, S. 324.

ist. Es genügt auch ein nur relativer Zweifel,[954] z. B. wenn mehrere Gläubiger sich gegenseitig von der Forderung ausschließen wollen,[955] oder wenn die Richtigkeit des Titels des Gläubigers zweifelhaft ist. Der Zweifel muss begründet sein, d. h. er muss dem abstrakten Maßstab der „vernünftigen Person" (*pessoa razoável*) und den konkreten Umständen des Einzelfalls entsprechen.[956] Streiten die Hauptparteien über den Eintritt der Bedingung, so geht es dabei eigentlich um die Bestimmung der Person des Gläubigers der Auslieferungspflicht. Da der Escrow-Agent keine richterliche Funktion ausübt, kann immer angenommen werden, dass ein Zweifel darüber besteht, wer berechtigt ist, den Gegenstand in Empfang zu nehmen, so dass der Tatbestand des Art. 335, inc. IV, CC erfüllt ist.

Im Fall *Usiminas*[957] ordnete das Oberlandesgericht São Paulo (*Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*) aus falschen Gründen die Überweisung von einem Escrow-Account auf ein Gerichtskonto. Es handelte sich nicht um die Erfüllung einer bereits bestehenden Verpflichtung des Escrow-Agenten, so dass die gerichtliche Hinterlegung kein Erfüllungssurrogat darstellte. Im Wege der einstweiligen Verfügung wurde die Übertragung lediglich zur Wahrung der Interessen der Antragstellerin genehmigt. Damit hat das Oberlandesgericht São Paulo entgegen dem Willen der Parteien die Art der Absicherung des Geschäfts völlig umgestaltet und dem Gericht eine ihm nicht zukommende Sicherungsfunktion übertragen. Vielmehr kann der oben erwähnte *Citibank*-Fall (Kap. II.7.5.2) zeigen, dass die Sicherungsfunktion des Escrow-Agreements mit der Konsignationszahlung des Escrow-Gegenstands vereinbar ist.

II.7.5.3.3. Fazit

Trotz der unterschiedlichen Regelung hinsichtlich der Hinterlegung in Deutschland bzw. der Konsignationszahlung in Brasilien sind die erzielten Ergebnisse in beiden Ländern sehr ähnlich. Der Escrow-Agent kann den Escrow-Gegenstand bei Vorliegen der Voraussetzungen hinterlegen bzw. konsignieren, um sich von der Auslieferungspflicht zu befreien. Der Sicherungs- und Erfüllungszweck steht dem nicht entgegen.

II.7.5.4. Abtretung und Pfändung des Auslieferungsanspruchs

Das Schicksal des Auslieferungsanspruchs ist einigermaßen mit dem der Hauptforderung verbunden, denn er dient der Sicherung und Erfüllung der Hauptforderung. In einem

[954] Vgl. Teixeira/*Martins-Costa*, Comentários ao novo código civil, Bd. V, t. I, S. 444.
[955] Vgl. *Farias/Rosenvald*, Curso de direito civil, Bd. 2, S. 420 f.
[956] Vgl. Reale/Martins-Costa/*Ferreira da Silva*, Adimplemento e extinção das obrigações, S. 295 f.
[957] TJSP, Widerspruch 2222323-25.2016.8.26.000, Tenor Hamid Bdine, 07.12.2016.

Ersatz-Escrow ist die Abtretung und die Pfändung des Anspruchs nicht besonders problematisch, da der Auslieferungsanspruch der einzige Anspruch ist, den der Berechtigte durchsetzen kann. Besonderheiten stellen sich bei der Abtretung und Pfändung des Auslieferungsanspruchs in Alternative-Escrows, weil da der Begünstigte nach Bedingungseintritt immer noch die Hauptforderung durchsetzen darf. Könnte in dieser Konstellation der Auslieferungsanspruch ohne die Hauptforderung abgetreten oder gepfändet werden? Diese Thematik wird in der deutschen Notarrechtslehre diskutiert und kann den Pfad für die Fragelösung im Escrow-Agreement indizieren.

II.7.5.4.1. Deutschland

Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar in einer notariellen Verwahrung ist ein Nebenrecht i. S. v. § 401 Absatz 1 BGB.[958] Diese Vorschrift sieht vor, dass Neben- und Hilfsrechte automatisch mit der Abtretung der Forderung übergehen. Hypotheken, Schiffshypotheken, Pfandrechte sowie die Rechte aus einer Bürgschaft werden ausdrücklich erwähnt, die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend. Andere Neben- und Hilfsrechte, die der Verwirklichung und Sicherung einer Forderung dienen, gehen mit der Abtretung auf den neuen Gläubiger mit über.[959] Umfasst sind nur diejenigen, die seinem Inhalt oder Bestand nach von der Forderung abhängig sind (unselbständige Neben- und Hilfsrechte). Da ihre isolierte Abtretung zu einer Inhaltsänderung und mithin zum Abtretungsausschluss nach § 399 Alternative 1 BGB führen würde, können derartige Rechte und Ansprüche nur zusammen mit der Forderung abgetreten werden.[960] Der automatische Übergang ist insofern das Gegenstück zur mangelnden selbständigen Abtretbarkeit.[961]

Man spricht insoweit von „Doppelabtretung“ des Auszahlungsanspruchs gegen den Notar, da er nicht ohne die zugrunde liegende Kaufpreisforderung abgetreten werden kann.[962] Eine isolierte Abtretung des Auszahlungsanspruchs könnte mit sich Gefahr für die Rechtssicherheit bringen, weil der Empfangsberechtigte sonst noch frei über die Kaufpreisforderung verfügen könnte, solange die Forderung nicht erloschen ist.[963] Bei Abtretung der

[958] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 41; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 62; *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 105; BGH NJW 1998, 2134 (2135); BGH DNotZ 2016, 957 (959 f.).
[959] Vgl. Staudinger/*Busche*, § 401 BGB, Rn. 3, 28.
[960] Vgl. Staudinger/*Busche*, § 399 BGB, Rn. 38.
[961] Vgl. MünchKomm/*Kieninger*, § 401 BGB, Rn. 1.
[962] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 35; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 89; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 33; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 47. Anderer Auffassung: *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 55 ff. (isolierte Abtretung ab Auszahlungsreife möglich).
[963] Vgl. BGH NJW 1998, 2134 (2135).

Kaufpreisforderung geht der Auskehranspruch wegen seines unselbständigen Charakters mit über,[964] aber bei Abtretung des Auskehranspruchs allein muss im Wege der Auslegung bestimmt werden, ob die Parteien gleichzeitig die Forderung aus dem Kaufpreis abtreten wollten.[965] Der Notar muss nach h. M. die Abtretung nur berücksichtigen, wenn eine neue Weisung des bisherigen Empfangsberechtigten erteilt wird.[966]

Gleich wie in der notariellen Verwahrung kann bei Alternative-Escrows das Schicksal des Auslieferungsanspruchs nicht völlig von der Hauptforderung abgetrennt werden. Wird an einen Dritten ausgeliefert, so muss er auch die Hauptforderung innehaben, um den wirtschaftlichen Zusammenhang der Transaktion nicht zu beeinträchtigen. In diesem Sinne stellen auch beim Alternative-Escrow der Anspruch auf Auslieferung und die Hauptforderung ein Neben und ein Hauptrecht dar, und unterliegen dem Verbot der isolierten Abtretung nach § 399 Absatz 1 BGB sowie dem Grundsatz des automatischen Übergangs bei Abtretung des Hauptrechts nach § 401 BGB.

Die Pfändung des Auslieferungsanspruchs erfolgt nach derselben Logik wie die Abtretung. Die Pfändung des Anderkontoguthabens in der notariellen Verwahrung erfordert nach überwiegender Auffassung zugleich die Pfändung der Kaufpreisforderung („Theorie der Doppelpfändung“).[967] Dies würde sonst der Rechtssicherheit zuwiderlaufen, wenn das Nebenrecht vereinzelt gepfändet werden könnte,[968] da die Kaufvertragsparteien weiter über die Kaufpreisforderung verfügen könnten (bspw. könnte der Käufer direkt an den Verkäufer zahlen, oder könnte der Verkäufer die Forderung abtreten). Durch die Pfändung rückt der Gläubiger in die Stelle des Verkäufers ein, einschließlich in das Verwahrungsverfahren.[969] Deshalb kann die Pfändung dem Gläubiger nicht mehr Rechte als der Käufer selbst einräumen. Dem Pfändenden stehen also nur die Beträge zu, die dem Verkäufer zustehen würden.[970]

---

[964] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 33 f.; Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 57; BGH DNotZ 2016, 957 (959 f.).

[965] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 90; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 187.

[966] Vgl. m. w. N. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 36. Anders: Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 34.

[967] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 41; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 64; Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 57; *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 225; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (645); Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 28; BGH DNotZ 1989, 234; BGH NJW 1998, 2134. Anderer Auffassung: *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 67 ff.

[968] Vgl. BGH DNotZ 1989, 234; BGH NJW 1998, 2134; *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 102.

[969] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 38; *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 44. Ähnlich: Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 67.

[970] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 70; *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 44; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (646); *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 106; *Reithmann*, Vorsorgende Rechtspflege, S. 225; *Dornis*, Kaufpreiszahlung, S. 68; *Weingärtner*, Verwahrungsgeschäft, Rn. 49; BGH DNotZ 1998, 626 (628).

Nach h. M. erfasst die Pfändung des Kaufpreisanspruchs auch den Auskehranspruch,[971] da es sich um ein Nebenrecht handelt (§ 401 BGB).[972] Umgekehrt ist die Pfändung unwirksam, wenn nur der Auskehranspruch gepfändet wird.[973] Nach anderer Auffassung ist die Pfändung beider Ansprüche notwendig, weil der Notar nur bei Kenntnisnahme der Pfändung der Hauptforderung an den Pfändungsgläubiger rechtmäßig zahlen könnte.[974] Erfolgt die Pfändung erst nach Erlöschen des Kaufpreisanspruchs (etwa, weil Erfüllungswirkung bereits bei Auszahlungsreife vereinbart wurde), kommt eine Doppelpfändung nicht infrage[975] – das belegt eigentlich das oben Gesagte, in dem Sinne, dass eine Doppelabtretung bzw. Doppelpfändung nicht stattfinden kann, wenn der Begünstigte nur den Auslieferungsanspruch hat, wie es in Ersatz-Escrows der Fall ist.

Im Übrigen greifen solche Grundsätze Platz auch bei der Pfändung des Auslieferungsanspruchs in Alternative-Escrows. Die Pfändung der Hauptforderung erfasst den Auslieferungsanspruch als Nebenrecht i. S. v. § 401 BGB, aber dieser kann nicht allein gepfändet werden.

II.7.5.4.2. Brasilien

Die Frage der Abtretung oder der Pfändung des Auslieferungsanspruchs zusammen mit der Hauptforderung in einem Escrow-Agreement ist im Rahmen der allgemeinen Güterrechtslehre zu erörtern. Nach Art. 92 CC sind Hauptgüter (*bens principais*) solche, die für sich selbst bestehen, während Nebengüter (*bens acessórios*) die Existenz eines Hauptguts voraussetzen. Rechte, die die Verwirklichung eines anderen Rechts absichern, sind Nebenrechte.[976] Güter können auch nach ihrem beweglichen oder unbeweglichen Charakter klassifiziert werden. Die beweglichen Güter (*bens móveis*) umfassen u. a. die dinglichen Rechte über bewegliche Gegenstände sowie persönliche Rechte vermögensrechtlicher Natur (Art. 83, incs. II e III, CC). Unbewegliche Güter (*bens imóveis*) sind u. a. der Boden und dingliche Rechte über Grundstücke (Art. 79, 80, inc. I, CC). Ausgehend von diesen Definitionen kann der

[971] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 41; Weingärtner/*Ulrich*, Vorb. § 27 DONot, Rn. 57; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 29; BGH, DNotZ 2016, 957.
[972] Vgl. Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 29; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 78.
[973] Vgl. *Winkler*, § 58 BeurkG, Rn. 41; Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 79; Arndt/Lerch/Sandkühler/*Sandkühler*, § 23 BNotO, Rn. 191; Frenz/Miermeister/*Hertel*, § 23 BNotO, Rn. 28; BGH DNotZ 1989, 234.
[974] Vgl. *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 111 f.
[975] Vgl. Armbrüster/Preuß/*Mayer*, § 58 BeurkG, Rn. 65; *Kawohl*, Notaranderkonto, Rn. 114; *Brambring*, DNotZ 1990, 615 (645) (die Hinterlegung sichert dann die Käuferinteressen nicht mehr).
[976] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXIII, S. 373 (Rechte, die die Verwirklichung oder Ausübung eines Rechtes sichern oder vereinfachen, sind Hilfsrechte und diese sind eine Art von Nebenrechten).

Auslieferungsanspruch in einem Alternative-Escrow im Verhältnis zur Hauptforderung als bewegliches Nebengut bzw. Nebenrecht bezeichnet werden, da er ausschließlich der Sicherung und Befriedigung der Hauptforderung dient.

Der Código Civil enthält keine allgemeine Vorschrift über Nebengüter. Diese werden verstreut in mehreren Artikeln des Código Civil geregelt. In der Lehre ist der lateinische Aphorismus *accessorium sequitur principale* trotzdem sehr verbreitet. An einigen Stellen des Código Civil findet sich dieser Grundsatz wieder, Arts. 183, 233, 287, 364, 384, 822 CC. Daraus folgt, dass die Abtretung oder Pfändung der Hauptforderung den Auslieferungsanspruch einschließt.

Hinsichtlich der Forderungsabtretung bestimmt der Código Civil (Art. 287 CC) ausdrücklich, dass Nebenrechte mit übertragen werden.[977] Diese Regel ist dispositiv.[978] Die Hauptforderung darf somit ohne das Nebengut abgetreten werden, wenn Art. 287 CC abbedungen wird. Eine davon zu trennende Frage ist, ob die Abtretung des Nebenguts ohne die gleichzeitige Abtretung der Hauptforderung erfolgen darf. Diese Möglichkeit hat *Pontes de Miranda* zu Recht in Bezug auf die Abtretung der Bürgschaft ohne Abtretung der Hauptforderung abgelehnt, da „es um ein Nebenrecht geht, welches keinesfalls ohne die Abtretung der Hauptforderung von Interesse sein könnte".[979] Was passiert dann mit der Sicherheit, wenn die Parteien den Übergang von Nebengütern vertraglich ausschließen und die Hauptforderung abgetreten wird? Denn ohne eine zu tilgende Forderung läuft die Sicherheit ins Leere. *Pontes de Miranda* weist zutreffend darauf hin, dass die Trennung der Bürgschaft von der Hauptforderung durch Abtretung der Hauptforderung nur dann sinnvoll ist, wenn der Zedent für die Solvabilität des Schuldners haftet. In diesem Fall bleibt der Bürge gegenüber dem Zedenten zur Zahlung der Forderung an den Zessionar verpflichtet. Zahlt der Zedent die Forderung an den Zessionar (z. B. weil der Schuldner zahlungsunfähig ist), kann er sich an den Sicherungsgeber halten.[980]

Mit anderen Worten: Sicherheiten beziehen sich immer auf eine Hauptforderung und stellen in diesem Sinne immer Nebengüter dar.[981] Der Grundsatz *accessorium sequitur principale* operiert bei Forderungsabtretungen in beide Richtungen: Einerseits bestimmt er den Übergang von Nebengütern zusammen mit der Hauptforderung, andererseits verbietet er die

[977] Vgl. *Haical*, Cessão de crédito, S. 31 (die Abtretung der Forderung schließt verbundene Rechte und Ansprüche ein).
[978] Vgl. *Haical*, Cessão de crédito, S. 31. Der Übergang von Nebengütern kommt gemäß Art. 287 CC nur dann zur Anwendung, „wenn nichts anderes vereinbart ist" (*salvo disposição em contrário*).
[979] *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXIII, S. 374 (im Original: „*se trata de crédito acessório que de modo nenhum poderia interessar sem a cessão do crédito principal*").
[980] Vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado, Bd. XXIII, S. 374.
[981] Vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 168.

Abtretung des Nebenguts allein. Könnte die Absicherung von der gesicherten Forderung komplett entkoppelt werden, würde das zu widersinnigen Ergebnissen führen. Der Gläubiger könnte die Forderung an einen Dritten verkaufen und im Falle des Schuldnerverzugs weiterhin die Sicherheit verwerten und den Erlös behalten, während der Drittkäufer die Erfüllung der Forderung nicht mehr verlangen könnte. Oder noch absurder: Der Dritte, der die isolierte Sicherheit erwirbt, könnte die Sicherheit nur bei Nichterfüllung des Schuldners verwerten; bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung würde er seine Zahlung nie erhalten und die Sicherheit würde erlöschen. Dem Benachteiligten verbliebe nur der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Zedenten, oder die Abtretung müsste als aleatorisches Geschäft beobachtet werden. Solche Konstrukte scheinen eher künstlich. Hauptforderung und Sicherheit dürfen nicht getrennt werden, da sie auf dasselbe Ergebnis, nämlich die Befriedigung des Gläubigers, gerichtet sind.

Ausschlaggebend ist die gesetzliche Begriffsbestimmung: Nebengüter setzen die Existenz des Hauptguts voraus (Art. 92 CC). Ohne die Verbindung zum Hauptgut hat das Nebengut keinen logischen oder wirtschaftlichen Sinn und kann daher nicht fortbestehen. Ist das Nebengut derart, dass es ohne das Hauptgut fortbestehen kann, so handelt es sich begriffsnotwendig um kein Neben-, sondern um ein Hauptgut. Art. 287 CC muss so ausgelegt werden, dass die Parteien bei der Abtretung des Hauptrechts dem Nebengut Eigenständigkeit gewähren dürfen, wenn es seiner Natur nach möglich ist. In diesem Fall muss es bei der Abtretung nicht mit dem Hauptrecht mitübertragen werden. Sie können auch das Nebenrecht bei der Abtretung so ändern, dass es ohne das Hauptrecht bestehen kann, oder es aufheben. Das Bürgschaftsbeispiel *Pontes de Mirandas* zeigt eigentlich nur, dass die Bürgschaft bei Abtretung der gesicherten Forderung an eine andere Forderung gekoppelt werden kann, nämlich an die Forderung des Zessionars gegen den Zedenten, wenn der Schuldner nicht solvabil ist, oder an die Forderung des Zedenten gegen den Schuldner, wenn diese gemäß Art. 346, inc. III, CC nach Tilgung an den Zedenten zurückfällt.

Wenn die Hauptforderung vorzugsweise mit der Verwertung eines anderen Guts zu befriedigen ist, wie in einer *datio pro solvendo*, ist die Hauptforderung das Hauptrecht, während der Gegenstand der *datio pro solvendo* nur ein Nebengut darstellt. Die vorzugsweise Befriedigung des Gläubigers aus dem Gegenstand der *datio pro solvendo* ändert nichts daran, dass dieser nur eine weitere Befriedigungsmöglichkeit darstellt; Leistungsgegenstand ist er nicht.

Ähnlich wie die Abtretung ist die Pfändung des Hauptrechts zu behandeln, obwohl das CPC keine explizite Regelung für die Pfändung von Nebenrechten beinhaltet. Besteht neben

der gepfändeten Forderung ein als Sicherheit dienendes Nebenrecht, so ist dieses in die Pfändung miteinzubeziehen – *accessorium sequitur principale*. Ebenso wie bei der Forderungsabtretung ist es wenig sinnvoll, nur das Nebenrecht zu pfänden.

Etwaige Wirksamkeitserfordernisse der Abtretung bzw. Pfändung des Nebenrechts müssen selbstverständlich erfüllt werden. Dem Schuldner einer sicherungshalber abgetretenen Forderung muss bspw. die Abtretung an den neuen Gläubiger angezeigt werden (Art. 290 CC). Der Bescheid über die Pfändung der sicherungshalber abgetretenen Forderung muss dem Schuldner zugestellt werden (Art. 855, inc. I, CPC).

Es ist Auslegungsfrage, ob der Abtretungsvertrag bzw. der Pfändungsbeschluss des Nebenguts auch das Hauptrecht einschließt. Im Zweifel ist von einer „Doppelabtretung" oder „Doppelpfändung" auszugehen, da derjenige, der das Haupt- oder Nebenrecht abtreten oder pfänden, wohl auch das andere abtreten oder pfänden will. Die Abtretung oder Pfändung des Hauptrechts unterliegt jedoch nicht immer den gleichen Voraussetzungen wie die Abtretung oder Pfändung des Nebenrechts. Wird z. B. eine Geldsumme gepfändet, und stellt sich später heraus, dass das Geld dem Vollstreckungsschuldner als Kaution für die richtige Erbringung von Dienstleistungen durch einen Dritten überwiesen wurde, so ist es fraglich, ob die Pfändung des (Haupt-) Rechtes auf Dienstleistung oder die Pfändung beider Rechte überhaupt beabsichtigt wurde, da sie nicht tauglich ist, dem Interesse des Vollstreckungsgläubigers zu befriedigen.

Im Ergebnis muss der Auslieferungsanspruch in einem Alternative-Escrow stets zusammen mit der Hauptforderung abgetreten bzw. gepfändet werden. Vor allem das Gebot der „Doppelpfändung" ist für das Alternative-Escrow von Bedeutung, da es in der brasilianischen Gerichtspraxis gelegentlich zu Pfändungen von Escrow-Accounts,[982] ohne Rücksicht auf deren Verhältnis zur Hauptforderung kommt. Um solche Pfändung vornehmen zu können, müsste der Richter eigentlich prüfen, ob die mit dem Escrow-Betrag zu erfüllende(n) Forderung(en) auch gepfändet werden kann.

II.7.5.4.3. Fazit

Das Gebot der „Doppelabtretung" und der „Doppelpfändung" ist in Deutschland und in Brasilien bei Alternative-Escrows zu berücksichtigen, da Nebenrechte nur zusammen mit dem Hauptrecht abgetreten oder gepfändet werden können. Daraus folgt, dass die Abtretung bzw. Pfändung des Escrow-Gegenstands die Abtretung bzw. Pfändung der Hauptforderung erfordert.

[982] Siehe dazu Kap. II.8.2.2.

II.8. Escrow-Agreement in der Zwangsvollstreckung

Aufgrund der Einordnung des Escrow-Agreements in die Doppeltreuhand in Deutschland oder ins doppelfiduziarische Geschäft in Brasilien können Drittgläubiger des Escrow-Agenten unter Annahme der Zugehörigkeit des Escrow-Gegenstands zu seinem Vermögen Vollstreckungsmaßnahmen in den Escrow-Gegenstand durchführen lassen.

Beim Besitz-Escrow sind die Hauptparteien vor Eingriffen von Drittgläubigern des Escrow-Agenten ausreichend geschützt. Da der Hinterleger Eigentümer bzw. Rechtsinhaber bleibt, kann er ebenso wie der Begünstigte als Drittberechtigter stets die Drittwiderspruchsklage in Deutschland bzw. die *embargos de terceiro* in Brasilien erheben. Die Pfändung durch Gläubiger des Escrow-Agenten könnte hingegen für die Hauptparteien eines Vollrecht-Escrows problematisch sein, da sich der Escrow-Gegenstand im Vermögen des Escrow-Agenten befindet. Dies würde sie jedoch unverhältnismäßig belasten, weil das Escrow-Agreement nicht auf die Bereicherung des Escrow-Agenten abzielt. Der Escrow-Agent erbringt keine Gegenleistung für den Erwerb des Escrow-Gegenstands, sondern nutzt ihn nur als Grundlage für die Ausführung seines Auftrags. Der Escrow-Gegenstand ist nur vorübergehend Teil seines Vermögens. Könnten Drittgläubiger vollstrecken, würde die Absicherung der Transaktion ins Leere laufen.

Wenn der Vollstreckungsgläubiger aufgrund einer Schuld des Hinterlegers in den Escrow-Gegenstand vollstreckt, können sowohl der Escrow-Agent als auch der Begünstigte eines Besitz-Escrows entgegenhalten, dass das Eigentum an dem Escrow-Gegenstand aufschiebend bedingt auf den Begünstigten übergegangen ist. Der Begünstigte ist sodann über § 161 Absatz 1 Satz 2 BGB in Deutschland[983] bzw. Art. 126 CC in Brasilien geschützt. Beim Bedingungseintritt werden die in der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung getroffenen Zwischenverfügungen etwa Pfändungspfandrechte unwirksam, sodass die Rechte des Anwärters (d. h. des Begünstigten) einigermaßen vollstreckungsfest sind. Bei Vollrecht-Escrows befindet sich der Escrow-Gegenstand zwar nicht mehr im Vermögen des Hinterlegers, ihm steht aber ein Anwartschaftsrecht zu. Drittgläubiger des Hinterlegers werden nicht benachteiligt, weil sie das Anwartschaftsrecht pfänden lassen können. Die Sicherung der Transaktion wird dadurch nicht beeinträchtigt.

Die Vollstreckung durch Gläubiger des Begünstigten ist weniger problematisch. Das Vollrecht geht vor Eintritt der Bedingung nicht in das Vermögen des Berechtigten über. Er hat

[983] Vgl. m. w. N. Staudinger/*Bork*, § 161 BGB, Rn. 9.

bis dahin nur ein Anwartschaftsrecht, welches dann gepfändet werden kann.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Hauptparteien im Rahmen des Besitz-Escrows ausreichend vor Eingriffen dritter Gläubiger geschützt sind. Vergleichbar mit der Lage in einem Besitz-Escrow ist die Lage in einem unechten Escrow-Agreement, weil auch dort die Inhaberschaft des Auslieferungsanspruchs dem Hinterleger zunächst zusteht und aufschiebend bedingt abgetreten wird. Beim Vollrecht-Escrow hingegen sind die Hauptparteien nicht hinreichend vor Eingriffen von Drittgläubigern des Escrow-Agenten geschützt. Diese Frage wird in den folgenden Kapiteln anhand der Grundsätze der Treuhand bzw. des fiduziarischen Geschäfts behandelt. Diese Frage ist in brasilianischen Escrow-Agreements von großer Bedeutung, da Pfändungen von Escrow-Accounts durch Drittgläubiger des Kontoinhabers große praktische Bedeutung haben.

Nicht Gegenstand dieser Arbeit ist die Behandlung des Escrow-Agreements in der Insolvenz, die wegen der Besonderheit der insolvenzrechtlichen Grundsätze einer eigenen Untersuchung bedürfte. Auch von weniger Bedeutung ist die Treuhand oder das fiduziarische Geschäft (*negócio fiduciário*), deren Gegenstand nicht im Eigentum oder in der Inhaberschaft eines Vollrechts besteht (bspw. eine Ermächtigungstreuhand oder ein mit einer Vollmacht in eigenen Angelegenheiten ausgestattetes fiduziarisches Geschäft), weil da das Treugut nicht dem Treuhändervermögen gehört. Hier wird lediglich auf die Zwangsvollstreckung in den Escrow-Gegenstand durch Drittgläubiger der Escrow-Parteien in einem Vollrecht-Escrow (d. h. in einer Vollrechtstreuhand bzw. einem fiduziarischen Geschäft mit einem Recht als Gegenstand) eingegangen.

II.8.1. Deutschland

Je nachdem, ob das Treugut von Gläubigern des Treuhänders oder des Treugebers in Anspruch genommen wird, werden in Deutschland unterschiedliche Rechtsfolgen ausgelöst. Der Zweck der Treuhand (Sicherungs-, Verwaltungs- oder Erfüllungstreuhand) und die Interessenausrichtung (insbesondere der Charakter als Doppeltreuhand) ziehen ebenfalls unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich. Grundlegend für die Frage der Vollstreckung im Außenverhältnis des Escrow-Agreements ist die Darstellung des Außenverhältnisses anderer Treuhandarten.

II.8.1.1. Vollstreckung durch Gläubiger des Escrow-Agenten

II.8.1.1.1. Sicherungstreuhand

In der Sicherungstreuhand hält der Treuhänder das Treugut, um eine eigene Forderung zu sichern. In der Einzelzwangsvollstreckung durch einen Gläubiger des Treuhänders darf der Treugeber vor dem Verwertungsfall die Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO erheben, weil das Treugut nur als Sicherheit fungiert. Nach Eintritt der Verwertungsreife darf er nach h. M. nicht mehr intervenieren.[984] Allerdings ist zu beachten, dass dem Treuhänder im Falle der Verwertung der Erlös nur bis zur Höhe der gesicherten Forderung zusteht. Deshalb sollte dem Treugeber in Bezug auf den Mehrerlös zumindest ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO zustehen, auch wenn er nicht widersprechen kann.[985] Wird die Sicherungsabrede gegenstandslos, z. B. weil die gesicherte Schuld erfüllt wird, so kann der Treugeber die Rückgabe des Sicherungsgutes verlangen.

II.8.1.1.2. Erfüllungstreuhand

Die Zwangsvollstreckung in eine Sache, die zugleich Gegenstand einer Erfüllungstreuhand ist (hier wird der Fall der Leistung erfüllungshalber unterstellt), gleicht einer Sicherungstreuhand, bei der der Sicherungsfall eingetreten ist.[986] Der Grund dafür ist, dass der Treuhänder sofort berechtigt ist, das Sicherungsgut zu verwerten und sich daraus zu befriedigen. Die Gläubiger des Erfüllungstreuhänders können daher in das Treugut vollstrecken und bei einem Erlös, der den Wert der zu erfüllenden Forderung übersteigt, kann der Treugeber auf vorzugsweise Befriedigung klagen.

II.8.1.1.3. Verwaltungstreuhand

Im Kernbereich des Treugeberschutzes in einer Verwaltungstreuhand steht die Wertung, dass der Treuhänder Eigentum bzw. Rechtsinhaberschaft am Treugut erwirbt, ohne Entgelt leisten zu müssen. Der Zugriff auf das Treugut durch Drittgläubiger wäre dementsprechend wertungswidersprüchlich, da die Vermögensverschiebung nie dazu bestimmt war, die Haftungsmasse des Treugebers zu erhöhen. Der Vermögenszuwachs wäre ohne ein gegenläufiges

[984] Vgl. Musielak/Voit/*Lackmann*, § 771 ZPO, Rn. 18; *Gernhuber*, JuS 1988, 355 (359); BGH NJW 1978, 1859 (1860). Siehe auch m. w. N. MünchKomm/*K. Schmidt/Brinkmann*, § 771 ZPO, Rn. 29 (kritisch aber zur h. M.).
[985] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, § 4, B, II, 2, c (bei Vollstreckung in eine zur Sicherung abgetretene Forderung wäre demgegenüber die Drittwiderspruchklage zulässig, weil die vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO nicht auf Forderungen anwendbar wäre).
[986] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, § 4, C, II, 1.

Vermögensopfer nicht zustande gekommen.[987] Aus Billigkeitsgründen ist die Aufrechterhaltung der Treuhänderstellung erforderlich. Wie dies technisch-juristisch gerechtfertigt werden kann, ist Gegenstand kontroverser Diskussionen. Im Folgenden werden die wichtigsten Ansätze analysiert.

II.8.1.1.3.1 Trennung formellen und materiellen Eigentums

Schon vor Inkrafttreten des BGB hat das Reichsgericht eine erste Rechtfertigung mit der Unterscheidung zwischen formellem und materiellem bzw. zwischen rechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum geliefert. Nach einer bekannten Entscheidung aus dem Jahre 1890 bewirke die Treuhand keine Übertragung des Treuguts auf das Treuhändervermögen, weil der Wille der Kontrahenten nur auf einen formellen, aber nicht materiellen Eigentumsübergang gerichtet sei.[988] Im Falle der Insolvenz des Treuhänders oder der Zwangsvollstreckung gegen den Treuhänder könne daher der Treugeber das Treugut für sich beanspruchen Diese Begründung ist mehreren Entscheidungen des Reichsgerichts vor und nach dem Erlassen des BGB zugrunde gelegt worden. Möglicherweise ist sie mit Definitionen der Treuhand selbst verbunden.[989]

II.8.1.1.3.2. Das Unmittelbarkeitsprinzip

Ein Grundstein des Treugeberschutzes im Außenverhältnis wurde in der Grundentscheidung RGZ 84, 214 mit dem sog. Unmittelbarkeitsprinzip gelegt. Im Sachverhalt ging es um den Erwerb eines Grundstückes und den daran anschließenden Abschluss von Mietverträgen in eigenem Namen durch den Treuhänder. Das Grundstück hatte zuvor nie dem Treugeber gehört; der Treuhänder hat es in einer Zwangsversteigerung direkt und in eigenem Namen erworben, allerdings für Rechnung des Treugebers. Er hatte die Mietforderungen regelmäßig eingezogen und an den Treugeber weitergeleitet. Nach Pfändung mehrerer dem Treuhänder zustehenden Mietforderungen durch einen seiner Gläubiger erhob der Treugeber die Drittwiderspruchsklage. Das RG erklärte die Klage für unbegründet, da der Treugeber nur dann Schutz vor

[987] Vgl. *Canaris*, NJW 1973, 825 (832).
[988] SeuffArch 46, 91: „so war ersichtlich der Wille der Contrahenten gar nicht auf eine wirkliche Übertragung der Ausstände an Beklagten gerichtet und würde dieser daher auch durch die Cession nur formell (wie bei der fiducia des älteren röm. Rechts) Eigenthümer derselben geworden sein, während sie materiell Eigenthum des Beklagten verblieben waren“. In dem Fall ging es um den Verkauf eines Geschäfts mit sämtlichen Aktiven und Passiven, wobei der Käufer die vor dem Verkauf entstammenden Forderungen für Rechnung des Verkäufers einziehen und an diesen weiterleiten sollte. Nachdem der Käufer in Konkurs geraten war, hat der Verkäufer durch Zirkular gegenüber den Forderungsschuldnern die Forderungen an sich verlangt, was auf Widerstand des Konkursverwalters gestoßen ist. Das Reichsgericht hat dem Verkäufer ein Aussonderungsrecht gestattet.
[989] Bspw. ist dieser Ansatz in der bereits erwähnten Entscheidung RGZ 79, 121 zu finden (siehe oben Fn. 299). Für eine ausführliche Darstellung der Entwicklung des Treuhandbegriffs in der RG-Rechtsprechung, siehe *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 2, I, 1.

Eingriffen der Treuhandgläubiger verdiene, wenn er das Treugut unmittelbar aus seinem Vermögen an den Treuhänder übereignet. Rechte, deren Ersterwerb im Vermögen des Treuhänders erfolgt, genießen diesen Schutz nicht. Das RG knüpft in dieser Grundentscheidung an die Trennung formellen und materiellen Eigentums an und fügt weiter hinzu, dass ein rechtliches, wenn auch nicht wirtschaftliches, Ausscheiden des Treuguts aus dem Vermögen des Treugebers nur dann anzunehmen sei, wenn der Treugeber „einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet, und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll".[990] Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilde § 392 Abs. 2 HGB, wonach bei einem Kommissionsgeschäft die Forderungen des Kommissionärs, auch wenn sie nicht an den Kommittenten abgetreten sind, im Verhältnis zu dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Denn beim Kommissionsgeschäft ist für den Rechtsverkehr erkennbar, dass der Kommissionär für fremde Rechnung handelt und daher mit einem Widerspruch in der Zwangsvollstreckung zu rechnen sei.[991] Damit wurde das sogenannte Unmittelbarkeitsprinzip entwickelt, das die weitere Rechtsprechung des RG und des BGH[992] stark geprägt hat.

Es bedarf keiner besonderen Erläuterung, dass das Erfordernis des unmittelbaren Ausscheidens des Treuguts aus dem Vermögen des Treugebers zu einer Einschränkung des Treugeberschutzes führt. Bei der Erwerbstreuhand erfolgt der Rechtserwerb unmittelbar in das Treugut, es wird keine unmittelbare Vermögensverschiebung durch den Treugeber veranlasst und bei der Vereinbarungstreuhand befindet sich das Treugut bereits im Vermögen des Treuhänders.[993] In der Literatur ist das Unmittelbarkeitsprinzip heftig kritisiert worden. So wurde z. B. bemängelt, dass die Unmittelbarkeit leicht durch eine Hin- und Herübertragung des Treugutes hergestellt und damit leicht umgangen werden könne.[994] Ein solches Pendeln mit dem Treugut wäre dem Rechtsverkehr jedoch nicht zumutbar, da es unnötige Kosten verursachen könnte, insbesondere wenn es sich um Immobilien handelt.[995] Außerdem wird dem Unmittelbarkeitsprinzip entgegengehalten, dass die aufgrund unmittelbarer Übertragung bewirkte Erkennbarkeit

[990] RGZ 84, 214 (217). Es ist bemerkenswert, dass das RG in dieser Entscheidung nicht nur eine Voraussetzung für den Treugeberschutz im Außenverhältnis erschaffen hat, sondern hat vielmehr den Treuhandbegriff auf die Übertragungstreuhand beschränkt.
[991] Vgl. RGZ 84, 214 (216).
[992] Ausführlich zur Entwicklung solcher Rechtsprechung siehe *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 2, I, 1, b), aa) und bb).
[993] Vgl. Staudinger/*Martinek/Omlor,* Vorb. §§ 662, Rn. 47 (aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips ist das Aussonderungsrecht bzw. die Drittwiderspruchsklage nur bei der echten, also Übertragungstreuhand, gestattet); *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut, S. 122.
[994] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 748.
[995] Vgl. *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 4, I, 3, a).

des (nur schuldrechtlich) beschränkten Eigentums nicht geeignet sei, der von der Rechtsprechung des RG[996] als wesentlich erachtete Kreditgefährdung entgegenzuwirken.[997] Ferner sei das Erfordernis der Unmittelbarkeit nach *Canaris* systemfremd, weil die Anerkennung dinglicher Wirkungen von anderen Kriterien, wie Spezialität und Publizität abhänge, nicht aber von der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung. Zudem gelte das Unmittelbarkeitsprinzip offensichtlich nicht für andere gesetzlich geregelte Treuhandfälle, wie etwa § 392 Absatz 2 HGB.[998] Angesichts der Kritik verwundert es nicht, dass der BGH selbst in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 offen gelassen hat, ob die Unmittelbarkeit überhaupt ein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt.[999]

Im Ergebnis bildet das Unmittelbarkeitsprinzip trotz der Kritik immer noch einen Grundstein des Treugeberschutzes in der Vollrechts-Verwaltungstreuhand. Die Rechtsprechung hat zwar, wie noch zu zeigen sein wird, weitere Maßstäbe zum Schutz des Treugebers entwickelt, das Unmittelbarkeitsprinzip ist aber nicht aufgegeben worden.

II.8.1.1.3.3. Ausnahme zur Unmittelbarkeit: offene Treuhandkonten

Die offenen Treuhandkonten haben sich in der Rechtsprechung als Ausnahme zum Unmittelbarkeitserfordernis herausgebildet. Bei Treuhandkonten ist das Treugut die Guthabenforderung gegen das Kreditinstitut. Das Guthaben wird aber selten unmittelbar aus dem Treugebervermögen übertragen, weil die Überweisung auf das Treuhandkonto eine neue Forderung gegen die Bank originär in der Person des Treuhänders begründet. Das Unmittelbarkeitsprinzip könnte also bei Treuhandkonten im Grundsatz nicht eingehalten werden.[1000] Allerdings hat sich in der Rechtsprechung des BGH die Auffassung durchgesetzt, dass Einlagen auf offenen Treuhandkonten dem Zugriff von Drittgläubigern entzogen sein sollen. Diese Entwicklung zeigt sich besonders deutlich unter zwei Gesichtspunkten. Zum einen hat der BGH wiederholt festgehalten, dass Pfand- und Aufrechnungsrechte der kontoführenden Bank aus Ansprüchen gegen den Treugeber nur bei offenen Treuhandkonten ausgeschlossen sind.[1001] Zum anderen wurde

[996] Vor allem in der Entscheidung RG JW 1910, 4 (Nr. 2).
[997] Vgl. *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 4, I, 3, b), aa).
[998] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, S. 411.
[999] Vgl. BGHZ 155, 227, Rn. 14 f.
[1000] Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 280; *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 88 f.
[1001] Vgl. BGH NJW 1985, 1954 (Ausschluss des Pfandrechts der Bank auf Kontoguthaben ist bei offenen Treuhandkonten anzunehmen); BGH NJW 1987, 3250 (bei offenen Treuhandkonten ist ein Ausschluss des Aufrechnungsrechts der Bank als vereinbart anzusehen); BGH NJW 1988, 263 (Bank darf nicht Kontoguthaben verpfänden, wenn ihr erkennbar ist, dass der Kontoinhaber die Einlagen nur treuhänderisch hält); BGH NJW 1988, 709 (Bank darf gegen Einlagen im Eigenkonto des Treuhänders verrechnen); BGH NJW 1991, 101 (Ausschluss des

die Drittwiderspruchsklage und das insolvenzrechtliche Aussonderungsrecht in Bezug auf Einlagen in versteckten Treuhandkonten abgelehnt, bei offenen Treuhandkonten jedoch zugelassen.[1002]

Die Notwendigkeit der Offenkundigkeit des Treuhandkontos für die Anerkennung des Treugeberschutzes wurde jedoch verschiedentlich in Frage gestellt. In einer bekannten Entscheidung aus dem Jahre 1973 hat der BGH ausgeführt, dass die Offenkundigkeit bei der Kontoeröffnung nur für die Auslegung der Willenserklärung der Bank hinsichtlich des Verzichts auf Pfand-, Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte am Kontoguthaben, nicht aber für die Zwangsvollstreckung von Drittgläubigern des Treuhänders maßgeblich sei. Entscheidend sei, ob das Konto ausschließlich zur Verwahrung fremder Gelder eingerichtet worden sei, nicht aber die Publizität des Treuhandcharakters.[1003]

Der BGH hat auch in Entscheidungen, die nicht Streitigkeiten gegen die kontoführende Bank betrafen, das Merkmal der Offenkundigkeit zurückgestellt. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1996 hatte der Treugeber Drittwiderspruchsklage gegen die Pfändung des zu seinen Gunsten verwalteten Kontoguthabens durch das Land wegen unbezahlter Steuerschulden des Treuhänders erhoben. Der BGH lehnte auch hier das Publizitätserfordernis ab, bestand aber auf die ausschließliche Nutzung des Kontos zu Treuhandzwecken. Werden Treuhandgelder auf ein Konto eingezahlt, das nicht ausschließlich der Verwaltung fremder Gelder dient, so kann das Guthaben nicht dem Treugut zugerechnet werden. Sind Eigen- und Fremdgelder auf dem Konto vermischt, „gehört die Guthabenforderung gegen die Bank noch zum Vermögen des Anwalts; dem Mandanten steht lediglich ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch aus § 667 BGB zu“.[1004] In dem Fall hatte der Rechtsanwalt das Anderkonto für die Zahlung eigener Steuerschulden verwendet, das aber war nach Ansicht des BGH nicht ausreichend für die Ablehnung

---

vertraglichen Pfandrechts einer Bank am Kontoguthaben bedarf der anfänglichen Offenlegung des treuhänderischen Charakters des Kontos).

[1002] Vgl. BGH NJW 1971, 559 (Forderung der Treugeberin, die mittels Überweisung auf das Geschäftskonto des Rechtsanwalts getilgt wird, erfüllt nicht die Voraussetzung der Unmittelbarkeit); BGH NJW-RR 1993, 301 (kein Aussonderungsrecht in Bezug auf Guthaben des Grundstücksverwalters im Treuhandkonto, dessen treuhänderischen Charakter nicht offengelegt wurde); BGH WM 2005, 1796 (dem Aussonderungsrecht bzw. der Drittwiderspruchsklage des Treugebers reicht es, dass „das Konto offen ausgewiesen oder sonst nachweisbar ausschließlich zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmt ist“).

[1003] Vgl. BGH NJW 1973, 1754 (1755). Diesem Gedanken ist auch die Entscheidung in BGH NJW 1993, 2622 gefolgt (Einlagen im Treuhandkonto müssen nicht offenkundig sein, sofern Unmittelbarkeitsprinzip eingehalten wird. Offenlegung ist nur Voraussetzung für das Abbedingen der Rechte der Bank am Kontoguthaben wie Verpfändung, Aufrechnung und Zurückbehaltung).

[1004] BGH NJW 1996, 1543 (1543). Auch in *obiter dictum* zum bekannten „Kassenwartfall“ hat der BGH zu verstehen gegeben, dass die Veruntreuung der Gelder im Treuhandkonto die Eigenschaft als Treuhandkonto/Treugut beeinträchtigt (BGH NJW 1959, 1223 (1225)).

der Drittwiderspruchsklage.[1005] Wichtig an dieser Entscheidung ist, dass der BGH ausdrücklich auf die getrennte Vermögenshaltung abgestellt und diese zum Merkmal der vermögensrechtlichen Zuordnung gemacht hat. Weitere Entscheidungen aus den Jahren 2003[1006] und 2011[1007] sind diesem Ansatz gefolgt.

Diese kurze Darstellung zeigt, dass das Unmittelbarkeitsprinzip in der Rechtsprechung nicht ganz konsequent angewandt wird. Wie sich die Unmittelbarkeit der Vermögensübertragung auf die Trennung von wirtschaftlichem und rechtlichem Vermögen auswirkt, ist schwer zu sagen. Auch die bei Treuhandkonten durchgeführten Kriterien der Offenkundigkeit und der gesonderten Vermögenshaltung beantworten nicht direkt die Frage, warum bestimmte Gegenstände des Treuhändervermögens nicht für die Verbindlichkeiten des Treuhänders haften sollen.

II.8.1.1.3.4. Überwindung des Unmittelbarkeitsprinzips?

Einige Autoren und BGH-Entscheidungen haben anstelle des Unmittelbarkeitsprinzips andere Kriterien für die Gewährung des Treugeberschutzes vorgeschlagen bzw. angewandt. Nicht alle Kriterien können hier untersucht werden. Für die Zwecke der Rechtsvergleichung genügt es, die wichtigsten Kriterien heranzuziehen.[1008] Im Vordergrund steht das dem deutschen Recht innewohnende einheitliche Eigentumskonzept. Der Gegensatz zwischen *numerus clausus* und Verfügungsvoraussetzungen einerseits und der quasi-dinglichen Relevanz der Treuhandvereinbarung andererseits kann als Ursache für die Schwierigkeiten angesehen werden, die sich bei der Treuhand ergeben.[1009] Die zu beantwortende Frage ist dann, wie das Treugut zum Vermögen des Treuhänders gehören kann, ohne für dessen Verbindlichkeiten zu

[1005] Vgl. BGH NJW 1996, 1543.
[1006] Vgl. BGHZ 155, 227 (Rn. 15): „im Streitfall kann dahingestellt bleiben, inwieweit die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Offenkundigkeit (…) allgemein taugliche Abgrenzungsmerkmale darstellen".
[1007] Vgl. BGH, NJW-RR 2011, 779. Hier ging es um die Insolvenz einer Gesellschaft, die Beteiligungen am Einlagenpool für die Durchführung von Optionsgeschäften angeboten hat. Die Schuldnerin-Treuhänderin hätte mittels gefälschter Jahresabschlüsse inexistente Gewinne an vorhandene Anleger ausgezahlt und die Konten, auf die die Anleger Einzahlungen gemacht hatten (Einzahlungskonten), zweckwidrig verwendet, bspw. für Selbstzahlung von u. a. Verwaltungs- und Vertriebsgebühren, Kommissionen und Agio auf ihre Geschäftskonten. Daneben hätte sie auch Überweisungen zwischen eigenen Geschäfts- und Einzahlungskonten vollzogen. Als die Insolvenz eröffnet wurde, wollte ein Anleger das Aussonderungsrecht auf die Einzahlungskonten ausüben, was aber vom BGH zurückgewiesen wurde, weil die zweckwidrige Verwendung der Anlegergelder zum Verlust der Eigenschaft als Treugut geführt hatte: „die Aussonderungsbefugnis des Treugebers ist entscheidend daran geknüpft, dass der Treuhänder die Treuhandbindung beachtet" (S. 781). Und weiter: „Die Untreue des Treuhänders hat jedoch auch zur Folge, dass das Konto insgesamt nicht mehr dem Vermögen des Treugebers zugerechnet werden kann" (S. 781). Wichtig hier ist die Verknüpfung der getrennten Verwaltung fremder Gelder mit der Vermögenszuordnung.
[1008] Für eine komplette Darstellung der Versuche, den Treugeberschutz in der Vollstreckung in Deutschland zu begründen, mit den relevanten Kritiken, siehe *Löhnig*, Treuhand, §§ 33, 34.
[1009] Vgl. *Karsten Schmidt*, FS Wiegand, S. 940 f.

haften.

a) Offenkundigkeit

Nach dem Offenkundigkeitsgrundsatz wäre dem Treugeber Schutz zu gewähren, wenn das Treuhandverhältnis bei seiner Begründung den Gläubigern gegenüber offengelegt worden wäre.[1010] Obwohl dieser Ansatz in der Rechtsprechung zu Treuhandkonten zumindest teilweise Unterstützung gefunden hat, ist er als Abgrenzungskriterium auf Kritik gestoßen. Einerseits wird darauf hingewiesen, dass viele Forderungen schon gar nicht publik werden.[1011] Andererseits, dass die Publizität kein notwendiges Element für die Begründung einer Treuhand ist,[1012] obgleich sie für andere Zwecke von Bedeutung sein kann, wie z. B. für den Nachweis des Treuhandcharakters oder für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf die Pfand- und Aufrechnungsrechte einer Bank in Bezug auf das Kontoguthaben.

b) Bestimmtheit

Als weiteres Kriterium für den Schutz im Außenverhältnis der Treuhand wurde die Bestimmtheit des Treugutes vorgeschlagen. Es basiert auf der Feststellung, dass sich ein unbestimmter oder unbestimmbarer Gegenstand von anderen Gegenständen nicht sondern lässt.[1013] Ist er mit anderen Gegenständen vermischt, so kann nicht mehr präzisiert werden, was Treugut ist. Dagegen ließe sich allerdings einwenden, dass die bloße Bestimmtheit zu einer der Wertung des BGB-Gesetzgebers widersprechenden Ausdehnung des Insolvenz- und Vollstreckungsprivilegs auf praktisch alle Fälle mittelbarer Stellvertretung führen würde.[1014]

c) Verdinglichung obligatorischer Rechte

Assfalg wollte aus dem Vergleich zum englischen Trust das „Benefiziarrecht" des Treugebers ziehen. Der Interessenkonflikt zwischen Drittgläubiger und Treugeber sei in beiden Rechtssystemen bekannt, aber unterschiedlich gelöst. Das englische Recht komme den Treugeberinteressen am weitesten entgegen, da der Dritterwerber des Treuguts zu dessen Herausgabe

[1010] Vgl. BGH NJW 1959, 1223 (1225); *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. II, 5, a); *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn. 280.
[1011] Vgl. *Henssler*, AcP 196, 37 (57).
[1012] Vgl. *Karsten Schmidt*, FS Wiegand, 933 (956 ff.); BGH NJW 1973, 1754; BGH NJW 1993, 2622; BGH NJW 1996, 1543.
[1013] Vgl. m. w. N. *Henssler*, AcP 196, 37 (58 ff.), „der insolvenzspezifische Bestimmtheitsgrundsatz folgt aus dem Wesen der Aussonderung als der Befugnis, dem Gemeinschuldner nicht gehörendes Vermögen von der Konkursmasse abzutrennen".
[1014] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. II, 5, a, dd); *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 6, II, 4, e).

an den Treugeber gehalten ist und als Treuhänder behandelt werde; es sei denn, er hat den Gegenstand entgeltlich und ohne vorsätzliche oder grob fahrlässige Unkenntnis der ihn treffenden treuhänderischen Bindung erworben. In kontinentalen Rechtssystemen würde der Schutz des Dritten bevorzugt, und der Treugeber könne nur gegen den Treuhänder vorgehen, mit Ausnahme von der sittenwidrigen Mitwirkung des Dritten beim Erwerb des Gegenstands. Die „angemessenste Lösung" für den Interessenwiderstreit im deutschen Recht bestünde, so *Assfalg*, in einer Modifikation der englischen Regelung.[1015] So kommt er zum Vorschlag eines „Benefiziarrechts". Darunter wäre ein „durch das Aussonderungsrecht geschützte[r] obligatorischer Anspruch auf Gewährung des wirtschaftlichen Genusses an einem Vermögensgegenstand"[1016] als „Frühstufe der Verdinglichung des Begünstigtenrechtes" zu verstehen.[1017] Die damals geltenden §§ 1, 43 KO würden diesen Vorschlag rechtfertigen, weil nicht alle sich unter Eigentum des Gemeinschuldners befindenden Gegenstände dem Gläubigerzugriff zugänglich wären, sondern nur diejenigen, die seinem Vermögen gehören.[1018] Die Widerspruchsklage des Treugebers nach § 771 ZPO finde allerdings keine Stütze im Gesetz und müsse als gewohnheitsrechtliche Entwicklung angesehen werden.[1019]

Canaris hat 1978 die Möglichkeit der Verdinglichung obligatorischer Rechte vertreten und mit diesem Ansatz den Treugeberschutz gerechtfertigt. Seiner Auffassung zugrunde liegt der Gedanke, dass dingliches Recht jedes Recht wäre, das eine absolute Herrschaft an Sachen oder Rechten gewähre.[1020] Unter Herrschaft versteht *Canaris* die unmittelbare Zuordnung eines Gegenstands zu seinem Inhaber, der das Objekt des dinglichen Rechts bildet.[1021] Die Absolutheit zeichne sich seinerseits durch den umfassenden Klageschutz,[1022] den Verfügungs- und Sukzessionsschutz[1023] und die Konkurs- und Vollstreckungsfestigkeit aus.[1024] Es stünde der Rechtsordnung grundsätzlich frei, eine bestimmte Rechtsposition nur mit einzelnen oder allen

[1015] Vgl. *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut, Kap. 5, A.
[1016] Vgl. *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut, S. 163.
[1017] Vgl. *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut, S. 162.
[1018] Vgl. *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut, S. 164.
[1019] Vgl. *Assfalg*, Die Behandlung von Treugut, S. 165 f.
[1020] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. I, 2, d).
[1021] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. I, 2, a).
[1022] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. I, 2, b), aa). Der umfassende Klageschutz setze sich aus dem Herausgabeanspruch, sowie aus Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen (§§ 985, 1004 BGB), sowie aus dem Deliktsschutz aus § 832 Absatz 1 BGB zusammen.
[1023] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. I, 2, b), bb). Verfügungs- und Sukzessionsschutz bestehe aus der grundsätzlichen Unmöglichkeit des bisherigen Berechtigten, wirksame Verfügungen zu Lasten des dinglich Geschützten zu treffen.
[1024] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. I, 2, b), cc). Konkurs- und Zwangsvollstreckungsfestigkeit bedeute die Gewährung von Ab- oder Aussonderungsrechten, Drittwiderspruchklagen sowie bevorzugter Befriedigung aus dem Gegenstand.

Eigenschaften der dinglichen Rechte auszustatten.[1025] Beim Verdinglichungsprozess einer Rechtsposition sollten im Grundsatz die allgemeinen Prinzipien des Sachenrechts beachtet werden, denn sie stellen allgemeine, für alle dinglichen Rechte geltende Rechtsgedanken dar.[1026] So wären das *numerus clausus*, die Spezialität und vor allem die Publizität zu beachten. Der sachenrechtliche Typenzwang würde nicht durch die Verdinglichung obligatorischer Rechte beeinträchtigt, weil das *numerus-clausus*-Prinzip kein Verbot der Rechtsfortbildung enthalte. Der Rechtsanwender könne also neue Rechtsstellungen mit dinglichem Charakter anerkennen, sofern es sich um einen fest umrissenen Tatbestand handelt.[1027] Anhand dieser Überlegungen kommt *Canaris* zur Frage der Vollrechtstreuhand. Maßgebliches Kriterium für die Zuerkennung einer solchen Verdinglichung wäre die Offenkundigkeit der Zuordnung dinglicher Eigenschaften zum obligatorischen Recht. Den in der Rechtsprechung längst anerkannten Treugeberschutz sieht *Canaris* als Ausfluss der Verdinglichung der Treugeberstellung durch die Gewährung von Konkurs- und Vollstreckungsfestigkeit. Das Unmittelbarkeitsprinzip wäre in bestimmten Fällen ein Äquivalent für die Publizität, aber nicht der Grund für den Schutz des Treugebers. Im Ergebnis könnte die Position des Treugebers zur Verdinglichung gelangen, wenn das Treuhandverhältnis offenkundig wäre. Dies könnte im Liegenschaftsrecht ausschließlich durch Eintragung in das Grundbuch geschehen, im Übrigen auf jede andere Weise. Das Gewerbe oder der Beruf des Treugebers (wie im Tatbestand des § 392 Absatz 2 HGB) oder die Unmittelbarkeit der Vermögensübertragung können dieses Erfordernis erfüllen.[1028]

d) Sondervermögensbildung

Coing sieht die Treugüter als ein zweckgebundenes Sondervermögen an. Die dem Sondervermögen gehörenden Rechte dienen nicht (oder zumindest nicht ausschließlich) den Interessen des Treuhänders, sondern dem Zweck der Treuhand selbst. Das Sondervermögen entstünde durch die Bildung zweier getrennter Vermögensmassen in der Person des Treuhänders, wobei er nur mit der einen (der persönlichen Vermögensmasse) frei verfahren könnte, mit der anderen (der Sondervermögensmasse) aber an die Interessen des Treuhandzwecks gebunden wäre.[1029] Mit diesem Ansatz durchbricht er die von der Rechtsprechung entwickelte Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Eigentum, die zwar den Charakter des Treuguts als Sondervermögen zum Ausdruck bringt, aber nicht vorzugswürdig sei. Sie übermittele dank des

[1025] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, S. 375.
[1026] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, S. 376.
[1027] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. I, 3, a) und b).
[1028] Vgl. *Canaris*, FS Flume, Bd. I, Kap. II, 5, a).
[1029] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 86.

Einbezugs der „unklaren Form des wirtschaftlichen Eigentums“, die falsche Vorstellung, dass das Eigentum dem Treuhänder nicht gehöre. Ferner berücksichtige sie nur das Treugeberinteresse, was nicht der Wirklichkeit entspräche, da auch Interessen Dritter und des Treuhänders selbst in der Treuhand Berücksichtigung finden können. Maßgeblich ist die Gegenüberstellung der formellen Berechtigung des Treuhänders einerseits und der materiellen Interessen und Zwecke der Treuhand selbst (nicht des Treugebers) andererseits.[1030] So gelangt *Coing* zur Schlussfolgerung, dass die Gläubiger des Treuhänders auch dann nicht in das Treugut vollstrecken können, wenn das Unmittelbarkeitsprinzip nicht gewahrt ist. Entscheidend wäre nicht die Art der Vermögensübertragung, sondern dass es sich um ein getrenntes Sondervermögen handle. Um die Konturen der Treuhand gegenüber der mittelbaren Stellvertretung abzugrenzen, wäre die Unmittelbarkeit der Vermögensübertragung nicht nötig. Die Bestimmbarkeit des Treuguts reiche dafür aus.[1031] Beruht der Anspruch des Drittgläubigers aber auf einer Verwaltungsmaßnahme des Treugutes selbst, so kann ihm dessen Sondervermögenseigenschaft nicht entgegengehalten werden.[1032]

Mit einer ähnlichen Begründung der Bildung eines Sondervermögens versucht *Löhnig*, das Treugut dem Eingriff von Drittgläubigern des Treuhänders zu entziehen. Im Gegensatz zu *Coing* lehnt er eine generelle Zulässigkeit der Bildung von Sondervermögen ab, weil dies mit dem Ausnahmecharakter der Surrogationsregelungen und dem Grundsatz der Vermögenseinheit unvereinbar wäre.[1033] Die Möglichkeit der Bildung eines treuhänderischen Sondervermögens könne aber von der Auslegung der Insolvenzordnung gewonnen werden. Der BGB-Gesetzgeber hätte sich zwar die Möglichkeit der Begründung eines Sondervermögens ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht vorgestellt, aber die Lakonie der Treuhandregelung im § 292 InsO zeige, dass diese Möglichkeit beim Erlassen der Insolvenzordnung im Jahre 1994 unterstellt war. Die Voraussetzung für die Bildung eines Sondervermögens gelten mithin „nach Ansicht des Gesetzgebers der InsO nicht nur für die Treuhand nach § 292 InsO, sondern generell für sämtliche Treuhandverhältnisse“.[1034] Im Ergebnis reiche für die Entstehung des Sondervermögens das Vorliegen eines Treuhandverhältnisses aus.[1035] Das Sondervermögen solle einem bestimmten Treuhandzweck dienen, damit die das Vermögen bildenden Gegenstände nicht

[1030] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 95.
[1031] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 178 f.
[1032] Vgl. *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 180, 182.
[1033] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, § 34, IV, 2.
[1034] *Löhnig*, Treuhand, S. 777. Für die vollständige Argumentation zwischen der Treuhandauffassung des BGB-Gesetzgebers und derjenigen, die dem InsO-Gesetzgeber vorschwebte, siehe *Löhnig*, Treuhand, § 34, V bis VII.
[1035] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, S. 807.

dem eigennützigen Belieben ihres Rechtsträgers unterliegen. Die Zweckbindung sei auch wichtig, um das Sondervermögen vor dem Zugriff der Gläubiger des Eigenvermögens des Rechtsträgers sowie vor unzulässigen Verfügungen des Rechtsträgers selbst zu schützen.[1036] Überdies dürfte das Sondervermögen nicht die einzige Haftungsmasse für Gläubiger aus Geschäften des Sondervermögens darstellen; vielmehr sollte der Treuhänder für Verbindlichkeiten des Sondervermögens auch mit seinem eigenen Vermögen haften. Nur in den gesetzlich geregelten Fällen hafte das Sondervermögen allein für Verbindlichkeiten der Treuhand.[1037_1038] Als Folge solcher Überlegungen wäre die Vollstreckung durch einen Gläubiger des Treuhandvermögens in das treuhänderische Sondervermögen prinzipiell zulässig.[1039] Wird die Klage jedoch von einem Gläubiger aus dem Eigenvermögen des Treuhänders auf einen zum Sondervermögen gehörenden Gegenstand erhoben, so kann nur der Treuhänder, nicht aber der Treugeber eine Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben oder den Gegenstand nach § 47 Satz 1 InsO aussondern. Dies erklärt sich daraus, dass nur derjenige zur Intervention berechtigt ist, der ein dingliches Recht oder einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe einer Sache hat, die nicht zum Vermögen des Schuldners gehört, also einen Anspruch, der die Nichtzugehörigkeit der Sache zum Schuldnervermögen zum Ausdruck bringt. Da der Treugeber nur einen Verschaffungsanspruch (kein dingliches Recht noch einen Herausgabeanspruch) auf Übertragung von sich noch im Treuhandvermögen befindenden Treugütern habe und der Gegenstand dem Treuhänder gehöre, stünde ihm kein Aussonderungsrecht oder Drittwiderspruchsklage zu.[1040] Nur ausnahmsweise könne der Treugeber im eigenen Namen im Wege der Prozessstandschaft die Treuhänderrechte geltend machen.[1041]

e) Theorie der Gefahrtragung

Bitter hat anhand des Gedanken der Gefahrtragung versucht, die Frage des Treugeberschutzes zu lösen. Nach einer tiefgreifenden Untersuchung der Gesetzgebungsgeschichte des § 392 Absatz 2 HGB, stellt *Bitter* fest, dass ein umfangreicherer Schutz des Kommittenten wegen eines „Denkfehlers“ des Gesetzgebers nicht ins HGB übernommen worden sei, und folglich

[1036] Vgl. *Löhnig*, Treuhand, § 34, VIII, 2, d), bb).
[1037] Dies liege daran, dass das Gesetz nur in begrenzter Zahl solche Formen zulässt, und zwar unter Beachtung gewisser Vorkehrungen zur Wahrung der Verkehrsinteressen, bspw. die Mindestkapitalanforderungen bei der GmbH oder der Aktiengesellschaft. Vgl. *Löhnig*, Treuhand, § 34, VIII, 2, d), cc).
[1038] Ein ähnliches Ergebnis, auch hinsichtlich der einseitigen Abschottung des Treuhandvermögens, erreicht *Chen*, der die Bildung eines Sondervermögens in der Treuhand als Erscheinung eines in der Rechtsprechung angesiedelten Gewohnheitsrechts ansieht. Vgl. *Chen*, Die Treuhand als Rechtsform für Sondervermögen, § 8, IV und V.
[1039] Vgl. *Löhnig*, Treuhand § 34, IX, 4.
[1040] Vgl. *Löhnig*, Treuhand § 34, IX, 3, b) und c).
[1041] Vgl. *Löhnig*, Treuhand § 34, IX, 3, d).

auch nicht ins BGB. Ein Widerspruch entstünde in der Regelung des § 392 Absatz 2 HGB, weil dort nur die vom Kommissionär erworbenen Forderungen dem Zugriff seiner Gläubiger entzogen wurden; die dieser Vorschrift zugrunde liegende Wertung sollte aber auch für den Warenerwerb maßgeblich sein. Ein weiterer Widerspruch wäre bei den Beratungen des BGB-Entwurfs entstanden, als die Zweite Kommission die Übernahme einer dem § 392 Abs. 2 HGB entsprechenden Regelung in das BGB abgelehnt hat;[1042] ein Wille des Gesetzgebers, den Kommittenten günstiger zu behandeln als andere Hintermänner, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden, so *Bitter*. Der Gesetzgeber hätte auf eine gesetzliche Anordnung verzichtet, weil er dabei „von unzutreffenden Wertungsgrundlagen“[1043] ausginge. Im Ergebnis wäre der im § 392 Absatz 2 HGB vorgesehene Fall irrtümlicherweise ohne Korrespondenz im allgemeinen bürgerlichen Recht geblieben.[1044]

Diese Lücke sei mithilfe von § 392 Absatz 2 HGB zu schließen. Hinter dieser Vorschrift stecke der Gedanke der Gefahrtragung hinsichtlich des Treuguts. Mit anderen Worten ist der Kommissionär der rechtliche Inhaber der Forderung bzw. Eigentümer der Sache, wer aber die Gefahr des Sachuntergangs oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners trägt, ist der Kommittent. Im Regelfall trägt der Eigentümer die Gefahr der Sache (*casus sentit dominus*). Wenn aber Gefahr und Rechtsträgerschaft auseinanderfallen, so liegt eine Treuhand vor.[1045] Aufgrund dieser Gefahrtragung trotz fehlender Rechtsträgerschaft sollte der Treugeber unter manchen Aspekten einem dinglichen Rechtsinhaber gleichgestellt werden. So erklärte sich die Anwendbarkeit der §§ 47 InsO, 771 ZPO auf die Treuhand. Die dem § 392 Absatz 2 HGB zugrunde liegende Wertung wäre so zu verstehen, „der Treugeber kann zwar vor einer Übertragung keine Rechte aus dem Treugut herleiten (Abs. 1). Er wird aber dennoch vor den Gefahren der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung geschützt (Abs. 2)“.[1046] Somit gelangt *Bitter* zu einer allgemeinen Lehre, die den Treugeberschutz auf weitere, von § 392 Absatz 2 HGB nicht unmittelbar

[1042] Für die vollständige Erläuterung des Gesetzgebungsverfahrens, das in den heutigen § 392 Absatz 2 HGB und in den Mangel ähnlicher Regelung im BGB resultiert hat, siehe *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 7, II, 3 und 4; § 7, III, 1 und 2; § 8, II, 4. Insbesondere was die Diskussionen zum BGB-Entwurf angeht, bezweckten zwei Anträge, im Auftragsrecht das hinter § 392 Absatz 2 HGB steckende Prinzip zu übernehmen, wurden aber abgelehnt. Dies wurde begründet damit, dass § 392 Absatz 2 HGB einen Sonderfall darstelle – der Rechtserwerb durch den Hintermann entspreche den Verkehrsgewohnheiten der Handelskommission und jeder wisse, dass der Kommissionär fremdes Vermögen hält. Ferner wären auch die freie Wahl des Hintermanns, nur eine mittelbare Stellvertretung zu begründen, sowie die Übersichtlichkeit der Vermögensverhältnisse (Gedanke der Vermeidung der Kreditgefährdung) in Betracht zu nehmen. Siehe dazu auch *Bitter,* Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 5, II, 1 bis 3.
[1043] *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 260.
[1044] Vgl. *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 7, VI, 2, b), bb).
[1045] Vgl. *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 305, 307 f.
[1046] *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, S. 507.

erfasste Fälle ausdehnt.[1047]

II.8.1.1.3.5. Zwischenergebnis

Die dargestellten Schwierigkeiten bei der Suche nach der richtigen rechtlichen Konstruktion der Treuhand beruhen auf dem Grundproblem, dass das deutsche materielle Recht von einem einheitlichen Eigentumsbegriff ausgeht und daher für die Verbindlichkeiten des Rechtsträgers grundsätzlich dessen gesamtes Vermögen haftet. Die Rechtsprechung hat den Treugeberschutz mit bedenklichen Argumenten gerechtfertigt, die die Rechtslehre nicht ganz konsistent überarbeiten konnte. Mit *Siebert* könnte man behaupten, dass bei der Vollrechtstreuhand vielleicht nichts anderes als das Billigkeitsgefühl für den Schutz des Treugebers spricht.[1048]

Das Unmittelbarkeitsprinzip basiert in der Tat auf der irrigen Annahme, dass der unmittelbare Abfluss aus dem Vermögen des Treugebers genügt, um den Rechtsverkehr über die zumindest „wirtschaftliche" Zugehörigkeit des Treugutes zu informieren. Dies wird in der Begründung der Entscheidung RGZ 84, 214 deutlich, in der das Gericht versucht, den Schutz des Kommittenten in § 392 Abs. 2 HGB zu rechtfertigen. In diesem Sinne ist *Canaris* recht zu geben, dass die Unmittelbarkeit nichts anderes ist als ein Ausdruck des Publizitätsgedanken. Die Frage, die diese Rechtsprechung nicht beantwortet, lautet: Warum sollte der Publizität eine solche Wirkung zukommen? Diese Wirkung kann sie für sich genommen nicht erzielen. Das Unmittelbarkeitsprinzip birgt die Gefahr einer übermäßigen Ausdehnung der Vollstreckungsfestigkeit auf gesetzlich nicht vorgesehene Fälle und damit der Rechtsunsicherheit.

Auch die Bestimmtheit des Treuguts kann nicht allein die Vollstreckungsfestigkeit rechtfertigen. Jeder kann mehrere Bankkonten eröffnen, um seine eigenen Mittel zu verwalten. Die bloße getrennte Führung eines solchen Kontos macht es nicht vollstreckungsfest.

Die Theorien, die auf die Bildung von Sondervermögen abzielen, müssen sich mit dem Vorwurf auseinandersetzen, dass das Gesetz nirgends eine allgemeine Ermächtigung zur Bildung von Sondervermögen enthält. Die Gefahrtragungsthese seinerseits ist eine fruchtbare Beschreibung der Treuhand und der Inkongruenzen des Gesetzgebungsverfahrens, liefert aber keine angemessene Erklärung für einen angeblichen Vollstreckungsschutz, der im Gesetz eigentlich nicht vorgesehen ist.

Einer vernünftigen Erklärung des Treugeberschutzes in der Zwangsvollstreckung ist

[1047] Vgl. *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, § 8, II, 4, b), aa) und bb).
[1048] Vgl. *Siebert*, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 167 ff.

Canaris mit seiner Lehre der Verdinglichung obligatorischer Rechte nahegekommen. Die Publizität als solche wird nicht als Grund für den Schutz des Treugebers angeführt, sondern nur als Voraussetzung für die Gewährung bestimmter dinglicher Wirkungen eines obligatorischen Rechts. Die Achillesferse der Theorie ist das *numerus clausus*-Prinzip, denn, auch wenn man es nicht als Hindernis für die Entwicklung neuer dinglichen Rechte ansieht, bleibt immer noch unklar, was und ab wann ein „fest umrissener" Tatbestand gegeben wäre.

Die Offenkundigkeit des Treuhandcharakters von Bankkonten wurde sinnvollerweise als Auslegungsregel für die Willenserklärung der kontoführenden Bank herangezogen. Denn die Treuhand wirkt nur *inter partes*, also zwischen Bank, Treuhänder und Treugeber. Die Gefahr einer ausufernden Wirkung der Treuhand auf unbeteiligte Dritte besteht nicht.

II.8.1.1.4. Doppeltreuhand

Bei der Sicherungsdoppeltreuhand können sich der Sicherungsgeber und der Gesicherte vor Eintritt des Sicherungsfalls mit der Drittwiderspruchsklage gegen die Einzelzwangsvollstreckung eines Gläubigers des Doppeltreuhänders wehren.[1049] Nach Erlöschen der gesicherten Forderung kann nur der Sicherungsgeber die Drittwiderspruchsklage erheben, denn der Gesicherte ist nicht mehr betroffen.[1050] Tritt der Sicherungsfall ein, können sowohl der Sicherungsnehmer als auch der Sicherungsgeber weiterhin die Drittwiderspruchsklage erheben, da der Doppeltreuhänder nicht zur Verwertung zu eigenem Gunsten berechtigt ist. Mit Eintritt des Sicherungsfalles ändert sich die Situation gegenüber der Situation vor Eintritt des Sicherungsfalles nicht.[1051]

II.8.1.1.5. Konsequenzen für das Escrow-Agreement

Die seit langem geführte Diskussion über den Schutz des Treuguts vor Eingriffen der Treuhändergläubiger hat erhebliche praktische Auswirkungen auf das Vollrecht-Escrow. Das Escrow-Agreement ist eine Doppeltreuhand mit Sicherungs- und Erfüllungscharakter. Die Sicherheit und die gesicherte Forderung stehen nicht derselben Person zu: Der Doppeltreuhänder hat zwar das Vollrecht am Gegenstand (also die Sicherheit), der Begünstigte ist jedoch Inhaber der durch die Sicherheit gesicherten Forderung. Beide Hauptparteien haben ein Interesse am Escrow-Gegenstand selbst, und nicht an dessen Verwertung. Diese besondere Interessenlage ist

[1049] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 168 f.; *Henssler*, AcP 196, 37 (51); RGZ 79, 121. Anders: *Liebich/Mathews*, Treuhand, S. 153 (nur der Gesicherte wäre zur Drittwiderspruchsklage legitimiert).
[1050] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 167 f.
[1051] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 170.

für den Schutz des Treuguts im Außenverhältnis des Escrow-Agreements ausschlaggebend.

Im Gegensatz zur Sicherungsdoppeltreuhand, bei der die Verwertung der Sicherungssache nur eine sekundäre Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers im Fall des Leistungsausfalls bietet, befriedigt die Weitergabe des Escrow-Gegenstands das primäre Gläubigerinteresse. Dies hat zur Folge, dass bei Eintritt der Bedingung der Escrow-Gegenstand weitergereicht oder zurückgegeben und nicht verwertet wird. Bis zur Auslieferungsreife sollen beide der Hinterleger und der Begünstigte Verstrickungen widersprechen können, weil der Escrow-Gegenstand an die Erfüllung einer Forderung des Begünstigten gebunden ist, und beide Hauptparteien an der Erfüllung solcher Forderung interessiert sind. Handelt es sich um einen Ersatz-Escrow, so kann der Hinterleger nach Eintritt der Bedingung nicht mehr widersprechen. Der Hinterleger hat kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand, weil er von seiner Pflicht im Hauptgeschäft bereits befreit ist. Beim Alternative-Escrow kann er bis zur tatsächlichen Auslieferung die Drittwiderspruchsklage erheben, da sein Interesse an der Befreiung von der zugrunde liegenden Schuld erst mit der Auslieferung befriedigt wird. Der Begünstigte kann hingegen immer widersprechen, wenn die Bedingung eintritt. Bei Ausfall der Bedingung steht dieses Recht nur dem Hinterleger zu, da der Begünstigte keinen Anspruch mehr auf den Escrow-Gegenstand erwerben kann.

II.8.1.2. Vollstreckung durch Gläubiger der Hauptparteien

Die im vorigen Kapitel erforschte Frage des Treugutschutzes vor Eingriffen der Treuhändergläubiger bedingt gewissermaßen auch die Frage danach, ob die Gläubiger des Treugebers in das Treugut vollstrecken dürfen. Da das „wirtschaftliche“ Eigentum am Treugut beim Treugeber bleibt, sollten zumindest dessen Gläubiger auf das Treugut zugreifen dürfen. Anderenfalls würde das Treugut während der Dauer der Treuhandschaft in einer Grauzone zwischen zwei Vermögensmassen schweben und wäre weder in der einen noch in der anderen vollstreckbar. Dieses Spannungsverhältnis kennzeichnet insbesondere die Verwaltungstreuhand.

II.8.1.2.1. Sicherungstreuhand

Bei der eigennützigen (Sicherungs-) Treuhand darf der Sicherungsnehmer nach h. M. die Drittwiderspruchsklage erheben,[1052] mindestens, solange der gesicherte Anspruch

[1052] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*K. Schmidt/Brinkmann*, § 771 ZPO, Rn. 30; *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, S. 94.

besteht.[1053] Die Gegenansicht gewährt dem Treuhänder nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös nach § 805 ZPO.[1054] Letzteres ist insofern sinnvoll, als der Sicherungsnehmer kein „wirtschaftliches" Eigentum hat. So wird auch die oben beschriebene Grauzone vermieden. Andererseits verfügt der Treugeber, da es sich um eine Einzelzwangsvollstreckung und nicht um eine Insolvenz handelt, wahrscheinlich über weitere Vermögenswerte, die verwertet werden können, ohne die Abwicklung des Treuhandverhältnisses zu stören. Ohnehin ist die Zwangsvollstreckung in den Rückübertragungsanspruch oder, wenn dieser bedingt ist, in das Anwartschaftsrecht des Treugebers möglich.[1055]

II.8.1.2.2. Erfüllungstreuhand

Bei der Erfüllungstreuhand (hier wird die Leistung erfüllungshalber als Hauptfall der Erfüllungstreuhand zugrunde gelegt) ist die Interessenlage vergleichbar mit der Sicherungstreuhand, bei der der Sicherungsfall bereits eingetreten ist. Der Treuhänder ist Eigentümer des Sicherungsgutes und kann sich daraus vorrangig befriedigen. Dem Treuhänder steht dementsprechend in der Einzelzwangsvollstreckung die Drittwiderspruchsklage zu, und der Vollstreckungsgläubiger kann nur in den Übererlös vollstrecken.[1056]

II.8.1.2.3. Verwaltungstreuhand

Komplizierter ist die Frage bei der uneigennützigen (Verwaltungs-) Treuhand. Nach einer Auffassung dürften die Treugebergläubiger nicht unmittelbar in das Treugut vollstrecken (Inhaber wäre der Treuhänder), aber Ansprüche des Treugebers aus dem Treuhandverhältnis könnten gepfändet werden.[1057] Denkbar ist somit die Pfändung eines Anwartschaftsrechts. Demgegenüber könnte man – der Trennung von wirtschaftlichem und rechtlichem Eigentum folgend – die Auffassung vertreten, dass das Treugut dem Vermögen des Treugebers zuzurechnen ist, mit der Folge, dass der Treuhänder nicht intervenieren darf.[1058]

Der BGH hat sich mehrfach mit dieser Frage befasst. Eine Entscheidung aus dem Jahr 1953 betraf die Bestellung eines Treuhänders zur Verwaltung des Vermögens eines in

---

[1053] Vgl. m. w. N. Musielak/Voit/*Lackmann*, § 771 ZPO, Rn. 19; BGH NJW 1978, 1859 (1860).
[1054] Vgl. m. w. N. MünchKomm/*K. Schmidt/Brinkmann*, § 771 ZPO, Rn. 30.
[1055] Ausführlich dazu: *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, § 4, B, I, 2 und 3. Siehe auch m. w. N. MünchKomm/*K. Schmidt/Brinkmann*, § 771 ZPO, Rn. 30.
[1056] Vgl. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, § 4, C, I.
[1057] Vgl. *Stöber*/*Rellermeyer*, Forderungspfändung, Rn. A.542 f., A.548; Anders/Gehle/*Nober*, § 829 ZPO, Rn. 9; *Grage*, RNotZ 2005, 251 (266).
[1058] Vgl. MünchKomm/*K. Schmidt/Brinkmann*, § 771 ZPO, Rn. 27; Musielak/Voit/*Lackmann*, § 771 ZPO, Rn. 21; Zöller/*Herget*, § 771 ZPO, Rn. 14.27; *Lange*, NJW 2007, 2513 (2515).

Zahlungsschwierigkeiten geratenen Bäckereiinhabers. Dafür wurde ein Treuhandkonto errichtet, aus dem die laufenden Unkosten der Bäckerei gezahlt und die Überschüsse unter die Gläubiger anteilsmäßig verteilt wurden. Ein Gläubiger des Bäckers hat aufgrund eines Vollstreckungstitels gegen den Bäcker das Treuhandkonto gepfändet. In der Zwischenzeit wurde der frühere Treuhänder durch neue Treuhänder ersetzt, die sich einige Tage nach der Pfändung die Forderung aus dem Treuhandkonto vom ersten Treuhänder abtreten ließen. Die neuen Treuhänder klagten auf Feststellung, dass ihnen die beschlagnahmten Gelder zustünden. Der BGH hat die Klage für begründet erklärt, weil „der Treuhänder Dritten gegenüber vollberechtigt sein soll (…) Nur gegenüber dem Treugeber und seinen Gläubigern ist er dann in seinen Rechten beschränkt".[1059] Obwohl in dieser Entscheidung des BGH das wirtschaftliche Eigentum des Treugebers am Treugut bejaht wurde, bedeutet dies nicht, dass der Inhaber eines gegen den Treugeber gerichteten Vollstreckungstitels in das Treugut vollstrecken dürfe.[1060] Aus dieser Entscheidung geht nicht eindeutig hervor, ob die Ablehnung der Vollstreckung allein auf verfahrensrechtlichen Gründen beruhte, d. h. auf einem Fehler im Vollstreckungstitel. Dennoch wurde diese genaue Begründung in weiteren Entscheidungen des BGH zitiert.[1061]

Diese Rechtsprechung scheint, die Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Eigentum nicht ganz konsequent durchgehalten zu haben. Folgt man zugleich dem Grundsatz der Unpfändbarkeit des Treuguts durch Treuhändergläubiger (allenfalls unter Beachtung des Unmittelbarkeitsprinzips), so würde dies dazu führen, dass das Treugut – jedenfalls während der Dauer der Treuhandschaft – von niemandem gepfändet werden könnte. Pfändbar bleiben nur das Anwartschaftsrecht und sonstige Ansprüche des Treugebers aus dem Treuhandverhältnis.

II.8.1.2.4. Doppeltreuhand

Die Doppeltreuhand mit Sicherungszweck weist einige Besonderheiten auf, da der Treuhänder das Treugut zwar im eigenen Namen hält, die Verwaltung erfolgt jedoch im Interesse des Gesicherten und des Sicherungsgebers. Es kommt darauf an, welcher Gläubiger in das Treugut vollstreckt. Ist der Sicherungsnehmer Vollstreckungsgläubiger, so hat der Treuhänder nach Eintritt des Sicherungsfalls keine Widerspruchsmöglichkeit. Wird die Zwangsvollstreckung von einem Drittgläubiger des Sicherungsgebers betrieben, so sind sowohl der Doppeltreuhänder als auch der Sicherungsnehmer zur Erhebung der Drittwiderspruchsklage berechtigt. Die

[1059] BGH NJW 1954, 190 (191).
[1060] Vgl. BGH NJW 1954, 190 (192).
[1061] Vgl. BGH WM 1958, 1222 (1223, Nr. I, 1, a), aa)); BGH NJW 1993, 2041; BGH NJW 1994, 726.

Tatsache, dass der Doppeltreuhänder im eigenen Interesse nicht vollberechtigt ist, ändert nichts an seiner Widerspruchsberechtigung. Jedenfalls ist die Vollstreckung in ein etwaiges Anwartschaftsrecht bzw. einen Rückübertragungsanspruch möglich.[1062] Da es sich um eine Doppeltreuhand für Sicherungszwecke handelt, erscheint es angemessen, den Sachverhalt ähnlich wie bei der Sicherungstreuhand zu behandeln. Tritt der Sicherungsfall ein, so hat der Doppeltreuhänder das Treugut zu verwerten und den Erlös zu verteilen, wobei auch hier die Drittgläubiger an dem Übererlös beteiligt werden können.

II.8.1.2.5. Konsequenzen für das Escrow-Agreement

Obwohl es sich beim Escrow-Agreement um eine Doppeltreuhand handelt, ist die Anwendung der für die Doppeltreuhand geltenden Grundsätze nicht unproblematisch, da die Interessenlage in einem Escrow-Agreement und die Pflichten des Escrow-Agenten Besonderheiten aufweisen. In der Doppeltreuhand für Sicherungszwecke hat der Gesicherte kein primäres Interesse am Sicherungsgegenstand, und die Befriedigung der Sicherungsforderung erfolgt erst durch Verwertung des Treuguts. Beim Escrow-Agreement befriedigt der Escrow-Gegenstand das primäre Interesse des Begünstigten. Der Anspruch gegen den Escrow-Agenten wird infolgedessen erfüllungshalber oder als primärer Leistungsgegenstand erworben.[1063] Beim Escrow-Agreement findet im Gegensatz zur Sicherungsdoppeltreuhand keine Verwertung des Gegenstandes statt. Die Pflichten eines Escrow-Agenten gehen typischerweise nicht oder nur in geringem Umfang über die Entgegennahme, Aufbewahrung und Weiter- oder Rückgabe des Gegenstands hinaus. Andererseits spiegeln die Auslieferungsbedingungen im typischen Sachverhalt die Erbringung der Gegenleistung des Begünstigten wider.

Bis zur Auslieferungsreife ist kein Grund ersichtlich, weshalb in der Einzelzwangsvollstreckung nicht alle Parteien des Escrow-Agreements widersprechen dürften, egal ob es sich um einen Gläubiger des Hinterlegers oder des Begünstigten handelt. Sowohl den Hauptparteien als auch dem Escrow-Agenten steht die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO zu, da mit dem Escrow-Gegenstand die Sicherung oder Befriedigung einer Forderung verbunden ist, so dass alle Beteiligten ein berechtigtes Interesse am Fortbestand des Treuhandverhältnisses haben. Die Pfändung des Anwartschaftsrechts bleibt allerdings möglich.

Nach Eintritt der Bedingung zur Weitergabe des Escrow-Gegenstands dürfen Escrow-Agent und Begünstigter weiterhin Vollstreckungsmaßnahmen von Drittgläubigern des

[1062] Vgl. m. w. N. *Hirschberger*, Die Doppeltreuhand, § 6, D, I.
[1063] Siehe dazu Kap. II.6.3.1.3.

Hinterlegers im Wege der Drittwiderspruchsklage begegnen – sei es in einem Ersatz-Escrow, sei es in einem Alternative-Escrow. Der Hinterleger eines Ersatz-Escrows kann nicht mehr widersprechen, weil er nach Eintritt der Erfüllungswirkung kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand hat. Beim Alternative-Escrow darf der Hinterleger nach Eintritt der Bedingung widersprechen, weil er weiterhin ein Interesse an der Auslieferung hat, da er für die vertragsgemäße Auslieferung verantwortlich bleibt. Hingegen dürfen die Gläubiger des Begünstigten in einem Ersatz- oder Alternative-Escrow in den Auslieferungsanspruch vollstrecken, weil sich der Anspruch bereits im Vermögen des Begünstigten befindet. Unterlässt der Escrow-Agent die Auslieferung und erfüllt der Hinterleger die Hauptforderung auf andere Weise, so fällt der Auslieferungsanspruch an den Hinterleger zurück, und dessen Gläubiger können die Zwangsvollstreckung betreiben.

Fällt die Escrow-Bedingung aus, so hat der Hinterleger einen pfändbaren Anspruch auf Rückgabe des Escrow-Gegenstands. Dessen Gläubiger können diesen Anspruch pfänden lassen, ohne dass Escrow-Agent oder der Begünstigte dagegen Einspruch erheben können – der Begünstigte hätte dann keine Möglichkeit mehr, den Escrow-Gegenstand zu erhalten. Die Situation kehrt sich um, wenn ein Gläubiger des Begünstigten die Pfändung veranlasst. In diesem Fall kann der Begünstigte der Pfändung zwar nicht widersprechen, weil er kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand hat. Aber der Hinterleger und der Escrow-Agent dürfen die Drittwiderspruchsklage erheben, weil sie noch Interesse an der vertragsmäßigen Auslieferung an den Hinterleger, also an der Rückgabe des Gegenstands, haben.

II.8.2. Brasilien

In Brasilien wird die Einheit des Eigentumsrechts sehr konsequent bewahrt, trotz des unbilligen Ergebnisses für den Fiduzianten. Nicht einmal die Inhaberschaft einer Forderung kann etwa in eine „rechtliche“ und „wirtschaftliche“ Inhaberschaft gespaltet werden, da Verfügungsgeschäfte in Brasilien dem *numerus clausus* unterliegen.[1064] Die Beschränkung der Wege, in denen über ein Recht verfügt werden kann, rechtfertigt sich, um ein zentralisiertes System der Güterzuordnung im Wirtschaftsverkehr zu schaffen, und so letztendlich auch im Rechtsverkehr.[1065] Der Schutz der Beteiligten eines fiduziarischen Geschäfts muss somit an anderer Stelle gesucht werden, anstatt in der Spaltung der Güterinhaberschaft.

[1064] Siehe dazu *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 234 ff., insb. 239 f. (*numerus clausus* der Verfügungsgeschäfte betrifft sowohl dingliche als auch persönliche Rechte).
[1065] Vgl. *Vanzella*, O contrato e os direitos reais, S. 147 ff.

Vor allem im Fall der Vollstreckung in das Fiduziargut durch einen Gläubiger des Fiduziars wird das allgemeine Billigkeitsgefühl verletzt. Der Fiduziar wird unverhältnismäßig benachteiligt und der Drittgläubiger begünstigt, weil letzterer seine Forderung aus einem Vermögenswert befriedigt, den der Fiduziar ohne Gegenleistung nicht endgültig erworben und der Fiduziar nicht endgültig veräußert hätte. Daraus jedoch abzuleiten, dass die Gläubiger nicht über das Treugut des Treuhänders verfügen können, würde zu absurden Ergebnissen führen. In einem einfachen Kauf beweglicher Sache z. B., bei dem der Kaufpreis sofort zu tilgen, aber die Sachübergabe und demzufolge der Eigentumsübergang in einem künftigen Moment zu erfolgen sind, müsste der Käufer vor dem Eigentumserwerb auch Pfändungen durch Drittgläubiger widersprechen können, weil die Gegenleistung des Verkäufers noch nicht erbracht worden wäre. Ein weiteres Beispiel: In einem unentgeltlichen Sachdarlehen könnte die Darlehenssache nicht durch Drittgläubiger des Darlehensnehmers gepfändet werden, weil sein Eigentum an der Darlehenssache (Art. 587 CC) auch ohne Gegenleistung erworben worden wäre. Die Tatsache, dass der Eigentumserwerb nur vorübergehend stattfindet und nicht für die Bereicherung des Erwerbers gedacht ist, ändert daran nichts. Richtigerweise stehen dem Benachteiligten in solchen Fällen – inklusiv dem Fiduzianten – nur Schadensersatzansprüche zu.

Die zu beantwortende Frage lautet dann, inwieweit die Fiduzianten Vollstreckungsmaßnahmen in das Fiduziargut durch Gläubiger des Fiduziars widersprechen können, ohne Inhaberschaft des Fiduziarguts zu haben. Der Schlüssel zur Lösung dieser Frage liegt in der dinglichen oder schuldrechtlichen Natur der Bedingung (m. a. W., ob die Parteien eine sog. „germanische“ oder „römische“ Fiducia vereinbart haben). Nur durch eine dinglich wirkende Bedingung des Verfügungsgeschäftes können die Treugeber vor Zwischenverfügungen des Treuhänders (einschließlich Pfändungen durch seine Gläubiger) nach Maßgabe des Art. 126 CC geschützt werden. Auf das Escrow-Agreement lässt sich dieser Grundsatz im Ganzen übertragen.

Die Natur der Bedingung wirkt sich auch auf die Vollstreckung durch einen Gläubiger des Fiduzianten aus, und *a fortiori* auf das Escrow-Agreement. Der Erfolg der Vollstreckung hängt hier jedenfalls vom Eintritt bzw. Ausfall der Escrow-Bedingung. Vor dem Bedingungseintritt bzw. -ausfall kann nur eine Pfändung des Anwartschaftsrechts erfolgen. Danach können nur die Gläubiger des Berechtigten auf den Escrow-Gegenstand zugreifen.

II.8.2.1. Vollstreckung durch Gläubiger des Escrow-Agenten

In Brasilien ist der Fiduziant grundsätzlich nicht vor Verstrickungen des Fiduziarguts geschützt, die durch Gläubiger des Fiduziars veranlasst werden. Da das Fiduziargut zum

Vermögen des Fiduziars gehört, haftet es für die Verbindlichkeiten des Fiduziars wie sonstiges Vermögen des Fiduziars.[1066] Der Fiduziant geht mithin das Risiko ein, dass Gläubiger des Fiduziars auf das Treugut zugreifen, bevor es dem Fiduzianten zurückgegeben wird. Die Art des fiduziarischen Geschäfts (für Sicherungs-, Erfüllungs- oder Verwaltungszwecke oder gar ein doppelfiduziarisches Geschäft) ist insoweit unerheblich. Soweit es zum Vermögen des Fiduziars gehört, kann der Fiduziant der Pfändung nicht widersprechen. Dem Fiduzianten verbleibt nur ein Schadensersatzanspruch aus Nichterfüllung gegenüber dem Fiduziar.[1067] In einem Escrow-Agreement können die Hauptparteien dementsprechend Pfändungen nicht widersprechen, die aufgrund einer Schuld des Escrow-Agenten mit dessen Gläubigern veranlasst werden.

Anders verhält es sich, wenn das dem Escrow-Agenten übertragene Vollrecht selbst bedingt ist. Pfändungen des Vollrechts sind zwar möglich, aber von wenig Nutzen, wenn die Bedingung eintritt oder ausfällt. Denn dann fällt das Vollrecht automatisch an den Hinterleger zurück oder geht an den Begünstigten weiter, Zwischenverfügungen wie die Pfändung sind unwirksam.[1068_1069] Ausgenommen ist der Fall, dass die gerichtliche Veräußerung (*alienação judicial*) vor Bedingungseintritt (oder -ausfall) erfolgt, weil der Ersteher das Recht originär erwirbt.

Eine weitere, neu eingeführte Möglichkeit zum Schutz des Fiduzianten vor Eingriffen von Gläubigern des Fiduziars ist der im Art. 7°-A, § 1°, vom Gesetz Nr. 8.935/94 vorgesehene notarielle Escrow-Account. In Brasilien herrscht die Auffassung, dass ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung keine Sondervermögen gebildet werden dürfen.[1070] Genau eine solche Erlaubnis beinhaltet das Gesetz Nr. 8.935/94, wonach die Beträge im notariellen Escrow-Account ein getrenntes Vermögen bilden, „welches nicht von einer gerichtlichen oder steuerlichen Behörde aufgrund einer nicht durch das Geschäft selbst begründeten Verbindlichkeit des Hinterlegers, des Notars oder von jeder Partei verstrickt werden darf“ (Art. 7°-A, § 1°). Ist also ein Notar der Escrow-Agent und wird das Geld in einen notariellen Escrow-Account eingezahlt, können beide Hauptparteien den Vollstreckungsmaßnahmen im Escrow-Account widersprechen, unabhängig von der Natur der Escrow-Bedingung, ob auf schuldrechtlicher oder

[1066] Vgl. *Alves*, Alienação fiduciária em garantia, S. 40; *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 32.
[1067] Siehe oben Fn. 463.
[1068] Diese Möglichkeit bei den fiduziarischen Geschäften im Allgemeinen bejahend: *Martins-Costa*, RDCC 2017, 165 (Rn. 86); *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 32 f. Zur Unwirksamkeit von Pfändungen in der Schwebezeit eines bedingten Verfügungsgeschäfts, wenn die Bedingung eintritt, siebe oben Kap. II.2.1.2.2.2.
[1069] Auch die Pfändung selbst könnte die Bedingung sein, die das Zurückfallen des Vollrechts an den Fiduzianten herbeiführt. Zum Zeitpunkt der Pfändung gäbe es sodann kein Vollrecht mehr im Vermögen des Fiduziars, welches gepfändet werden könnte (vgl. *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 32 f.).
[1070] Siehe oben Fn. 553.

dinglicher Ebene.

Ist das Vollrecht des Escrow-Agenten aber weder bedingt noch gehört es zu einem getrennten Vermögen, kann der Escrow-Agent (oder die Hauptparteien im Wege einer Drittwiderspruchsklage) nur die Ersetzung der Pfändungssache nach Art. 805 CPC beantragen. Dafür muss nachgewiesen werden, dass die Vollstreckung in einer für den Gläubiger effizienteren und für den Schuldner weniger gravierenden Weise vollzogen werden kann. Dafür gibt es in der Regel gute Argumente. Zunächst und vor allem zwingt die Beschlagnahme des Escrow-Gegenstands in die Nichterfüllung des Escrow-Agreements, weil der Escrow-Agent nicht mehr den Gegenstand herausgeben können wird, wenn die Bedingung eintritt bzw. ausfällt. Die Befriedigung der Vollstreckungsforderung in dieser Weise würde eine unnötige Schadensersatzpflicht des Escrow-Agenten verursachen. Außerdem setzt die Einzelzwangsvollstreckung voraus, dass dem Escrow-Agenten weitere Vermögenswerte verbleiben, um seine Schulden zu tilgen. Sonst stünde eine potentielle Insolvenz im Raum. Der Vollstreckungsgläubiger hat also mindestens in Abstrakt die Möglichkeit, seine Forderung mit anderen Vermögensgegenständen des Escrow-Agenten zu befriedigen. Die Hauptparteien kann der Escrow-Agent hingegen nicht mit anderen Vermögensteilen befriedigen, denn ihr Interesse ist primär auf den Escrow-Gegenstand gerichtet.

II.8.2.2. Vollstreckung durch Gläubiger der Hauptparteien

Die Möglichkeit der Vollstreckung in das Fiduziargut durch Gläubiger der Hauptparteien wird in Brasilien hauptsächlich im Rahmen der Sicherungsübereignung von Grundstücken angesprochen. Die Rechtsprechung des STJ hat längst den Grundsatz gefestigt, dass der Vollstreckungsgläubiger nicht das Grundstück (das Fiduziargut) pfänden kann, sondern nur die Rückerwerbsrechte (*direitos aquisitivos*) des Sicherungsgebers.[1071] Dies entspricht dem Grundsatz der Einheit des Eigentums. Damit wird auch der Tatsache Rechnung getragen, dass sich das Eigentum im Vermögen des Fiduziars befindet. Dem Fiduzianten steht vor Eintritt des Sicherungsfalls nur ein Rückerwerbsrecht zu, welches nichts anderes als ein Anwartschaftsrecht (*direito expectativo*) ist.[1072]

Die Konstellation der Sicherungsübereignung ist zwar mit dem klassischen Vollrecht-

[1071] Vgl. mit weiteren Rechtsprechungshinweisen: STJ, REsp 1.940.748/SP, Tenor Min. Marco Aurélio Bellizze, 23.10.2023. Ältere Rechtsprechung: STJ, REsp 47.047/SP, Tenor Min. Humberto Gomes de Barros, 17.10.1994.
[1072] Vgl. *Moreira Alves*, Da alienação fiduciária em garantia, S. 175 ff.; *Guedes/Terra* in: Guedes/Moraes/Meireles, Direito das garantias, S. 218 f.; *Restiffe Neto/Restiffe*, Garantia fiduciária, S. 325. Siehe auch: *Chalhub,* Alienação fiduciária, S. 177.

Escrow nicht ganz vergleichbar, denn das Eigentumsrecht ist selbst auflösend bedingt, während beim klassischen Vollrecht-Escrow eine solche Bedingung nicht vereinbart wird. Die Hauptparteien haben dann nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Fiduziar[1073] auf Übertragung des Vollrechts. Es gibt allerdings keinen Grund, weswegen die sog. „*römische fiducia*" anders zu beurteilen wäre, was den Schutz des Escrow-Gegenstands im Außenverhältnis betrifft. Denn im Vermögen der Hauptparteien steht vor Bedingungseintritt bzw. -ausfall nur ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Auslieferungsanspruchs. Der Unterschied läge nur darin, dass im Normalfall des Vollrecht-Escrows der Vollstreckungsgläubiger nur das Anwartschaftsrecht auf den Auslieferungsanspruch erwirbt, während in der Ausgestaltung mit einer Bedingung auf dinglicher Ebene das Anwartschaftsrecht unmittelbar in die Vollrechtsinhaberschaft (jedenfalls verbunden mit dem Anspruch auf Auslieferung) erstarken kann.

Strukturiert könnte man die Schutzmöglichkeiten des Fiduziarguts in der Sicherungsübereignung wie folgt darstellen. Vor Eintritt des Sicherungsfalls kann nur das Anwartschaftsrecht von Gläubigern des Fiduzianten gepfändet werden. Kommt eine Verstrickung in das Fiduziargut vor, so kann der Fiduziar diese widersprechen nach Art. 674 CPC. Mit Eintritt des Sicherungsfalls erlischt das Anwartschaftsrecht, weil der Fiduziar ab dann das Fiduziargut verwerten darf und das Rückverlangen des Fiduziarguts nicht mehr möglich ist.[1074] Der Fiduziar darf dementsprechend der Vollstreckung in das Fiduziargut auch nach dem Sicherungsfall widersprechen. Ist die Pfändung des Anwartschaftsrechts vor dem Sicherungsfall durchgeführt worden und tritt dieser ein, erlischt die Pfändung mit dem Erlöschen des Anwartschaftsrechts.[1075] Die Gläubiger des Fiduzianten können nur einen etwaigen Übererlös aus der Verwertung der Sicherungssache pfänden. Wenn der Schuldner umgekehrt die Sicherungsforderung vertragsgemäß tilgt, so erstarkt das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht an der Sicherungssache und die Pfändung umfasst das zurückerworbene bzw. das zurückzuerwerbende Vollrecht.

Diese Grundsätze sind zwar im Rahmen der Sicherungsübereignung entwickelt worden,

---

[1073] Vgl. STJ, REsp 2.015.453/MG, Tenor Min. Nancy Andrighi, 28.02.2023 (Anwartschaftsrecht in der Sicherungsübereignung hat dingliche oder persönliche Natur, je nachdem, ob die Sicherungsübereignung im Grundbuch eingetragen ist); *Oliva*, Do negócio fiduciário à fidúcia, S. 33.

[1074] In vielen Fällen passiert dies aber nicht sofort, denn der Fiduziant darf bis die tatsächliche Verwertung die Sicherungsforderung tilgen, um die Verwertung des Fiduziarguts zu verhindern (Beispiel: Art. 27, § 2-B, Gesetz 9.514/97).

[1075] Die Rechtsprechung des STJ bewahrt das Anwartschaftsrecht des Sicherungsschuldners nur, soweit der Schuldner seine Pflichten aus der Sicherungsübereignung erfüllt. Vgl. mit weiteren Rechtsprechungshinweisen STJ, REsp 1.821.115/PI, Tenor Min. Herman Benjamin, 20.02.2020 („*os direitos do devedor fiduciante, objeto da penhora, subsistirão na medida e na proporção em que cumprir com suas obrigações oriundas do contrato de alienação fiduciária*").

sollten aber für alle fiduziarischen Geschäfte mit Sicherungszweck gelten. Anders ist es bei einem fiduziarischen Geschäft mit Erfüllungszweck. Da der Fiduziar sofort mit Verwertung des Fiduziarguts beginnen darf, funktioniert es eher wie in der *fiducia cum creditore*, deren Sicherungsfall eingetreten ist. In einem fiduziarischen Geschäft mit Verwaltungszweck hat der Fiduziant zwar das Anwartschaftsrecht, aber der Rückfall des Fiduziarguts an den Fiduzianten hängt nicht von einem Sicherungsfall ab und muss nicht zwangsläufig erfolgen. Die Pfändung funktioniert daher wie in einem fiduziarischen Geschäft mit Sicherungszweck, dessen Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist.

Der Escrow-Agent befindet sich in einer eigenartigen Situation als Doppelfiduziar, weil er mit seiner Tätigkeit einerseits Sicherungs- und Erfüllungsfunktionen ausführt, aber seine Aufgaben gehen andererseits nicht über die schlichte Weiter- bzw. Rückgabe des Gegenstands hinaus. Das Fiduziargut verwertet er nicht. Das ist eine Ausprägung davon, dass die Hauptparteien primäres Interesse am Escrow-Gegenstand haben. Dessen Verwertung bringt den Hauptparteien so gut wie nichts. Im Übrigen ist die Pfändung des Anwartschaftsrechts in einem Escrow-Agreement nicht von der Pfändung des Anwartschaftsrechts in einer Sicherungstreuhand verschieden.

Mit anderen Worten kann im Escrow-Agreement vor dem Bedingungseintritt oder -ausfall nur das Anwartschaftsrecht gepfändet werden; je nachdem, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt, wächst es in einen Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten heran oder es erlischt. Der Pfändung des Escrow-Gegenstands können sowohl der Escrow-Agent als auch die Hauptparteien widersprechen, da alle ein Interesse an der Erhaltung der Sicherheit haben. Nach Bedingungseintritt oder -ausfall können nur die Gläubiger des Berechtigten den Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten pfänden lassen. Erfolgt die Pfändung durch einen Gläubiger des Hinterlegers nach Eintritt der Bedingung, so können alle Beteiligten bis zur Herausgabe die Pfändung anfechten, wenn es sich um eine Alternative-Escrow handelt, weil alle an der Herausgabe ein Interesse haben; in einem Ersatz-Escrow darf der Hinterleger ab diesem Zeitpunkt mangels Interesse am Escrow-Gegenstand nicht mehr widersprechen. Fällt umgekehrt die Bedingung aus, können sich der Hinterleger und der Escrow-Agent dagegen wenden, wenn die Pfändung durch einen Gläubiger des Begünstigten veranlasst wurde. Der Vollstreckungsgläubiger, der sich das Anwartschaftsrecht übertragen lässt, unterwirft sich den Bestimmungen des Escrow-Agreements, wie z. B. den Normen über die Verteilung der Früchte, Weisungsbefugnis, Bedingungen für Auslieferung usw. Kurz gesagt, die Ereignisse im Escrow-Verhältnis wirken sich auf das Recht des Vollstreckungsgläubigers aus. Vor allem muss er den

Eintritt oder Ausfall der Bedingung abwarten, um den Anspruch gegen den Escrow-Agenten (wenn überhaupt) ausüben zu dürfen.

Der hier vorgeschlagene Ansatz bedeutet nichts anderes, als den vom STJ für die Sicherungsübereignung entwickelten Grundsatz, dass nur das Anwartschaftsrecht gepfändet werden kann, wenn das Rückerwerbsrecht des Vollstreckungsschuldners aufschiebend bedingt ist, auf das Escrow-Agreement zu übertragen. Die unterinstanzlichen Gerichte haben diesem Grundsatz bisher leider nicht genug Rechnung getragen.

Gelegentlich veranlassen Gläubiger des Hinterlegers Pfändungen des im Namen des Hinterlegers errichteten Escrow-Accounts – also des im Rahmen eines unechten Escrow-Agreements errichteten Bankkontos. Die Verstrickung aber wird nicht nach Erhebung der Drittwiderspruchsklage durch den Begünstigten aufgehoben. In solchen und in anderen Fällen rechtfertigen die Oberlandesgerichte (*tribunais de justiça estaduais*) das Aufrechterhalten der Pfändung meistens mit Argumenten wie: (1) Escrow-Accounts seien im Código de Processo Civil nicht als unpfändbar vorgesehen;[1076] und (2) die Beträge im Escrow-Account gehören nicht Dritten, oder könne die Drittzugehörigkeit nicht eindeutig aus den Beweisen geschlossen werden.[1077] An anderen Stellen wurde die Pfändung auf der Basis von (3) unerlaubter Veräußerung während des Vollstreckungsverfahrens (*fraude à execução*) nach Art. 792, inc. IV, CPC, aufrechterhalten, weil der Auszahlungsanspruch nach Beginn der gerichtlichen Klage dem Begünstigten sicherungshalber abgetreten wurde;[1078] und (4) mangelnder Beurkundung oder Eintragung der die Forderungsabtretung verkörpernden Privaturkunde nach Art. 288 CC, was für die Wirksamkeit der Forderungsabtretung gegenüber Dritten notwendig ist.[1079]

Die Rechtsprechung verkennt dabei, dass die Hauptpartei, die Kontoinhaber ist, über den fälligen Anspruch auf Auszahlung zugunsten der anderen Hauptpartei aufschiebend bedingt verfügt, sodass Pfändungen nicht fortbestehen können, wenn die Bedingung zugunsten der anderen Hauptpartei eintritt oder ausfällt. Insofern ähnelt das unechte Escrow-Agreement

[1076] Bspw. TJSP, Widerspruch 2073279-19.2022.8.26.0000, Tenor Anna Paula Dias Costa, 20.07.2022; TJSP, Widerspruch 2194283-23.2022.8.26.0000, Tenor João Pazine Neto, 18.10.2022; TJSP, Berufung 1016913-55.2019.8.26.0008, Tenor Mario de Oliveira, 18.12.2021; TJSP, Widerspruch 2026144-16.2019.8.26.0000, Tenor Campos Petroni, 09.07.2020; TJSP, Berufung 1000652-27.2020.8.26.0219, Tenor Heloísa Martins Mimessi, 17.10.2022; TJSP, Berufung 1046172-13.2019.8.26.0100, Tenor Viviani Nicolau, 09.09.2020; TJSP, Widerspruch 2027696-79.2020.8.26.0000, Tenor Eduardo Siqueira, 29.04.2020; TJSP, Widerspruch 2099972-74.2021.8.26.0000, Tenor Fábio Podestá, 15.10.2021; TJSP, Widerspruch 2161587-36.2019.8.26.0000, Tenor Luis Mario Galbetti, 18.12.2019.

[1077] Bspw. TJSP, Berufung 1046172-13.2019.8.26.0100, Tenor Viviani Nicolau, 09.09.2020; TJSP, Widerspruch 2109405-10.2018.8.26.0000, Tenor Rebello Pinho, 03.09.2018.

[1078] TJSP, Berufung 1000652-27.2020.8.26.0219, Tenor Heloísa Martins Mimessi, 17.10.2022.

[1079] TJSP, Berufung 1031689-96.2020.8.26.0114, Tenor Heraldo de Oliveira, 08.07.2021.

hinsichtlich des Schutzes vor Vollstreckungsmaßnahmen Dritter dem Besitz-Escrow. Es wird ferner übersehen, dass die Auszahlung (es geht hier um ein Recht auf Auslieferung und nicht einen Anspruch, wie im Kap. II.3.2 erklärt) in unechten Escrows gewissen Bedingungen unterliegt, vor allem der Freigabe durch die andere Hauptpartei. Der Vollstreckungsgläubiger muss sich diesen Bedingungen unterwerfen und darf nicht die Escrow-Gelder sofort ausgezahlt bekommen, da er den Auszahlungsanspruch mit allen seinen Eigenschaften und Beschränkungen erwirbt. Die beschriebene Lage lässt sich mit Beispielen aus der Rechtsprechung veranschaulichen.

Das OLG São Paulo hatte im Fall *Unimed*[1080] über folgenden Sachverhalt zu befinden. Der Schuldner Grupo IBBCA hatte der Gläubigerin Unimed Rio gewisse Forderungen sicherungshalber abgetreten. Die Drittschuldner sollten Beträge in einen Escrow-Account einzahlen, welcher im Namen des Grupo IBBCA eröffnet wurde. Monatlich sollten Beträge aus dem Escrow-Account an den Grupo IBBCA und an die Unimed Rio ausgezahlt werden. Die Berechnung der jeder Hauptpartei zustehenden Beträge sollte von einem Zahlungsagenten, dem Oliveira Trust, vorgenommen und der Bank mitgeteilt werden, die dann als Escrow-Agent die Auszahlungen vornahm. Als ein Gläubiger des Grupo IBBCA die Pfändung des Escrow-Accounts veranlasst hat, erhob Unimed Rio eine Drittwiderspruchsklage. Diese war erfolglos, da nach Ansicht des OLG São Paulo die Beträge im Escrow-Account nie Eigentum der Unimed Rio waren. Hier irrt das Gericht. Der Sachverhalt ist komplex, aber die Parteien scheinen, die Grupo IBBCA als Zahlungsstelle der Unimed Rio bestellt zu haben, und die Bank als Doppeltreuhänder und Escrow-Agent. Das Escrow-Agreement hätte die Weiterleitung der Beträge an die Gläubigerin gesichert. Bedingung dafür wäre die Mitteilung des Zahlungsagenten. Das Gericht hat einerseits richtig festgestellt, dass der Anspruch gegen den Escrow-Agenten auf Auszahlung zunächst dem Grupo IBBCA zustand, weil er alleiniger Kontoinhaber war. Indessen hat das Gericht andererseits übersehen, dass es sich um ein unechtes Escrow-Agreement handelte, bei dem der Anspruch auf Auszahlung an den Begünstigten (Unimed Rio) aufschiebend bedingt abgetreten wurde. Zum Zeitpunkt der Pfändung war der Betrag zugunsten der Unimed Rio vorausverfügt. Da die Inhaberschaft des Grupo IBBCA an den Escrow-Geldern kurzlebig war (jeweils eine Dauer von nur einen Monat), hätte die Pfändung richtigerweise die Pfändung nur den Betrag betreffen dürfen, der der Grupo IBBCA für den jeweiligem Monat zustand.

[1080] TJSP, Berufung 1110444-16.2019.8.26.0100, Tenor Jairo Brazil Fontes Oliveira, 10.11.2020.

Eine weitere besondere Situation ergab sich im Fall *Scansteel*.[1081] Der Grundstückskäufer hatte angesichts möglicher Schulden des Verkäufers einen Teil des Kaufpreises einbehalten und in einem Escrow-Account hinterlegt. Escrow-Agent war die kontoführende Bank selbst. Das Konto wurde im Namen des Käufers errichtet und über den Betrag im Konto wurde ein Pfandrecht zugunsten des Verkäufers begründet. Umsätze im Konto durften nur anhand gemeinsamer Instruktionen der Kaufvertragsparteien oder gerichtlicher Entscheidung durchgeführt werden. Als ein Drittgläubiger des Verkäufers die Pfändung des Kontobetrags veranlasst hat, legte der Grundstückskäufer eine Widerspruchsklage ein. Das OLG São Paulo beschloss, der Escrow-Account sei pfändbar, weil es nicht in der gesetzlichen Aufzählung der dinglichen enthalten sei, und weil das CPC solche Beträge nicht als unpfändbar definiert. Richtigerweise hätte der Escrow-Betrag nicht gepfändet werden dürfen. Obwohl die Parteien im Escrow-Vertrag die Bestellung des Pfandrechts ausdrücklich festgeschrieben hatten, war diese Absicherung nie gewollt.[1082] Der Pfandgläubiger darf bei der Ausübung des Pfandrechts nicht von der Zustimmung des Pfandschuldners abhängig sein. Dadurch wird der Sachverhalt aus dem Anwendungsbereich des Pfandrechts hinausgeschoben. Da die Auszahlung aus dem Escrow-Account solchen Zustimmung bedurfte, haben die Parteien tatsächlich ein unechtes Escrow-Agreement gewollt. Der Anspruch auf Auszahlung wurde somit aufschiebend bedingt abgetreten. Dem Verkäufer stand nur das Anwartschaftsrecht zu, und nur dieses hätte gepfändet werden können.

Trotz der oben dargelegten Rechtsprechungstendenz haben einige Entscheidungen die Pfändung von Escrow-Geldern zurückverwiesen. Ein nennenswertes Beispiel ist der vom OLG Paraná (*Tribunal de Justiça do Paraná*) entschiedene Fall *Copagra*.[1083] Die Verkäuferin *Copagra* hatte in einem Kaufvertrag mit den Käufern vereinbart, dass der Kaufpreis teilweise in einem Escrow-Account aufbewahrt werden musste, als Sicherheit für die Zahlung bestimmter Verbindlichkeiten der Verkäuferin. Der Escrow-Account wurde im Namen der Verkäuferin bei der Bank errichtet, die für die Rolle des Escrow-Agenten bestellt wurde. Als ein Gläubiger der Verkäuferin den Escrow-Betrag gepfändet hat, beanstandeten die Käufer die Vollstreckungsmaßnahme bei dem Landgericht. Jedoch ohne Erfolg, weil die Käufer nicht bewiesen hätten, dass die Beträge im Escrow-Account nicht der Verkäuferin gehörten, so das Landgericht. Dagegen erhoben die Käufer einen Widerspruch beim OLG Paraná. Das Oberlandesgericht gab

[1081] TJSP, Berufung 1016498-27.2018.8.26.0002, Tenor Alfredo Attié, 23.03.2021.
[1082] Denkbar wäre indessen eine Vereinbarung, wonach das Pfandrecht nur ausgeübt werden dürfte, wenn der Umfang der gesicherten Forderung nicht strittig wäre. Das heißt, Zahlung könnte der Pfandgläubiger nur verlangen, wenn der Pfandschuldner dem zustimmt oder beim Vorliegen einer richterlichen Entscheidung.
[1083] TJPR, Widerspruch 0054324-89.2018.8.16.0000, Tenor Octavio Campos Fischer, 20.11.2019.

dem Widerspruch statt, weil die Person des Inhabers der Escrow-Beträge vor Beendigung der Escrow-Laufzeit ungewiss wäre. Das OLG Paraná hat weiter ausgeführt, dass die Pfändung der Rechte der Verkäuferin in Bezug auf den Escrow-Betrag (*direitos sobre o numerário*) zulässig wäre und folglich Überweisungen aus dem Escrow-Account suspendiert. Zutreffend hat das OLG Paraná angenommen, dass der Auszahlungsanspruch des Kontoinhabers aufgrund der Einschränkungen des Escrow-Agreements nur bedingt ausgeübt werden dürfte. Dementsprechend wäre eine sofortige Pfändung und Auszahlung an den Vollstreckungsgläubiger nicht möglich, sondern erst nach dem Eintritt oder Ausfall der Escrow-Bedingung.[1084]

Ein weiteres Beispiel ist der *ProInova*-Fall, des OLG Distrito Federal e Territórios (*Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*).[1085] Dabei ging es um einen Escrow-Account, der zum Zweck des Empfangs von Beträgen aus Verträgen mit der öffentlichen Gewalt errichtet wurde, mit der Bank als Escrow-Agent. ProInova und IRS Participações hatten eine Partnerschaft für die Erbringung von Dienstleistungen für die öffentliche Gewalt gekündigt und sich dabei darauf geeinigt, dass die ausstehenden Beträge in der Proportion von ungefähr 95-5 % zwischen ihnen zu verteilen wären. Das Konto wurde im Namen der IRS eröffnet und die Bank dürfte Auszahlungen zu ProInova und zu anderen Konten von IRS nur in der im Vertrag niedergelegten Verteilung ausführen. Als ein Drittgläubiger von IRS das Konto gepfändet hat, hat ProInova eine Drittwiderspruchsklage erhoben, u. a. mit der Begründung, dass ihr 95 % des Kontoguthabens zustanden. In einer einstweiligen Verfügung hat die erste Instanz die Auszahlungen der gepfändeten Gelder an den Vollstreckungsgläubiger aufgehoben. Gegen diese Entscheidung hat der Vollstreckungsgläubiger einen Widerspruch angelegt. Das OLG Distrito Federal wies den Widerspruch ab, allerdings mit einer falschen Begründung. In den Entscheidungsgründen sagte das OLG Distrito Federal, die Escrow-Gelder gehörten 95 % ProInova. Richtigerweise hätte es aber sagen sollen, dass 95 % der Beträge aufschiebend bedingt an ProInova abgetreten wurden und daher nur bis zum Eintritt der Bedingung gepfändet werden konnten. Da es sich bei der Bedingung um eine Zahlungsanweisung bestimmter Personen handelte, die Geschäftsführer von ProInova waren, wäre es wenig sinnvoll, die Pfändung für diesen Teil der Escrow-Beträge aufrechtzuerhalten.

II.8.3. Fazit

[1084] Mit ähnlicher Begründung, siehe TJSP, Widerspruch 2277783-89.2019.8.26.0000, Tenor Gilberto dos Santos, 11.05.2020.
[1085] TJDFT, Widerspruch 0728677-61.2022.8.07.0000, Tenor Teófilo Caetano, 16.12.2022.

Die Qualifizierung des Escrow-Agreements als Doppeltreuhand bzw. als doppelfiduziarisches Geschäft hat erhebliche Auswirkungen auf die Vollstreckung in den Escrow-Gegenstand, vor allem bei Vollrecht-Escrows.

In Deutschland werden Einsprüche des Treugebers gegen Pfändungen des Treuguts durch Gläubiger des Treuhänders je nach der Art der Treuhand (Sicherungs-, Erfüllungs-, Verwaltungs- oder Doppeltreuhand) unterschiedlich behandelt. Da das Escrow-Agreement als Absicherung für das Hauptgeschäft fungiert und zwangsläufig ausgeliefert (und nicht verwertet) wird, ist die Möglichkeit der Pfändung des Treuguts ausgeschlossen. Die Tatsache, dass der Escrow-Agent in einem Vollrecht-Escrow Vollrechtsinhaber ist, hindert den Widerspruch durch die Hauptparteien nicht. Vor Bedingungseintritt oder -ausfall (1) können die Hauptparteien bei Pfändungen durch einen Gläubiger des Escrow-Agenten die Bindung an den Sicherungszweck geltend machen und so der Pfändung widersprechen, und (2) darf die Pfändung ausschließlich das Anwartschaftsrecht umfassen, wenn ein Gläubiger der Hauptparteien den Escrow-Gegenstand pfänden lässt. Nach Bedingungseintritt (3) darf in einem Ersatz-Escrow nur der Begünstigte der Pfändung widersprechen, (4) in einem Alternative-Escrow hingegen darf auch der Hinterleger bis Auslieferung widersprechen. Fällt die Bedingung aus, so (5) darf nur der Hinterleger widersprechen, unabhängig davon, ob es sich um einen Ersatz- oder Alternative-Escrow handelt. Nach Bedingungseintritt oder -ausfall (6) dürfen Gläubiger des Berechtigten in den Escrow-Gegenstand vollstrecken.

Anders ist die Lage in Brasilien. Das Vollrecht steht in einem Vollrecht-Escrow dem Escrow-Agenten zu, und so können seine Gläubiger vor oder nach dem Bedingungseintritt oder -ausfall in den Escrow-Gegenstand vollstrecken. Die Art des fiduziarischen Geschäfts ist insoweit irrelevant. Nur nach Vollzug der Weiter- bzw. Rückgabe des Vollrechts dürfen die Gläubiger des Escrow-Agenten nicht mehr den Escrow-Gegenstand pfänden. Substantiellen Schutz vor solchen Vollstreckungsmaßnahmen erlangen die Hauptparteien nur in der sog. „germanischen“ Fiducia, d. h., wenn die Escrow-Bedingung dem Verfügungsgeschäft beigefügt wird. Gläubiger der Hauptparteien können hingegen vor Bedingungseintritt oder -ausfall nur das Anwartschaftsrecht pfänden. Pfändungen des Escrow-Gegenstands können daher von den übrigen Beteiligten widersprochen werden. Nach Bedingungseintritt können bei einem Ersatz-Escrow nur Escrow-Agent und Begünstigter den durch Gläubiger des Hinterlegers erwirkten Pfändungen widersprechen, während bei Alternative-Escrows auch der Hinterleger bis Auslieferung die Drittwiderspruchsklage erheben kann. Beim Ausfall der Bedingung dürfen spiegelbildlich Escrow-Agent und Hinterleger Pfändungen von Gläubigern des Begünstigten widersprechen.

Die dingliche oder schuldrechtliche Rechtsnatur des Anwartschaftsrechts ändert an diesem Ergebnis nichts, was den Schutz des Escrow-Gegenstands vor Pfändungen durch Gläubiger der Hauptparteien angeht.

3. TEIL: DAS ESCROW-AGREEMENT IN DER VERÄUSSERUNG VON GESELLSCHAFTSANTEILEN

Auf der Grundlage der Überlegungen in den vorangegangenen Abschnitten kann nun die Behandlung des Escrow-Agreements bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen näher erläutert werden. Es werden die in Deutschland und Brasilien häufig anzutreffenden Erscheinungsformen des Escrow-Agreements in Form eines Escrow-Accounts betrachtet. Die Konstellationen werden wie folgt beschrieben.

In Deutschland wird im Anteilskaufvertrag ein Kaufpreiseinbehalt vereinbart, der in einem Anderkonto hinterlegt wird. Treuhänder ist üblicherweise ein Notar und das Notaranderkonto wird im Namen des Notars errichtet. Hier wird jedoch – entgegen der üblichen Praxis – der Fall unterstellt, dass ein Dritter, der nicht Notar, Rechtsanwalt, Patentanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer ist, als Escrow-Agent auftritt (und nicht das kontoführende Kreditinstitut selbst). Der Sachverhalt fällt daher nicht unmittelbar unter die Regelung der notariellen Verwahrung bzw. die einschlägigen berufsrechtlichen Regelungen. Dementsprechend wird der Escrow-Account als offenes Treuhandkonto errichtet. Alle drei Beteiligten (Hinterleger, Begünstigter und Escrow-Agent) schließen zusammen das Escrow-Agreement. Das Escrow-Agreement enthält Bestimmungen über die Verzinsung oder Anlage des hinterlegten Guthabens in kurzfristige sichere Investitionen, wie Festgeld und Rentenfonds (*fixed income* Fonds). Der Escrow-Betrag sichert, einerseits, den Kaufpreisanspruch des Anteilsverkäufers, andererseits, die Ansprüche des Anteilskäufers aus Garantieverletzungen bzw. Freistellungen. Die Auszahlungsbedingungen sind schlicht: Der Escrow-Agent soll den Betrag nur dann auszahlen, wenn die Kaufvertragsparteien eine gemeinsame Instruktion gegeben haben.[1086] Im Kaufvertrag wird vereinbart, dass im Falle der Entstehung eines Anspruchs des Käufers der Verkäufer verpflichtet ist, gemeinsam mit dem Käufer die Instruktion zur Auszahlung des entsprechenden Betrages an den Käufer zu erteilen; im umgekehrten Fall, dass kein Anspruch des Käufers entsteht, ist der Käufer verpflichtet, an der Erteilung einer gemeinsamen Anweisung zur Auszahlung des entsprechenden Betrages an den Verkäufer mitzuwirken.

[1086] Diese verkehrstypische Ausgestaltung kann in der Escrow-Klausel in *Seibt*, Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, C.II.2, gesehen werden. Ähnliche Ausgestaltung mit den Unterschieden, dass (1) direkte Auszahlungen beim Erlassen einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung und (2) sofortige Auszahlung des Saldos im Escrow-Account zu bestimmten Fristen abzüglich der nötigen Beträge zur Deckung von geltend gemachten Ansprüchen des Käufers, durchzuführen sind, können im Vertragsmuster in *Herwig* in: Jaletzke/Henle, M&A Agreements in Germany, Kap. IV.5, im Vertragsmuster in *Timmerbeil/Pfeiffer*, Unternehmenskauf, S. 169 ff. und in der Escrow-Klausel in *Kästle/Oberbracht*, Unternehmenskauf, S. 62 f. gefunden werden.

Die Ausgestaltung des Escrow-Agreements einer M&A-Transaktion ist in Brasilien der in Deutschland sehr ähnlich, allerdings mit dem Unterschied, dass die kontoführende Bank selbst Escrow-Agent ist. Das Konto wird im Namen des Käufers als Girokonto eröffnet, die Bank darf jedoch Buchungen auf dem Escrow-Account nur gemäß den Bedingungen des Escrow-Agreements vornehmen, so dass der Kontoinhaber nicht allein über das Konto verfügen kann.[1087] Auch in Brasilien ist das Escrow-Agreement dreiseitig und enthält Weisungen für die Anlage in kurzfristige sichere Investitionen, in aller Regel *fixed income* Investitionen. Der Betrag im Escrow-Account sichert sowohl den Kaufpreisanspruch des Verkäufers als auch Ansprüche des Käufers aus Garantieverletzungen bzw. Freistellungen. Die Bedingung für die Auszahlung ist die Erteilung einer gemeinsamen Instruktion durch die Parteien des Kaufvertrages, wobei der Berechtigte Anspruch darauf hat, dass die andere Partei in die Auszahlung einwilligt.[1088]

Im Folgenden werden die oben beschriebenen Konstellationen schlicht „M&A-Escrow" genannt. Das M&A-Escrow ist im Grunde genommen ein ordentliches Escrow-Agreement, auf welches die im Kap. II dargestellten Grundsätze anwendbar sind. Einige Spezifizierungen bzw. Anpassungen, die sich aus den Besonderheiten einer M&A-Transaktion ergeben, sind dennoch zu erläutern. Diese werden in den folgenden Kapiteln behandelt.

III.1. Deutschland

III.1.1. Rechtsnatur

Die deutschen M&A-Escrows sind als Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichem Charakter und konkreter als Doppeltreuhand zu qualifizieren. Der Escrow-Agent hat volle Rechtsinhaberschaft am Betrag auf dem Treuhandkonto und ist allein verfügungsberechtigt. Mit Eintritt der Auszahlungsbedingung erwirbt der Berechtigte einen direkten Anspruch gegen den Escrow-Agenten. Der Escrow-Betrag sichert Ansprüche in beiden Richtungen Käufer-Verkäufer und Verkäufer-Käufer. Es handelt sich also um ein echtes, multidirektionales Vollrecht-Escrow. Der Anspruch gegen den Escrow-Agenten hat nur schuldrechtlichen Charakter, es erfolgt keine Abtretung des Anspruchs gegen die kontoführende Bank; sonst könnte der

[1087] Eine Änderung in der Praxis ist zu erwarten, dass in der Zukunft zunehmend Notare die Stellung des Escrow-Agenten übernehmen. Das ist den Hauptparteien günstiger als die gegenwärtige übliche Ausgestaltung, weil der Escrow-Betrag nach expliziter gesetzlicher Bestimmung ein Sondervermögen bildet. Diese Tendenz hat sich bisher aber nicht durchgesetzt und so rechtfertigt sich die Wahl in dieser Arbeit für die Ausgestaltung mit der Bank als Escrow-Agent.

[1088] Gemäß dem ersten Mustervertrag im Anhang 3.

Berechtigte direkt von der Bank Auszahlung verlangen. Vielmehr muss der Escrow-Agent der Bank gegenüber den Auftrag zur Überweisung des Betrags an den Berechtigten erteilen.

III.1.2. Vertragsverbindung

Die Auszahlung durch den Escrow-Agenten dient der Begleichung der gegenseitigen Ansprüche aus dem Kaufvertrag. M&A-Escrow und Anteilskaufvertrag sind so aufeinander abgestimmt, dass die Auszahlungsbedingungen die Ereignisse des Hauptgeschäfts widerspiegeln, wie z. B. Garantie- und Freistellungsansprüche. In der hier zugrunde gelegten Konstellation werden aber direkte Einflussnahmen solcher Vorkommnisse auf die Auszahlungsbedingung blockiert. Solche Vorkommnisse müssen in eine gemeinsame Instruktion umgesetzt werden. Die Möglichkeit einer Klage auf Einwilligung in eine gemeinsame Instruktion bleibt bestehen, wobei diese Ereignisse die Rechtsgrundlage für die Klage bilden. Die Auszahlungsvoraussetzungen sind nicht zu verwechseln mit den weitergehenden Weisungen der Hauptparteien. Diese können nur widerrufen werden, wenn der Kaufvertrag aufgehoben, unwirksam oder rückabgewickelt wird (§ 60 Absatz 3 BeurkG analog). Die Auswirkungen der Vertragsverbindung auf das M&A-Escrow sind daher nur diejenigen, die bereits unter § 60 Absatz 3 BeurkG analog erfasst werden.

III.1.3. Erfüllungswirkung

Das M&A-Escrow ist im Zweifel Ersatz-Escrow, wie allgemein bei Escrow-Agreements. Im M&A-Escrow wählen die Hauptparteien den Escrow-Agenten gemeinschaftlich, sodass die Verlagerung des Risikos ausschließlich auf eine Hauptpartei auch aus einer Verhandlungsperspektive ungerecht wäre, wenn sich eine anderweitige Risikoverteilung aus der Vertragsauslegung nicht ergibt. Wenn nichts vereinbart ist, kann daher davon ausgegangen werden, dass die Erfüllungswirkung bereits mit der Auszahlungsreife eintritt. Der Anspruch gegen den Escrow-Agenten selbst ist dann Leistungsgegenstand im Hauptgeschäft. Aufgrund des multidirektionalen Charakters des Escrow-Agreements sind beide Hauptparteien sowohl Hinterleger als auch Begünstigte und somit jederzeit berechtigt, den Leistungsgegenstand auszutauschen und die Zahlung direkt an die andere Hauptpartei zu veranlassen.

III.1.4. Form

Der Escrow-Vertrag ist grundsätzlich formfrei, wie jeder Geschäftsbesorgungsvertrag. Aufgrund der Vertragsverbindung können sich aber aus dem Kaufvertrags Formerfordernisse

für das Escrow-Agreement abgeleitet werden. Eine Anpassung an die Formerfordernisse des Kaufvertrags (z. B. notarielle Beurkundung nach § 15 GmbHG) kann daher zwingend sein und ist jedenfalls empfehlenswert.

III.1.5. Weisungen

Die Weisungen sind nicht mit den gemeinsamen Instruktionen zu verwechseln. Letztere bilden die Auszahlungsbedingung. Weisungen betreffen jedweden Vorgang hinsichtlich der Interessenwahrnehmung. Im M&A-Escrow müssen zwischen der Einzahlung und dem Moment der Auszahlungsreife alle Weisungen bzw. Weisungswiderrufe von allen Hauptparteien, also mehrseitig erfolgen, weil es sich i. d. R. um ein Ersatz-Escrow handelt. Vor Einzahlung kann der Anteilskäufer allein Weisungen widerrufen. Ab Auszahlungsreife (hier macht es keinen Unterschied, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt, weil das M&A-Escrow multidirektional ist) hat nur der Berechtigte ein Interesse am Umgang des Escrow-Agenten mit dem Escrow-Betrag, sodass er ab diesem Zeitpunkt einseitige Weisungen erteilen darf. Handelt es sich ausnahmsweise um ein Alternative-Escrow, können Weisungen bis zur tatsächlichen Auszahlung nur zweiseitig erteilt werden.

Weisungswiderrufe dürfen zwar in den Fällen des § 60 Absatz 3 BeurkG analog (d. h. bei Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rückabwicklung des Hauptgeschäfts) einseitig erfolgen, das aber ist von geringer praktischer Bedeutung. Die Hauptwirkung eines Weisungswiderrufs liegt darin, dass sich der Escrow-Agent jede Verfügung über den Verwahrungsbetrag zu enthalten hat, bis eine spätere übereinstimmende Anweisung erteilt wird (§ 60 Absatz 3 Nr. 1 BeurkG analog), oder bis eine vom Escrow-Agenten gesetzte Frist abläuft, ohne dass der Widerrufende nachweist, dass die Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung vor dem Gericht gesucht wird (Nr. 2), oder die Rechtshängigkeit in Nr. 2 entfallen ist (Nr. 3). Die gleiche Wirkung wird im M&A-Escrow in jedem Fall erreicht, wenn keine gemeinsame Instruktion erteilt wird. Ein einseitiger Widerruf ist nicht notwendig, um Auszahlungen zu verhindern.

III.1.6. Einzahlung des Kaufpreiseinbehalts

Wie bei allen multidirektionalen Escrow-Agreements sind sowohl Anteilskäufer als auch -verkäufer potenziell Schuldner und Gläubiger im Hauptgeschäft. Trotzdem zahlt nur der Anteilskäufer ein. Obwohl das M&A-Escrow für die Abwicklung gegenseitiger Ansprüche wie Kaufpreis, Garantien und Freistellungen über den Escrow-Account gemeint ist, darf der Käufer nicht aufgrund solcher Ansprüche die Einzahlung verweigern oder den Einzahlungsbetrag

mindern. Solche Vorgänge werden erst über den Escrow-Account abgewickelt. Da es sich bei dem Escrow-Gegenstand um Geld handelt, ist für eine Rügepflicht des Escrow-Agenten kein Raum. Wird ein geringerer als der geschuldete Betrag eingezahlt, so ist die andere Hauptpartei zu benachrichtigen.

III.1.7. Früchte des Escrow-Accounts

Die Art und Weise der Anlage des Betrages auf dem Escrow-Account muss in den Weisungen festgelegt sein. Anderenfalls darf der Escrow-Agent die Anlage nicht vornehmen.

Die Regelung über die Verteilung der Früchte ist beim M&A-Escrow relativ simpel: Die Früchte des Escrow-Betrags werden nur ausgezahlt, wenn dies in einer gemeinsamen Instruktion angeordnet wird. Können sich die Hauptparteien nicht über die Verteilung der Früchte einigen, so hat der Escrow-Agent die Hauptparteien auf den Rechtsweg zu verweisen und sich bis dahin jeder Verfügung über die Früchte des Escrow-Betrages zu enthalten.

Es ist dann Aufgabe des Richters, durch Auslegung die angemessene Regel für die Verteilung der Früchte zu ermitteln. Eine solche Regelung wird dem M&A-Escrow in der Regel fremd sein, da das M&A-Escrow nur die Erteilung gemeinsamer Weisungen regelt, unabhängig davon, aus welchem Grund sie erteilt werden und ob der Auszahlungsbetrag die Früchte mit umfasst oder nicht. Der Richter hat dann diese Regelung aus dem Kaufvertrag zu ermitteln und die übereinstimmende Anordnung zu erwirken. Entgegen der in Kap. II.7.4.3.1 aufgestellten allgemeinen Regel kann dann nicht von einer schuldrechtlichen Rückwirkung des Bedingungseintritts gesprochen werden.

Bei der Auslegung des Kaufvertrags muss der Richter die Besonderheiten einer M&A-Transaktion berücksichtigen, insbesondere den konkreten gesicherten Anspruch und den Zeitpunkt seiner Fälligkeit. Die Vertragsauslegung stützt sich in diesem Fall auf drei Säulen.

Erstens. Der Kaufpreisanspruch des Anteilsverkäufers fällt nicht unbedingt mit dem Zeitpunkt der Einzahlung in den Escrow-Account zusammen. Wenn z. B. Gelder aus dem Escrow-Account in Zeitabschnitten auszuzahlen sind, kann die Vertragsauslegung darauf hindeuten, dass der Kaufpreis auch in solchen Zeitabschnitten fällig wird. In diesem Fall stehen dem Anteilsverkäufer die Früchte des Escrow-Betrages wohl erst ab dem jeweiligen Auszahlungszeitpunkt zu.

Zweitens. Handelt es sich um einen Preisminderungsanspruch des Anteilskäufers, so ist davon auszugehen, dass gemäß § 441 Absatz 3 BGB der Zeitpunkt des Vertragsschlusses

maßgeblich ist, und alle gezogenen Nutzungen nach § 441(4) i. V. m. 346(1) BGB, gezogene Früchte eingeschlossen, die durch den zurückzugebenden Betrag erzeugt wurden, auch dem Käufer zurückzugeben sind.[1089]

Drittens. Bei der Geltendmachung von Freistellungs- bzw. Garantieansprüchen durch den Käufer ist die Fälligkeit der einzelnen Ansprüche zu bestimmen und ggf. mit Mahnungen und Nachfristsetzungen zu verbinden. In diesem Fall ist es zweckmäßig, dass die Früchte bis zu diesem Zeitpunkt dem Verkäufer und danach dem Käufer gehören.

III.2. Brasilien

III.2.1. Rechtsnatur

Brasilianische M&A-Escrows sind atypische doppelfiduziarische Geschäfte. Ihr Regelungsgehalt ist wegen ihres verkehrstypischen Charakters aus der Verkehrssitte und in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Geschäftsbesorgungsrechts zu ermitteln. Der Escrow-Agent (die kontoführende Bank) erhält das Geld und erwirbt Eigentum an dem Geldbetrag. Da der Escrow-Account ausschließlich im Namen des Anteilskäufers errichtet wird, muss der Auszahlungsanspruch zwingend ihm zustehen. Dieser ist jedoch aufschiebend bedingt an den Anteilsverkäufer abgetreten und dieser kann bei Eintritt der Bedingung die Auszahlung direkt von der Bank verlangen. Das Verfügungsgeschäft über den Auszahlungsanspruch selbst ist bedingt, was bedeutet, dass die Bedingung dinglich wirkt. Das M&A-Escrow ist somit eine „germanische“ Fiducia. Gegenüber Dritten kann es aber nur Wirksamkeit entfalten, wenn der Abtretungsvertrag gemäß Art. 288 CC entweder öffentlich beurkundet wird oder in der Form einer Privaturkunde, welche den Voraussetzungen des Art. 654, § 1°, CC genügt und gemäß Art. 221 CC i. V. m. Art. 129, inc. 10°, vom Gesetz 6.015/73 beim Urkundenregisternotar (*cartório de registro de títulos e documentos*) hinterlegt wird. Eine separate Urkunde für den Abtretungsvertrag ist nicht nötig, aus der Auslegung des Escrow-Agreements lässt sich ohne weiteres der Parteienwille ermitteln, den Auszahlungsanspruch abzutreten. Die gemeinsame Instruktion bedeutet nicht bloß die Ausübung eines Freigaberechts in Bezug auf den Escrow-Betrag, sondern sie ist die Bedingung sowohl für die Forderungsabtretung an den Anteilsverkäufer als auch für das Erlöschen aller Hindernisse für die Durchsetzbarkeit der Auszahlung. Der Escrow-Betrag sichert gegenseitige Ansprüche der Hauptparteien. Es handelt sich also um ein unechtes, multidirektionales Vollrecht-Escrow. Aufgrund der Qualifizierung als unechtes

[1089] Vgl. m. w. N. Beck-OGK/*Stöber*, § 441 BGB, Rn. 63, 71.

Escrow-Agreement, geht es hier in der Schwebephase um ein Recht auf Auslieferung und nicht um einen Anspruch auf Auslieferung.

III.2.2. Vertragsverbindung

Die über den Escrow-Account abzuwickelnden Ansprüche aus Garantien und Freistellungen des Anteilskaufvertrages müssen in erster Linie in die Auszahlungsbedingung aufgenommen werden, um Einfluss auf das Escrow-Agreement zu haben. Da in einem M&A-Escrow die Auszahlungsbedingung eine gemeinsam erteilte Instruktion ist, haben Vorkommnisse des Kaufvertrags keinen direkten Einfluss auf das M&A-Escrow. Die Klage auf Einwilligung in die Erteilung der Instruktion steht dem Berechtigten zur Verfügung, wenn die gegnerische Hauptpartei die Einwilligung verweigert. Trotzdem ist Folge der Vertragsverbindung, dass die Unwirksamkeit oder Erlöschen des Kaufvertrags direkt das M&A-Escrow beeinflussen. Dies liegt daran, dass das Escrow-Agreement eine nicht bestehende Schuld nicht sichern oder erfüllen kann. Dies gilt auch, wenn derartige Ereignisse nicht als Auszahlungsbedingung vorgesehen sind. In diesem Fall bleibt das M&A-Escrow bestehen, aber der Escrow-Agent muss den Betrag an den Anteilskäufer zurückzahlen.

III.2.3. Erfüllungswirkung

Der Eintritt der Erfüllungswirkung hängt vom Parteienwillen ab. Das M&A-Escrow ist im Zweifel ein Ersatz-Escrow, wie jedes Escrow-Agreement. Ist nichts anderes vereinbart, tritt die Erfüllungswirkung zum Zeitpunkt der Auszahlungsreife ein. Die Ansprüche aus dem Kaufvertrag werden mit dem Auszahlungsanspruch gegen den Escrow-Agenten bezahlt, wobei sich die Hauptparteien die Befugnis vorbehalten, den Auslieferungsanspruch durch eine direkte Zahlung zu ersetzen. Zahlt der Escrow-Agent eines M&A-Escrows nicht regelmäßig aus, haftet die andere Hauptpartei nicht. Das Risiko des Zahlungsausfalls trägt allein der Berechtigte, da es sich um eine Pflichtverletzung des Escrow-Agenten gegenüber dem Berechtigten handelt. Da der M&A-Escrow die Leistung einer vertretbaren Sache (Geldforderung) beinhaltet, führt der Sachuntergang vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung zu einer Verpflichtung, auch Geldwerte zu leisten, und folglich hat das vom Berechtigten gegen den Escrow-Agenten erworbene Auszahlungsanspruch keinen Inhalt, der unterschiedlich zum ursprünglich Vereinbarten ist. Der Berechtigte kann daher die Erfüllungswirkung nicht unter dem Einwand verweigern, dass der Escrow-Agent z. B. das Geld veruntreut hat. Geht es ausnahmsweise um ein Alternative-Escrow, bleibt das Risiko des Leistungsausfalls durch den Escrow-Agenten immer bei der

gegnerischen Hauptpartei: Anstelle des Escrow-Agenten hat sie den Escrow-Gegenstand erneut zu leisten.

III.2.4. Form

Das M&A-Escrow bedarf wie jeder Escrow-Vertrag keiner besonderen Form und ist rein konsensual (nicht real). Da es als unechtes Escrow-Agreement ausgestaltet wird, erfolgt im M&A-Escrow die bedingte Abtretung des Auslieferungsanspruchs. Die Ausstrahlung von Wirkungen gegenüber Dritten ist mithin gewissen Formvoraussetzungen unterworfen (siehe oben Kap. III.2.1).

III.2.5. Weisungen

Weisungen unterscheiden sich von den gemeinsamen Instruktionen dadurch, dass Weisungen die Art und Weise der Auftragsausführung festlegen, während die gemeinsamen Instruktionen eine Auszahlungsbedingung darstellen. Die Zuständigkeit für die Weisungserteilung bestimmt sich auch in brasilianischen M&A-Escrows nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Erfüllungswirkung. Als Faustregel sind Weisungen bzw. Weisungswiderrufe nach Einlieferung bis zum Zeitpunkt der Auszahlungsreife (auch in Brasilien macht es keinen Unterschied, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt, weil das M&A-Escrow multidirektional ist) mehrseitig, weil beide Hauptparteien in diesem Zeitraum ein Interesse am Escrow-Account haben und das M&A-Escrow ein Ersatz-Escrow ist. Davor kann der Anteilskäufer, und nach Auslieferungsreife kann der Berechtigte einseitig Weisungen erteilen oder widerrufen. Bei Alternative-M&A-Escrows sind die Weisungen bis zur tatsächlichen Auszahlung zweiseitig. Die Unwirksamkeit und das Erlöschen des Anteilskaufvertrags erlauben keine einseitigen Weisungswiderrufe, sondern stellen nur einen Fall der Auszahlung an den Anteilskäufer dar.

Es kann vorkommen, dass die Hauptparteien über den Eintritt oder Ausfall der Escrow-Bedingung nicht einig sind. Der Escrow-Agent muss dann die Auszahlung aussetzen. Für ein M&A-Escrow-Arrangement macht dies jedoch keinen großen Unterschied, da Auszahlungen ohnehin nur aufgrund gemeinsamer Instruktionen erfolgen sollten.

III.2.6. Einzahlung des Kaufpreiseinbehalts

Im M&A-Escrow zahlt der Anteilskäufer den Kaufpreiseinbehalt in den Escrow-Account ein. Der Betrag wird dann zur Abgeltung der gegenseitigen Ansprüche verwendet (etwa Kaufpreis, Freistellungen oder Preisminderungen). Für den Käufer wäre es verlockend, bereits

vor der Einzahlung Ansprüche und Einwendungen geltend zu machen, um die Einzahlung zu meiden oder den Einzahlungsbetrag zu reduzieren. Dies ist ihm aber verwehrt, weil solche Ansprüche eigentlich über den Escrow-Account abzuwickeln sind. Selbst wenn der Käufer einen Anspruch hat, der durch das Escrow-Agreement gedeckt ist, muss er zuerst einzahlen und dann über den Anspruch auf den Betrag streiten. Eine Rügepflicht des Escrow-Agenten besteht nicht, da es sich bei dem Escrow-Gegenstand um Geld handelt. Er muss den Hauptparteien nur mitteilen, ob die Einzahlung ordnungsgemäß erfolgt ist.

III.2.7. Früchte des Escrow-Accounts

Aufgrund der strikten Weisungsgebundenheit ist der Escrow-Agent bei brasilianischen M&A-Escrows nicht verpflichtet, den Escrow-Betrag anzulegen, wenn dies nicht in der Weisung angeordnet wird.

Der Escrow-Agent ist nicht verpflichtet, dem M&A-Escrow eine Bestimmung über die Verteilung der Früchte zu entnehmen. Es ist vielmehr Aufgabe der Hauptparteien, die Früchteverteilung in den gemeinsamen Instruktionen abzubilden. Können sich die Hauptparteien nicht einigen, bleibt dem Escrow-Agenten keine andere Wahl, als Verfügungen über die Früchte des Escrow-Betrags auszusetzen und eine gerichtliche Entscheidung abzuwarten.

Der Richter hat dann durch Auslegung des Kaufvertrages die Regel der Fruchtziehung zu ermitteln und auf dieser Grundlage die gemeinsame Instruktion zu treffen. Eine solche Regelung findet sich nicht im M&A-Escrow, da dort die Gründe für die Erteilung gemeinsamer Weisungen nicht geregelt sind. Im Gegensatz zur allgemeinen Regel des Escrow-Agreements (wie oben in Kap. II.7.4.3.2 dargestellt) sind die schuldrechtlichen Rückwirkungen des Bedingungseintritts nicht die Grundlage dieser Verteilung.

Bei der Auslegung des Kaufvertrags müssen u. a. drei wichtigste Elemente berücksichtigt werden. Erstens fällt der Kaufpreisanspruch nicht unbedingt mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Einzahlung zusammen. Wenn Auszahlungen aus dem Escrow-Account in Zeitabschnitten zu erfüllen sind, kann der Kaufpreis auch in Zeitabschnitten fällig werden. Die bis dahin erwirtschafteten Früchte des Escrow-Betrags sind dem Käufer auszuhändigen, denn der Kaufpreis wird zum Fälligkeitsdatum in Nennwert bezahlt (Art. 315 CC), soweit nicht anders vereinbart. Die spezifischere Regel des Art. 315 CC für Geldschulden geht der allgemeineren Regel des Art. 237, Einzelparagraf, CC vor. Ab dem jeweiligen Auszahlungszeitpunkt stehen die danach erzeugten Früchte dem Anteilsverkäufer zu. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Fälligkeit von Freistellungs- und Garantieansprüchen des Käufers an Mahnungen und

besondere Fristen gebunden sein kann. In diesem Fall hätte der Käufer die Früchte des auszuzahlenden Betrags erst ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Freistellungen oder Garantien erhalten. Drittens gebühren die Früchte auch beim Preisminderungsanspruch des Art. 442 CC sinnvollerweise dem Käufer ab Fälligkeit der Rückzahlungspflicht.

4. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN

Die vorliegende Arbeit hat sich mit mehreren Sachfragen befasst, deren wesentliche Ergebnisse wie folgt zusammengefasst werden können.

A. Praktische Bedeutung des Escrow-Agreements

1. Das Escrow-Agreement löst das Spannungsverhältnis zwischen Vorleistungsrisiko und Leistungsausfallrisiko, insbesondere dann, wenn der Leistungsaustausch oder gar die gesamte Transaktion von bestimmten Vorkehrungen wie Genehmigungen Dritter abhängt. Dieses Spannungsverhältnis kann sich auch nach der Leistungserbringung ergeben, z. B. wenn sich aus Vertragsverletzungen Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche ergeben.

2. Das Escrow-Agreement bietet eine alternative Zahlungsabwicklung zur üblichen Zug-um-Zug-Leistung: Der Leistungsgegenstand wird einem neutralen Escrow-Agenten übergeben und verbleibt bei diesem, bis bestimmte Bedingungen eintreten oder ausbleiben. Danach muss der Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand an den Begünstigten weiterleiten oder an den Hinterleger zurückgeben.

3. In M&A-Transaktionen stellt das Escrow-Agreement eine Absicherung dar, die anderen traditionellen Sicherungsmechanismen in vielerlei Hinsicht überlegen ist. Sicherheiten wie Gesellschaftersicherheiten, Bankbürgschaften, Holdbacks, Pfandrechte und Hypotheken sind regelmäßig mit hohem Aufwand verbunden oder bieten dem Schuldner zu viele Verteidigungsmöglichkeiten, was zu Unsicherheiten bei der Transaktion führt. Das Escrow-Agreement fördert die gütliche Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Hauptparteien, da während der Schwebephase keine Hauptpartei Zugriff auf den Escrow-Gegenstand hat. Inzwischen wird die W&I-Versicherung in Deutschland zunehmend genutzt, weil sie trotz größerer Kosten Vorteile wie das „Clean-Exit“ und höhere Deckungssummen ermöglicht. Allerdings deckt die W&I-Versicherung bekannte Risiken nicht ab, so dass die Relevanz des Escrow-Agreements erhalten bleibt – insbesondere bei Transaktionen, die schwer versicherbar sind, wie z. B. bei Software-Escrows.

B. Aufgabe einer Lehre des Escrow-Agreements

4. Die Aufgabe einer Lehre des Escrow-Agreements besteht also darin, eines rechtliche Konstruktion zur Verfügung zu stellen, welche (1) die Verknüpfung der Weiter- bzw.

Rückgabe des Escrow-Gegenstands an gewissen Bedingungen, (2) den Entzug des Escrow-Gegenstands von der Verfügungsmöglichkeit der Hauptparteien, (3) das unparteiliche und unabhängige Tätigwerden des Escrow-Agenten gegenüber zwei Hauptparteien mit gegenläufigen Interessen und (4) die Sicherung und Erfüllung des Hauptgeschäfts über den Escrow-Agenten verbindet.

C. Umschreibung des Escrow-Agreements

5. Ausgehend von den in der Literatur gebräuchlichen Umschreibungen des Escrow-Agreements und den oben genannten vier wesentlichen Merkmalen lässt sich folgende Definition des Escrow-Agreements ableiten:

> „*ein zwei- oder dreiseitiger Vertrag, vermöge dessen der Schuldner (oder dieser gesamt mit dem Gläubiger) einen unabhängigen und neutralen Dritten zum Empfang, zur Aufbewahrung und zur bedingten Weiter- bzw. Rückgabe eines dem Schuldner gehörenden oder sich unter Besitz des Schuldners befindenden Gegenstands bestellt, wobei zur Sicherung und Abwicklung der Erfüllung einer vorbestehenden Pflicht des Schuldners jedwede Möglichkeit von Verfügungen über den Gegenstand und von Besitzübertragungen entzogen wird*".

D. Wesentliche Merkmale des Escrow-Agreements

6. (1) Bedingte Auslieferung des Escrow-Gegenstands. Die Voraussetzungen für die Auslieferung des Escrow-Gegenstands stellen Bedingungen im Sinne von § 158 ff. BGB bzw. Art. 121 CC dar. Die Tatsache, dass die Auslieferungspflicht des Escrow-Agenten zwangsläufig – manchmal sogar zu einem vorhersehbaren künftigen Zeitpunkt – entsteht, schadet der Einordnung als Bedingung nicht, sofern die Person des Gläubigers der Auslieferungspflicht beim Vertragsschluss ungewiss ist. Bedingt wird also nicht das Escrow-Agreement als Ganzes, sondern nur die Weisung zur Auslieferung an den Berechtigten. Besteht die Bedingung in der Erteilung einer gemeinsamen Instruktion, wie in vielen M&A-Escrows der Fall, so handelt es sich nicht um eine Wollensbedingung oder um eine rein potestative Bedingung, denn der Berechtigte kann die gegnerische Hauptpartei auf die Erteilung der Instruktion zwingen.

7. Während der Schwebezeit haben die Hauptparteien in brasilianischen Escrow-Agreements nur ein Anwartschaftsrecht auf Auslieferung. In Deutschland hängt die Entstehung des Anwartschaftsrechts davon ab, ob das Verhalten der anderen Hauptpartei geeignet ist, die Vollendung des Auslieferungsersuchens zu verhindern.

8. (2) Verhinderung von Verfügungen und Besitzübertragungen. Bei Besitz-Escrows hat der Escrow-Agent den unmittelbaren Besitz der Escrow-Sache, während das Eigentum beim Hinterleger verbleibt. Die Hauptparteien sind nur mittelbare Mitbesitzer, die den Besitz nur gemeinschaftlich ausüben dürfen. Nur Sachen, die im Tatbestand des Verfügungsgeschäfts ein Besitzelement voraussetzen, können konsequenterweise Gegenstand eines Besitz-Escrows sein, also nur bewegliche Sachen. Trotz Unterschiede in den Systemen der Eigentumsübertragung des deutschen und des brasilianischen Rechts erfordern beide für den Eigentumsübergang die Sachübergabe oder ein Übergabesurrogat (*traditio brevi manu*, Abtretung des Herausgabeanspruchs oder Besitzkonstitut). Das Escrow-Agreement verhindert die Sachübergabe, weil der Escrow-Agent unmittelbarer Besitzer ist; unmittelbarer Besitzer ist hat; die Abtretung des Herausgabeanspruchs ist auch deshalb ausgeschlossen, weil sie bedingt ist und das Verfügungsgeschäft erst mit dem Wirksamwerden des Auslieferungsanspruchs zustande kommt; die Verfügung durch Besitzkonstitut kann auch deshalb nicht erfolgen, weil in Deutschland der Verfügende dem Dritterwerber den verbleibenden Teil des mittelbaren Besitzes erster Stufe nicht einräumen kann und in Brasilien der Dritterwerber keinen mittelbaren Besitz an der Escrow-Sache erlangt, wenn die andere Hauptpartei seinen Eingriff in das Besitzverhältnis nicht zulässt – bei Einmischung ohne Mitwirkung der anderen Hauptpartei liegt vielmehr verbotene Eigenmacht vor. Wird darüber hinaus eine antizipierte dingliche Einigung über den Eigentumsübergang zugunsten des Begünstigten getroffen, so genießt dieser über § 161 BGB bzw. Art. 126 CC zusätzlichen Schutz vor Zwischenverfügungen.

9. Bei Vollrecht-Escrows wird dem Escrow-Agenten die Vollrechtsinhaberschaft eingeräumt, ggf. zusammen mit dem unmittelbaren Besitz. Alle Arten von Vermögensgegenständen können der Verfügungsgewalt der Hauptparteien durch ein Vollrecht-Escrow entzogen werden, einschließlich Forderungen und Grundstücke. Zu beachten ist, ob die Escrow-Bedingung Teil des Verfügungs- oder dem Verpflichtungsgeschäft ist. Nur im ersteren Fall ist der Berechtigte vor Zwischenverfügungen nach § 161 BGB oder Art. 126 CC geschützt.

10. (3) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Escrow-Agenten. Um widerstreitende Interessen zum Ausgleich bringen zu können, darf der Escrow-Agent weder unter dem Einfluss einer der Hauptparteien stehen (Unabhängigkeit), noch einen Anreiz haben, eine Hauptpartei gegenüber der anderen zu bevorzugen (Unparteilichkeit). Objektive Maßstäbe für die Beurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Escrow-Agenten gibt es allerdings nicht. Diese Beurteilung erfolgt gemäß den subjektiven Vorstellungen der Hauptparteien. Es handelt sich dabei um eine Stufungsfrage: Der Escrow-Agent ist nicht binarisch abhängig

oder unabhängig, parteiisch oder unparteiisch, sondern mehr oder weniger unabhängig oder parteiisch. Um eine fundierte Beurteilung zu ermöglichen, muss der Escrow-Agent den Hauptparteien im vorvertraglichen Stadium ausreichende Informationen zur Verfügung stellen (§ 311 Absatz 2, § 241 Absatz 2 BGB; Art. 422 CC).

11. (4) Erfüllungs- und Sicherungszweck. Neben dem häufig genannten Sicherungszweck des Escrow-Agreements ist auch der Erfüllungszweck im Escrow-Agreement anzuerkennen. Der Escrow-Gegenstand wird so weitergegeben, wie er empfangen wurde. Der Escrow-Agent tauscht, verarbeitet oder verwertet ihn vor der Auslieferung nicht. Die Weitergabe des Escrow-Gegenstands befriedigt dann das primäre Interesse des Begünstigten, weil er mit dem Leistungsgegenstand des Hauptgeschäfts identisch ist. Das geht aus dem Erfüllungszweck hervor. Der Sicherungszweck kommt darin zum Ausdruck, dass bei Alternative-Escrows eine Verdoppelung der haftenden Vermögensmassen erfolgt, während bei Ersatz-Escrows der ursprüngliche Schuldner durch einen vertrauenswürdigeren Schuldner (den Escrow-Agenten) ersetzt wird.

E. Gestaltungsformen

12. Das Escrow-Agreement kann unterschiedlich ausgestaltet werden. Die vier wichtigsten Gestaltungsformen unterscheiden sich je nach (1) der Natur der Rechtsposition des Escrow-Agenten am Escrow-Gegenstand, (2) dem Ersterwerb des Auslieferungsanspruchs, (3) dem Zeitpunkt der Erfüllungswirkung und (4) dem Verhältnis der Auslieferung zur gesicherten Forderung.

13. (1) nach der Art der Rechtsposition des Escrow-Agenten am Escrow-Gegenstand kann der Vertrag ein Besitz- oder ein Vollrecht-Escrow darstellen. Die Grundzüge dieser zwei Gestaltungsformen wurden bereits in den Thesen Nr. 8 und 9 angesprochen.

14. (2) nach der Art des Ersterwerbs des Auslieferungsanspruchs kann das Escrow-Agreement in echtes und unechtes Escrow unterteilt werden. Beim echten Escrow-Agreement hat keine der Hauptparteien während der Schwebephase einen wirksamen Auslieferungsanspruch. Die Hauptparteien haben nur einen bedingten Anspruch, welcher meistens nur ein Anwartschaftsrecht darstellt. Beim Bedingungseintritt oder -ausfall erwirbt der Berechtigte den Auslieferungsanspruch unmittelbar. Beim unechten Escrow-Agreement erwirbt zunächst eine Hauptpartei den Auslieferungsanspruch und tritt diesen an die andere Hauptpartei aufschiebend oder auflösend bedingt ab. Während der Schwebezeit hat diese Hauptpartei dann i. d. R. nur ein Anwartschaftsrecht. Die Ausübung des Auslieferungsanspruchs ist regelmäßig an gewisse

Voraussetzungen geknüpft, sodass der Anspruchsinhaber nicht sofort die Auslieferung verlangen darf. Die andere Hauptpartei ist ferner über §§ 160, 161 BGB bzw. Arts. 126, 186, 927 CC geschützt.

15. (3) nach dem Moment des Eintritts der Erfüllungswirkung kann das Escrow-Agreement ein Ersatz- oder ein Alternative-Escrow sein. Im Ersatz-Escrow tritt die Erfüllungswirkung bereits zum Zeitpunkt der Auslieferungsreife ein, während beim Alternative-Escrow diese Auswirkung ein Ausfluss der tatsächlichen Auslieferung ist. Mehr hierzu in Thesen 47 bis 49.

16. (4) nach dem Verhältnis der Auslieferung zur gesicherten Forderung ergibt sich die Unterteilung in unidirektionalem und multidirektionalem Escrow-Agreement. Beim unidirektionalen Escrow-Agreement dient der Escrow-Gegenstand nur der Erfüllung einer einzigen Forderung des Begünstigten gegen den Hinterleger. Ist der Escrow-Gegenstand jedoch so beschaffen, dass er mehrere gegenseitige Ansprüche der Hauptparteien gegeneinander erfüllen kann, wie dies bei Escrow-Agreements mit Geld als Escrow-Gegenstand häufig der Fall ist, so handelt es sich um ein multidirektionales Escrow-Agreement.

F. Rechtsnatur

17. Die Rechtsnatur des Escrow-Agreements wird in Deutschland und in Brasilien unterschiedlich verstanden.

18. (1) Deutschland. Die Rechtsnatur des Escrow-Agreements in Deutschland ist nicht besonders problematisch. Es besteht Einigkeit darüber, dass es sich um eine Treuhandvereinbarung handelt. Die Treuhand ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Treuhänder eine Machtstellung an einem Treugut (sei es ein Vollrecht, eine Ermächtigung i.S.v. § 185 BGB oder eine Befugnis i.S.v. § 164 BGB) zur Wahrnehmung bestimmter Interessen des Treugebers eingeräumt wird. Daraus ergibt ein Auseinanderfallen von rechtlichem „Können“ im Außenverhältnis und rechtlichem „Dürfen“ im Innenverhältnis. Die Treuhand bildet seinerseits einen Unterfall der Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB. Das wird an den Merkmalen der Geschäftsbesorgung deutlich: Der Escrow-Agent nimmt die Interessen der Hauptparteien wahr, indem er den Interessengegensatz zum Ausgleich bringt; diese Tätigkeit gehört zum Wirtschaftsleben der Hauptparteien, da es sich um die Erfüllung einer Pflicht des Hinterlegers handelt, und hat einen offensichtlichen Vermögensbezug, da sie nichts anderes zum Inhalt hat als die Verwaltung des Leistungsgegenstands des Hauptgeschäfts; trotz der Bindung an die Weisungen der Hauptparteien handelt der Escrow-Agent selbständig. Das Escrow-Agreement ist also eine Treuhand und mithin eine Geschäftsbesorgung.

19. Geschäftsbesorgungen können in Deutschland nach dem Wortlaut des § 675 BGB dienst- oder werkvertraglichen Charakter haben. Der Escrow-Agent schuldet einen konkreten Erfolg, nämlich die tatsächliche Auslieferung des Escrow-Gegenstands – oder zumindest die Übernahme des Risikos des Nichteintretens dieses Erfolgs. Daher bildet das Escrow-Agreement eine Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichen Zügen.

20. Aufgrund des Sicherungs- und Erfüllungszwecks kann das Escrow-Agreement als eine besondere Art der Treuhand, die sich nicht bloß als Sicherungs- oder als Erfüllungstreuhand einordnen lässt. Vielmehr vereinigt sie beide Zwecke in sich.

21. Nach der Interessenausrichtung ist das Escrow-Agreement als doppelnützige Treuhand zu qualifizieren. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass sie die Interessen mehrerer Auftraggeber vertritt, die zueinander im Widerspruch stehen. In Anlehnung an *Löhnig* muss man in der Doppeltreuhand und *a fortiori* im Escrow-Agreement von einer qualitativen (und nicht rein quantitativen) Aufspaltung der Treugeberposition ausgehen. Dies bedeutet, dass die Treugeber widerstreitende Interessen haben. Die Interessenwahrnehmung erfolgt durch den Ausgleich dieser Interessen. Bei der üblichen Konstruktion der Doppeltreuhand sind unterschiedliche Verhaltensweisen des Treuhänders zu erwarten, je nachdem, ob die Situation A oder B eintritt. Die Weiter- oder Rückgabe des Treuguts je nach dem Eintritt oder Ausfall der Escrow-Bedingung bildet das Beispiel der Doppeltreuhand schlechthin.

22. Bei der Verwahrung beweglicher Sachen in einem Besitz-Escrow kann sich die Einordnung des Escrow-Agreements in eine Mischform aus Geschäftsbesorgung und Verwahrung verschieben. Dann stellt sich die Frage der Rechtsanwendung auf gemischte Verträge. Die gleiche Frage betrifft Vollrecht-Escrows mit beweglichen Sachen als Gegenstand. Richtigerweise soll hier die Absorptionstheorie Platz greifen, sodass stets die Geschäftsbesorgungs- und die Werkvertragsvorschriften anzuwenden sind. Denn die Aufbewahrung ist im Escrow-Agreement nur eine Nebenleistung; Hauptleistung bildet die Interessenwahrnehmung. Die Regelungen des Verwahrungsvertrages würden auch für die Rechtsanwendung wenig beitragen, da sie entweder bereits ein Äquivalent in den Regelungen des Geschäftsbesorgungs- oder Werkvertrages finden oder nicht dem Zweck des Escrow-Agreements entsprechen. Außerdem ist eine einheitliche Behandlung der Escrow-Agreements vorzugswürdig, die nicht erreicht werden könnte, wenn je nach der Art des Treuguts unterschiedliche Rechtsfolgen gezogen würden. Bei der Interessenwahrnehmung an Forderungen und Grundstücken handelt es sich nicht um eine typische Nebenleistung des Verwahrungsvertrages, sondern aufgrund der werkvertragsrechtlichen Züge des Escrow-Agreements um eine typische Leistung des Werkvertrags, dessen

Vorschriften jedenfalls anwendbar sind.

23. Der Escrow-Account ist eine Erscheinungsform des Escrow-Agreements, dessen Gegenstand Buchgeld ist, das auf einem Treuhandkonto verwahrt wird. Die Kontoeröffnung ist nur das technische Mittel zur Aufbewahrung von Geldern. Das Treuhandverhältnis besteht zwischen dem Escrow-Agenten und den Hauptparteien, die Bank ist daran nicht beteiligt.

24. Eine besondere gesetzestypische Regelung für das Escrow-Agreement gibt es in der deutschen Rechtsordnung nicht. Die meisten Rechtsfragen, die sich im Rahmen eines Escrow-Agreements ergeben, können mit Rückgriff auf das Geschäftsbesorgungsrecht und Grundsätze der Treuhand gelöst werden. Enthält das Recht der Geschäftsbesorgung jedoch eine Lücke oder entspricht die maßgebliche Norm des Rechts der Geschäftsbesorgung nicht dem Zweck des Escrow-Agreements und ergibt die Vertragsauslegung einschließlich der ergänzenden Auslegung keine Norm für den fraglichen Sachverhalt, so können die Vorschriften über die notarielle Verwahrung auf das Escrow-Agreement analog angewendet werden.

25. Der Mangel an spezifischen Normen für das Escrow-Agreement stellt eine planwidrige Lücke der deutschen Rechtsordnung dar. Der Geschäftsbesorgungsvertrag baut auf der Konstellation auf, dass zwischen den Auftraggebern kein Interessengegensatz besteht. Genau umgekehrt verhält es sich beim Escrow-Agreement. Bei der notariellen Verwahrung hingegen liegt genau diese Sachlage zugrunde. Ferner ähneln die Aufgaben des Notars in einer notariellen Verwahrung weitestgehend denjenigen des Escrow-Agenten, weil der Notar auch den Verwahrgegenstand empfängt, aufbewahrt und weiter- bzw. zurückgibt. Der Umstand, dass die deutsche Rechtsordnung diesen Sachverhalt für regelungsbedürftig hält, wenn der Treuhänder ein Notar ist, für die vergleichbare Tätigkeit des Escrow-Agenten aber keine spezielle Norm erlassen hat, verdeutlicht, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

26. Die notarielle Verwahrung des BeurkG, §§ 57 ff. ist dem Escrow-Agreement in weitem Umfang vergleichbar. Beide der Notar und der Escrow-Agent sind neutrale Dritte, die treuhänderisch zur Aufbewahrung und Weiter- bzw. Rückgabe eines ihm anvertrauten Gegenstands bestellt werden. Sowohl die Verwahrungsanweisung an einen Notar als auch das Escrow-Agreement dienen der Transaktionssicherung und der Erfüllung einer Schuld des Hinterlegers. Während der Aufbewahrung können Verfügungen über den anvertrauten Gegenstand nicht vollzogen werden, und die Auslieferung des Gegenstands ist an den Eintritt gewisser, als Bedingung zu qualifizierender Voraussetzungen gebunden.

27. Im Ergebnis können die Vorschriften über die notarielle Verwahrung als Analogiequelle für das Escrow-Agreement dienen, soweit diese Vorschriften nicht auf dem hoheitlichen Charakter der notariellen Tätigkeit beruhen.

28. Bei der Aufbewahrung von anvertrauten Geldern oder sonstigen Gegenständen durch Rechtsanwälte, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater kommen die Regeln der notariellen Verwahrung nicht analog zur Anwendung. Für diese Sachverhalte gibt es besondere Regeln in den einschlägigen Berufsregelungen, sodass es kaum von einer planwidrigen Lücke die Rede sein kann.

29. (2) Brasilien. In Brasilien sind Escrow-Agreements als atypische fiduziarische Geschäfte (*negócios fiduciários*) zu qualifizieren.

30. Trotz mancher Ähnlichkeiten zum Verwahrungsvertrag (*contrato de depósito*) und zur freiwilligen Sequestration (*sequestro convencional*) unterscheidet sich das Escrow-Agreement von diesen zwei Vertragstypen u. a. durch die verschiedenen Hauptleistungen (Interessenwahrnehmung im Escrow-Agreement; Aufbewahrung in der Verwahrung; Aufbewahrung eines strittigen Gegenstands in der freiwilligen Sequestration) ebenso wie in den verschiedenen Zwecken, die solche Verträge erfüllen. Außerdem betrifft die Verwahrung nur bewegliche Sachen, während die freiwillige Sequestration notwendigerweise eine streitige Sache zum Gegenstand hat; das Escrow-Agreement erstreckt sich auch auf unbewegliche Sachen und Forderungen sowie auf unstreitige Gegenstände. Von der Sicherungsübereignung (*alienação fiduciária*) und der Sicherungsabtretung von Forderungen (*cessão fiduciária de créditos*) ist das Escrow-Agreement abzugrenzen, weil diese nur eine sekundäre Befriedigung für den Gläubiger anbieten, und zwar vorrangig durch die Verwertung des Sicherungsguts; die Weitergabe des Escrow-Gegenstands hingegen befriedigt das primäre Interesse des Gläubigers, eine Verwertung des Escrow-Gegenstands findet nicht statt.

31. Dem Escrow-Agreement kommt die Geschäftsbesorgung (*contrato de mandato*) nahe, denn auch hier geht es um die Wahrnehmung fremder Interessen durch den Beauftragten. Dennoch ist die Geschäftsbesorgung in Brasilien aus bewusster Entscheidung des Gesetzgebers stets mit der Gewährung der Vertretungsmacht verbunden, was beim Escrow-Agreement nicht zwingend der Fall ist. Die Vorschriften der Geschäftsbesorgung, die sich nicht auf die Ausübung der Vertretungsmacht beziehen, können aber auf das Escrow-Agreement analog angewendet werden.

32. Die Rechtsfigur, die die Rechtsnatur des Escrow-Agreements am besten erklärt,

ist das fiduziarische Geschäft. Dieses besteht aus einer Vermögenszuwendung an den Fiduziar, in der Regel einem Verfügungsgeschäft, und einem Verpflichtungsgeschäft, das die durch diese Vermögenszuwendung begründete Macht über das Fiduziargut nur schuldrechtlich beschränkt. Jedwede Beschränkung der Macht über das Fiduziargut erfolgt sachlogisch im Interesse des Fiduzianten, sodass im Innenverhältnis eine Pflicht des Fiduziars zur Wahrnehmung fremder Interessen anzuerkennen ist. Der übliche Hinweis auf die überschießende Rechtsmacht und die Missbrauchsmöglichkeit des Fiduziars ist nur eine Folgeerscheinung der Bindung des Fiduziars an die Interessen des Fiduzianten. Die überschießende Rechtsmacht ist also das Merkmal, das das fiduziarische Geschäft von anderen Interessenwahrnehmungen abgrenzt. Aufgrund dieser Machtstellung des Fiduziars haben seine Pflichten aus dem fiduziarischen Geschäft gesteigerte Intensität, insbesondere solche, die sich aus Treu und Glauben ergeben (Art. 422 CC).

33. Die Zuordnung der Vermögenswerte im Escrow-Agreement ist eindeutig: Es handelt sich um die Übertragung des Vollrechts oder des unmittelbaren Besitzes an den Escrow-Agenten. Das Verpflichtungsgeschäft ist das Escrow-Agreement selbst, und die Nutzung der Macht am Escrow-Gegenstand für die Wahrnehmung der Interessen der Hauptparteien ist das Kernstück jegliches Escrow-Agreements. Das Escrow-Agreement ist im Ergebnis ein atypisches fiduziarisches Geschäft.

34. Auch in Brasilien ist das Escrow-Agreement ein fiduziarisches Geschäft mit Sicherungs- und Erfüllungszwecken. Unter dem Blickwinkel der besonderen Interessenausrichtung stellt es ein doppelfiduziarisches Geschäft dar. Diese zeichnet sich durch den Ausgleich von widerstreitenden Interessen mehrerer Auftraggeber aus (also eine qualitative Spaltung in der Position des Fiduzianten).

35. Hinsichtlich der Rechtsanwendung sind die auf das Escrow-Agreement anwendbaren Rechtsvorschriften im Wege der Analogie zu ermitteln. Jeder Vertrag, der weder einen typischen Vertrag noch einen Vertrag mit modifiziertem Typus darstellt, überschreitet die Grenzen der Typizität. Auf ihn sind Vorschriften anderer Vertragstypen nur analog anwendbar. Die Absorptionstheorie ist nur auf Verträge mit modifiziertem Typus anwendbar, weil sie eigentlich noch typisch sind. Die Kombinationstheorie ist abzulehnen, da sie dem Sinnganzen der Vertragstypen nicht hinreichend berücksichtigt und somit keinen sicheren Maßstab für die Bestimmung der anwendbaren Vorschriften liefert. Die einzige sichere Methode für die Rechtsanwendung bei atypischen Verträgen ist die die Analogie, denn sie erfordert nicht nur die Vergleichbarkeit der Sachlage, aber auch das planwidrige Fehlen einer Norm in der Rechtsordnung für den konkreten Sachverhalt. Kann keine Norm analog angewendet werden, dürfen sodann

allgemeinere Prinzipien, wie Treu und Glauben, die Vertragslücken des Escrow-Agreements schließen.

36. Das Escrow-Agreement ist ein verkehrstypischer Vertrag. Dementsprechend können die Verkehrsbräuche bei der Auslegung des Escrow-Agreements und bei der Schließung von Lücken im Vertrag helfen – letztere sogar vorrangig vor der Analogie, da die Verkehrssitte in der Regel eng mit dem Parteiwillen verbunden ist.

37. Im Ergebnis ist das Regelungswerk des Escrow-Agreements – in dieser Reihenfolge – aus der Vertragsauslegung, den Verkehrsbräuchen und der analogen Anwendung von Gesetzesvorschriften des Geschäftsbesorgungsrechts (beim Besitz-Escrow zuzüglich des Verwahrungsrechts) zusammengesetzt.

38. Escrow-Accounts sind eine Form des Escrow-Agreements. In Brasilien wird häufig eine Bank als Escrow-Agent eingesetzt. Escrow-Accounts stellen keinen bloß modifizierten Girokontovertrag dar, weil die Pflichten des Escrow-Agenten diejenigen einer gewöhnlichen kontoführenden Bank wesentlich überschreiten. Diese Art vom Escrow-Account ist eigentlich ein unechtes Escrow-Agreement, weil die Kontoinhaberschaft regelmäßig nur einer Hauptpartei zusteht. Sie unterscheiden sich von einem „Und-Konto“ dadurch, dass das kontoführende Institut bei einem „Und-Konto“ keine Verpflichtung zum Ausgleich widerstreitender Interessen übernimmt. Überdies wird der Auszahlungsanspruch in einem „Und-Konto“ nicht bedingt abgetreten, und die Sicherungs- und Erfüllungszwecke werden nicht zum Teil der Tätigkeit der Bank erhoben, sondern bleiben sie bloße Motive der Hauptparteien.

39. Der notarielle Escrow-Account ist ein Bankkonto, das für den Empfang anvertrauter Gelder der Hauptparteien im Namen eines Notars errichtet wird. Escrow-Agent ist dann der Notar und die Bank ist nur ein Vertragspartner des Notars, der das technische Mittel zur Ausführung des Auftrags zur Verfügung stellt. Eigenheit des notariellen Escrow-Accounts ist die gesetzliche Erlaubnis der Bildung eines getrennten Vermögens des Notars. Trotz seiner gesetzlichen Typizität bildet sie einen Unterfall des Escrow-Accounts. Die Lakonie des Gesetzes 8.935/94 erlaubt nicht die Errichtung des notariellen Escrow-Accounts als eigenständige, vom Escrow-Agreement getrennte Rechtsfigur. Vielmehr profitiert er von der Zuordnung zum Escrow-Agreement, indem Kriterien für eine analoge Anwendung der Regeln der Geschäftsbesorgung ebenso entwickelt werden können wie die Verkehrssitte des Escrow-Agreements.

G. Besitzrechtliche Aspekte

40. In Deutschland bleibt der unmittelbare Besitz der Sache beim Escrow-Agenten, während die Hauptparteien nur qualifizierte mittelbare Mitbesitzer sind, d. h. sie dürfen den Mitbesitz nur gemeinschaftlich ausüben. Nach Auslieferungsreife ändert sich die Besitzlage, weil der (bedingte) Auslieferungsanspruch von einer der Hauptparteien und somit jegliche Aussicht, den Escrow-Gegenstand zu empfangen, erlischt. Der qualifizierte mittelbare Mitbesitz wird zum schlichten mittelbaren Besitz des Berechtigten, für wen der Escrow-Agent ab dann den Besitz mittelt.

41. Der Escrow-Agent ist in Deutschland stets Fremdbesitzer, weil er den Escrow-Gegenstand nicht als ihm gehörig besitzt. Das ist der Fall, auch wenn er in einem Vollrecht-Escrow Eigentümer des Escrow-Gegenstands ist, denn er übt den Besitz im Interesse der Hauptparteien aus und mit der Gewissheit, dass er das Eigentum zu einem späteren Zeitpunkt zwangsläufig an eine der Hauptparteien übertragen wird.

42. Auch in Brasilien bleibt der unmittelbare Besitz beim Escrow-Agenten, während die Hauptparteien den gesamthänderischen mittelbaren Mitbesitz haben. Mit dem Erlöschen des bedingten Auslieferungsanspruchs für eine der Hauptparteien zum Zeitpunkt der Auslieferungsreife erlischt auch den Mitbesitz, weil sie kein Interesse mehr am Umgang mit der Escrow-Sache hat.

H. Verhältnis des Escrow-Agreements zum Hauptgeschäft

43. Das Hauptgeschäft steht in einer Vertragsverbindung mit dem Escrow-Agreement. Dies ist in Deutschland gegeben, wenn zwei selbständige Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien so verbunden werden, dass sie miteinander „stehen und fallen“. Das Escrow-Agreement hängt gewissermaßen vom Hauptgeschäft ab, weil es auf die Erfüllung der Hauptforderung abzielt. Dementsprechend kann darin eine Vertragsverbindung angesehen werden. In Brasilien stehen zwei Verträge in einer Vertragsverbindung, wenn es zwischen ihnen einseitige oder mehrseitige Abhängigkeit gibt. Wenn sich diese Abhängigkeit nicht bereits aus dem Parteienwillen ergibt, kann man angesichts des Zwecks des Escrow-Agreements diese Verbindung ansehen – ein Escrow-Agreement ohne zu sichernde und erfüllende Forderung ist nicht denkbar. Im Ergebnis kann eine Vertragsverbindung in beiden Ländern anerkannt werden.

44. Im Folgenden werden drei wesentliche Aspekte der Vertragsverbindung zwischen dem Escrow-Agreement und dem Hauptgeschäft dargestellt. Zum einen (1) zeigen sich

Auswirkungen der Vertragsverbindung in Deutschland bei der Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rücktritt vom Hauptgeschäft und in Brasilien bei der Unwirksamkeit oder Erlöschen des Hauptgeschäfts. Zum anderen (2) ist die Auslegung des Escrow-Agreements ohne Bezug zum Hauptgeschäft durchzuführen. Zuletzt (3) bewirkt das Escrow-Agreement die Erfüllung des Hauptgeschäfts.

45. (1) In der Regel müssen Ereignisse aus dem Hauptgeschäft als Bedingung in das Escrow-Agreement übernommen werden, um Einfluss auf das Escrow-Agreement zu haben. Andere Ereignisse können die Abwicklung des Escrow-Verhältnisses nur in geringem Maße beeinflussen. Die notarielle Verwahrung liefert in Deutschland diesbezüglich einen angebrachten Analogieschluss. Gemäß § 60 Absatz 3 BeurkG können mehrseitige Weisungen auch einseitig widerrufen werden, wenn der Widerruf auf der Aufhebung, der Unwirksamkeit oder dem Rücktritt vom Hauptgeschäft beruht. Ist nichts anderes im Escrow-Agreement vereinbart, so können in den drei genannten Fällen Weisungen einseitig widerrufen werden. § 665 BGB gelangt hier kaum zur Anwendung, weil es angesichts des Interessengegensatzes unwahrscheinlich ist, dass der Escrow-Agent legitimerweise mit einer einstimmigen Weisung rechnen kann. In Brasilien wirkt sich die Vertragsverbindung in der Weise auf das Escrow-Agreement aus, wenn die zu sichernde und erfüllende Hauptforderung nicht besteht, also infolge der Unwirksamkeit oder des Erlöschens des Hauptgeschäfts. In diesem Fall ist dem Hinterleger den Escrow-Gegenstand zurückgeben oder, falls Einlieferung noch nicht erfolgt ist, wird der Hinterleger von der Einlieferung befreit, weil das Escrow-Agreement seinen Zweck nicht mehr erfüllen kann.

46. (2) Die Auslegung des Escrow-Agreements darf nicht durch Bestimmungen des Hauptgeschäfts beeinflusst werden. In Deutschland ist die Auslegungsstrenge ein allgemeiner Grundsatz der notariellen Verwahrung und ist auf das Escrow-Agreement übertragbar, weil die Kontrolle über das Auslegungsmaterial auch eine Art Kontrollmacht der Hauptparteien über den Interessenausgleich darstellt. In Brasilien kann in Anlehnung an Art. 113, § 2°, CC die gleiche Auslegungsstrenge erreicht werden. Die Hauptparteien können von den Auslegungsregeln des Gesetzes abweichen, indem sie eine Beschränkung des Materials vereinbaren, anhand dessen das Escrow Agreement auszulegen ist. Dieser Grundsatz ist ein natürlicher Ausfluss des Zwecks des Escrow-Agreements und gilt dementsprechend für jegliches Escrow-Agreement, wenn sich nichts anderes aus dem Geschäft ergibt.

47. (3) Der Escrow-Agent, als unabhängiger und unparteilicher Dritter, darf weder in der Interessensphäre des Hinterlegers noch des Begünstigten handeln. Er kann

dementsprechend nicht als Empfangsermächtigter des Begünstigten auftreten. Da er den Gegenstand nicht im Namen des Begünstigten in Empfang nimmt, kann der Einlieferung keine Erfüllungswirkung zukommen.

48. In Deutschland und in Brasilien muss zwischen dem Ersatz- und dem Alternative-Escrow unterschieden werden. Im Ersatz-Escrow ist der Auslieferungsanspruch selbst der Leistungsgegenstand. Zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts erwirbt der Begünstigte den Anspruch gegen den Escrow-Agenten und seine Forderung im Hauptgeschäft gilt als erfüllt. Erfüllungswirkung tritt also mit Auslieferungsreife ein. Dieser Tatbestand ist in Deutschland als Ersetzungsbefugnis oder in Brasilien als *obrigação com facultas alternativa* zu qualifizieren, weil der Hinterleger dem Begünstigten gegenüber nur den Erwerb des Auslieferungsanspruchs schuldet, aber die Möglichkeit hat, diesen durch die direkte Leistung zu ersetzen. Beim Alternative-Escrow bleibt die Hauptforderung der Leistungsgegenstand. Der Auslieferungsanspruch gegen den Escrow-Agenten stellt nur eine zusätzliche Befriedigungsmöglichkeit des Begünstigten dar, aus der er vorrangig Befriedigung zu suchen hat. Beim Leistungsausfall des Escrow-Agenten bleibt der Hinterleger aber für die Erfüllung der Hauptforderung verantwortlich. Die Schuld des Hinterlegers gilt nur dann als erfüllt, wenn die Auslieferung erfolgt. Der Auslieferungsanspruch ist also nur erfüllungshalber (in Brasilien: *datio pro solvendo*) erworben.

49. In Brasilien ist das Escrow-Agreement von der Wahlschuld (*obrigação alternativa*), der Novation (*novação*), der Leistung an Erfüllungs statt (*dação em pagamento*) oder der Schuldübernahme (*assunção de dívida liberatória*) abzugrenzen. In jedem Escrow-Agreement behält sich der Hinterleger die Möglichkeit vor, die Hauptforderung direkt und nicht über den Escrow-Agenten zu erfüllen. Diese Möglichkeiten sind aber nicht gleichrangig, was bereits eine Einordnung in die Wahlschuld ausschließt. Es handelt sich auch nicht um eine Novation, da keine Änderung der bereits bestehenden Schuld erfolgt; die geschuldete Leistung bleibt von Anfang gleich. Außerdem erlischt das ursprüngliche Schuldverhältnis nicht, sodass kein *animus novandi* im Escrow-Agreement vorliegt. Das Escrow-Agreement unterscheidet sich von der Leistung an Erfüllungs statt dadurch, dass die Möglichkeit der Ersatzleistung bereits bei Vertragsschluss besteht, während sie bei der Leistung an Erfüllungs statt erst mit dem Angebot der Ersatzleistung vereinbart wird. Schließlich übernimmt der Escrow-Agent nicht die Leistungspflicht des Hinterlegers aus dem Hauptgeschäft, sondern der Escrow-Vertrag begründet eine eigene, von der Hauptforderung getrennte Leistungspflicht des Escrow-Agenten. Eine Schuldübernahme liegt somit auch nicht vor.

50. Hinsichtlich der Risikoverteilung in brasilianischen Escrow-Verträgen verbleibt

das Ausfallrisiko des Escrow-Agenten bei alternativen Escrow-Verträgen vollständig beim Hinterleger, da der Auslieferungsanspruch nicht die einzige, sondern nur die vorrangige Befriedigungsmöglichkeit darstellt. Bei Ersatz-Escrow trägt dagegen derjenige das Risiko, der den Auslieferungsanspruch erwirbt. Der Hinterleger hat daher dafür zu sorgen, dass der Begünstigte den Auslieferungsanspruch erwirbt. Der Untergang der Escrow-Sache vor Auslieferungsreife in einer Stückschuld nach Art. 234 CC kann diesen Erwerb beeinträchtigen. Denn der Escrow-Agent wird zwar von der Leistung befreit, die von ihm zu erbringende Ersatzleistung kann aber wegen der Natur der Stückschuld nicht mit dem Escrow-Gegenstand identisch sein. Der Hinterleger erfüllt seine Schuld nicht, wenn der Auslieferungsanspruch einen anderweitigen Gegenstand zum Inhalt hat. Handelt es sich aber um die Leistung einer vertretbaren Sache, kann die untergegangene Sache durch Sachen gleicher Art, Güte und Menge ersetzt werden, sodass der Auslieferungsanspruch eigentlich den gleichen Inhalt hat.

I. Escrow-Agreement im Innenverhältnis

51. Der Abschluss des Escrow-Vertrags erfordert in Deutschland grundsätzlich keine besondere Form, soweit besondere Vorschriften nicht eingreifen, wie § 15 Absatz 4 GmbHG. Die Schriftform des § 57 BeurkG ist auf das Escrow-Agreement nicht anwendbar, weil sie die Dokumentation der strengen inhaltlichen Anforderungen der Notartätigkeit sowie die Erleichterung der Dienstaufsicht der Notare bezweckt. Die Übergabe der Escrow-Sache ist keine Voraussetzung für die Entstehung des Vertrags, die Lehre der Realverträge gilt in Deutschland nicht. In Brasilien ist das Escrow-Agreement aufgrund seiner Atypizität ebenfalls grundsätzlich formfrei, weil Formvorschriften nicht analog angewendet werden können. Außerdem ginge eine Erweiterung der Formvorschriften auf das Escrow-Agreement dem Wortlaut des Art. 107 CC (ein Formzwang gilt es nur dort, wo das Gesetz es „ausdrücklich verlangt“) zuwider. Trotz des Weiterbestehens der Lehre der Realverträge in Brasilien bei der Verwahrung (*depósito*), der Leihe (*comodato*) und dem Darlehen (*mútuo*) ist die Sachübergabe keine Entstehungsvoraussetzung des Escrow-Agreements. Diese Voraussetzung darf nicht analog ausgeweitet werden und selbst in den drei genannten Verträgen ist sie nur anzunehmen, wenn der Vertrag unentgeltlich ist.

52. Hauptpflicht jedes Escrow-Agenten ist die Interessenwahrnehmung für beide Hauptparteien, indem ihre widerstreitenden Interessen durch die Aufbewahrung und Befolgung der Weisungen zum Ausgleich gebracht werden. Die Konturen solcher Pflicht sind i. d. R. flüssig und bedürfen der Konkretisierung durch den Treuhänder bzw. Fiduziar. Das Escrow-

Agreement weicht von diesem Grundsatz ab, denn hier gilt das Gebot der strikten Weisungsbefolgung: Der Escrow-Agent darf nicht von den Weisungen abweichen, da die besondere Art des Interessenausgleichs genau in der „peinlich genauen“ Befolgung der Weisungen besteht. Der Ermessensspielraum des Escrow-Agenten für die Konkretisierung der rahmenmäßigen Interessenwahrnehmungspflicht ist gering. Ist ein Bereich der Tätigkeit des Escrow-Agenten nicht von einer Weisung gedeckt, soll der Escrow-Agent zunächst versuchen, eine einstimmige Weisung der Hauptparteien einzuholen.

53. Weisungswiderrufe sind in Deutschland und Brasilien geringfügig unterschiedlich zu behandeln. Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, dass nur derjenige, dessen Interessen betroffen sind, eine Weisung widerrufen darf. Als Faustregel darf der Hinterleger vor Einlieferung einseitig Weisungen widerrufen; zwischen Einlieferung und Auslieferungsreife müssen Widerrufe prinzipiell von sämtlichen Hauptparteien erteilt werden, weil die Interessen von allen in der Schwebephase berührt werden. Nach Bedingungseintritt bis zur Auslieferung hat der Hinterleger in einem Alternative-Escrow weiterhin Interesse am Umgang mit dem Escrow-Gegenstand, weil er sich von der Hauptforderung nur bei erfolgreicher Auslieferung befreit, dann müssen Weisungswiderrufe weiterhin mehrseitig erfolgen; in einem Ersatz-Escrow darf der Begünstigte grundsätzlich einseitig widerrufen, nachdem die Bedingung eintritt, weil sich der Hinterleger bereits bei Auslieferungsreife befreit und somit kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand hat. Beim Bedingungsausfall kann der Hinterleger allein widerrufen. In Deutschland sieht § 60 Absatz 3 BeurkG eine erhebliche Abweichung von diesem Grundsatz vor, dass mehrseitige Weisungswiderrufe einseitig erfolgen dürfen, wenn der Widerruf auf Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rücktritt vom Hauptgeschäft beruht. Dann müssen Auslieferungen vorenthalten werden. Der Widerruf wird aber unbeachtlich, wenn die Parteien einvernehmlich eine neue Weisung erteilen, oder, wenn nach einer angemessenen Frist nicht nachgewiesen wird, dass ein gerichtliches Verfahren zur Herbeiführung einer übereinstimmenden Anweisung eingeleitet wurde, oder anders, wenn nachgewiesen wird, dass ein solches Gerichtsverfahren entfallen ist. Der Widerrufsgrund muss nicht einer Schlüssigkeitsprüfung standhalten; sofern er plausibel erscheint, ist der Widerruf beachtlich. Diese Widerrufsgründe können analog auf das Escrow-Agreement übertragen werden, da sie nicht auf der hoheitlichen Natur der Notartätigkeit basieren, sondern vielmehr auf der neutralen Position des Notars als Treuhänder. In Brasilien gibt es in Ermangelung einer Regel wie § 60 Absatz 3 BeurkG diese Möglichkeit nicht. Mehrseitige Weisungen können nicht einseitig widerrufen werden.

54. Für die Vergütung des Escrow-Agenten haften in Deutschland die Hauptparteien

gemäß § 427 BGB prinzipiell gesamtschuldnerisch, weil sie eine teilbare Geldleistung darstellt, die von den Hauptparteien gemeinschaftlich durch Vertrag begründet wird. Die Erklärungen der Hauptparteien bilden dabei eine subjektive Einheit, weil die Interessenwahrnehmung für beide Hauptparteien den Gegenstand des Escrow-Agreements bildet. Gegen den Auslieferungsanspruch kann der Escrow-Agent seine Vergütung vor dem Zeitpunkt der Auslieferung der in Escrow bewahrten Gelder nicht aufrechnen. Die Forderungen wären schon davor zwar gleichartig und gegenseitig, und die Aktivforderung des Escrow-Agenten wäre zum Zeitpunkt der hypothetischen Aufrechnungserklärung fällig und durchsetzbar; jedoch wäre die Pflicht des Escrow-Agenten vor dem Zeitpunkt der Auslieferung nicht erfüllbar. Aufrechnen darf er nur dann, wenn die Fälligkeit seiner Vergütung mit der Fälligkeit der Auslieferung zusammenfällt, oder beim Vorliegen eines Aufrechnungsvertrags. In Brasilien hingegen kann bei der Vergütung des Escrow-Agenten nicht von einer Gesamtschuld ausgegangen werden, weil diese nicht vermutet oder analog ausgeweitet werden darf (Art. 265 CC). Vor der Auslieferung darf der Escrow-Agent seine Vergütung gegen den Anspruch auf Auslieferung der Escrow-Gelder aufrechnen, denn alle Voraussetzungen sind erfüllt. Die Forderungen hätten einen bestimmten Umfang (*dívida líquida*), sie wären außerdem gegenseitig und von vertretbaren Sachen, und ferner wäre die Vergütung zum Zeitpunkt der Aufrechnung bereits fällig. An der Erfüllbarkeit der Gegenforderung fehlt es im brasilianischen Recht nicht, weil hier die Logik Anwendung findet, dass die Frist nicht den Erwerb des Rechts, sondern nur das Entstehen des entsprechenden Anspruchs hindert (Art. 131 CC). Die Aufrechnung vor Auslieferung muss jedoch in dem Umfang erfolgen, in dem die Hauptpartei haftet, die am wenigsten für die Vergütung haftet. Das Retentionsrecht über die Escrow-Sache kann der Escrow-Agent in Bezug auf die Vergütung in brasilianischem Recht nur nach Art. 664 CC analog ausüben. Nach Art. 681 CC darf der Escrow-Agent die Escrow-Sache nur vorenthalten, bis er Erstattung für dessen Aufwendungen bekommt.

55. Nur der Begünstigte kann Einlieferung vom Hinterleger verlangen. Aufgrund der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit steht dem Escrow-Agenten diese Befugnis nicht zu, wenn sie nicht in den Weisungen enthalten ist. Wenn nicht einmal der Begünstigte Einlieferung verlangt, ist es schwer vorstellbar, dass das Verlangen des Escrow-Agenten einen Interessenausgleich herbeiführen kann. Begünstigter und Escrow-Agent sind insoweit nicht Gesamtgläubiger der Einlieferungspflicht.

56. Der Zeitpunkt der Einlieferung ergibt sich der Auslegung des Escrow-Agreements. Auf die Bestimmungen oder den wirtschaftlichen Sinn des Hauptgeschäfts ist dabei

wegen der Auslegungsstrenge des Escrow-Agreements nicht abzustellen. In äußersten Fällen könnte beim Fehlen einer Regel im Escrow-Agreement die Einlieferung sofort verlangt werden, § 271 Absatz 1 BGB bzw. Art. 331 CC. Die Einlieferung kann geschuldet sein, auch wenn die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts etwa Bedingungen unterstellt ist, denn sie geht mit den Sicherungsinteressen der Hauptparteien einher und nicht unbedingt mit der Wirksamkeit des Hauptgeschäfts. Ist die Unwirksamkeit aber endgültig, so kann in Deutschland nach § 60 Absatz 3 BeurkG analog die Weisung widerrufen bzw. in Brasilien auf der Basis der Vertragsverbindung die Einlieferung verweigert werden.

57. Einwendungen und Einreden des Hinterlegers können nicht erhoben werden, um die Pflicht zur Einlieferung zu verzögern oder mindern, etwa im Weg der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts (in Brasilien: *exceção de contrato não cumprido*), eines Preisminderungsanspruchs oder wegen Aufrechnung (in Brasilien: *compensação*). Diese haben nur dann Einfluss auf die Einlieferungspflicht, wenn sie in den Escrow-Weisungen vorgesehen sind. Das Escrow-Agreement dient im Prinzip nur der Absicherung von Forderungen, die von ihm erfasst sind, nicht aber für jegliche Forderung der Hauptparteien untereinander. § 60 Absatz 3 BeurkG kommt nicht in Betracht, weil solche Einreden und Einwendungen die Wirksamkeit des Hauptgeschäfts nicht berühren.

58. Der Escrow-Agent ist verpflichtet, den Escrow-Gegenstand in Empfang zu nehmen und muss dabei seine Fachkunde und die nötige Infrastruktur zur Verfügung stellen. Konkrete Vorkehrungen bei dem Empfang des Gegenstands können in den Weisungen definiert werden. Ist der Gegenstand Geld, ergeben sich einige Besonderheiten. Im deutschen Recht kommt diesbezüglich § 58 BeurkG nicht analog zur Anwendung, weil die Vorschrift vom hoheitlichen Charakter der Notartätigkeit geprägt ist. Allerdings haben die Grundsätze des Empfangs von Geld durch den Notar an einigen Stellen Modellcharakter für die Konkretisierung der Interessenwahrnehmungspflicht des Escrow-Agenten. Er muss bspw. das Geld in getrennten Treuhandkonten aufbewahren, um die Insolvenzfestigkeit des Escrow-Accounts zu gewährleisten. In brasilianischen Escrow-Agreements muss das Geld nicht unbedingt in einem separaten Konto eingezahlt werden: Sofern der Escrow-Agent die Beträge in einem Sammelkonto den entsprechenden Hauptparteien richtig zuordnen kann, verstießt er nicht gegen seine Pflichten. Er muss aber dafür sorgen, dass das Geld bei einer sicheren Bank aufbewahrt wird.

59. Eine Rügepflicht des Escrow-Gegenstands bei dessen Empfang gibt es für den Escrow-Agenten im Grundsatz nicht, es sei denn, dass sie in den Weisungen vorgesehen ist. Rügt er den Gegenstand, läuft er die Gefahr des parteilichen Handelns. Nur in geringem

Umfang ergibt sich aus der Interessenwahrnehmung die Pflicht, zu sorgen, dass die Sicherheit ordentlich bestellt wird. Der Escrow-Agent muss dann eine einfache, keine gründliche Untersuchung durchführen, bei der nur die Quantität und die formale Entsprechung des eingelieferten Gegenstands geprüft werden. Die Untersuchungsergebnisse müssen in objektiv-deskriptiver Weise berichtet werden. Die materielle Ist-Beschaffenheit des Escrow-Gegenstands soll er nicht prüfen.

60. In der Schwebephase (also, zwischen Ein- und Auslieferung) muss der Escrow-Agent den Escrow-Gegenstand aufbewahren. Die Hauptparteien sind Mitgläubiger der Aufbewahrung, weil der Escrow-Agent nicht für nur eine Hauptpartei aufbewahren kann, wirkt seine Tätigkeit notwendigerweise zugunsten beider Hauptparteien. In Deutschland kommen §§ 675, 662, 631 BGB bei der Konkretisierung der Aufbewahrung zur Anwendung; ein Rückgriff auf verwahrungsrechtliche Vorschriften ist nicht anzunehmen (Absorptionstheorie). In Brasilien kommt aufgrund der Atypizität des Escrow-Agreements das Verwahrungsrecht nur analog bei Besitz-Escrows zur Anwendung; anwendbar sind nur Arts. 630, 631, 633 (teilweise), 634, 636, 637 und 642. Ohnehin richtet sich die Aufbewahrung vordergründig nach den Weisungen, sodass es wenig Raum für die Konkretisierung dieser Pflicht auf der Basis von Gesetzesvorschriften gibt.

61. Während der Schwebephase darf der Escrow-Gegenstand nicht zurückgegeben werden. Sonst würde der Sicherungszweck des Escrow-Agreements ausgehebelt. Demzufolge gelten alle Vorschriften, auf denen das Rückgabeverlangen gestützt werden könnte, als abbedungen. Im deutschen Recht wird das Rückgabeverlangen nach § 667 BGB in dieser Phase ausgeschlossen. Im brasilianischen Recht gelten Arts. 668, letzter Teil, und 633, erster Teil, CC als abbedungen.

62. Der Escrow-Agent ist nicht verpflichtet, in der Schwebephase gewinnträchtige Anlagen mit dem Escrow-Gegenstand durchzuführen; dazu wäre er nur beim Vorliegen einer eindeutigen Weisung verpflichtet. Eine Pflicht des Notars zur Beratung über die Möglichkeit einer Festgeldanlage wurde schon in Deutschland in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dies aber sollte nicht auf das Escrow-Agreement übertragen werden, weil diese Entscheidung auf der Belehrungspflicht des Notars nach § 17 Absatz 1 BeurkG basierte.

63. Die Zugehörigkeit der vom Escrow-Gegenstand in der Schwebezeit erzeugten Früchte soll wegen der Trennung von Escrow-Agreement und Hauptgeschäft nicht in Zusammenhang mit dem Leistungsaustausch im Hauptgeschäft oder mit der Verfügungsmacht am

Escrow-Gegenstand ermittelt werden. Vielmehr ist auf den aufschiebend bedingten Charakter der Auslieferungspflicht abzustellen. Sowohl in Deutschland als auch in Brasilien wirkt der Bedingungseintritt nur schuldrechtlich zurück (trotz Auseinandersetzungen in der Lehre werden in Brasilien mindestens in Bezug auf die Zugehörigkeit der Früchte oft lediglich schuldrechtliche Wirkungen anerkannt). In erster Linie ist also der Auslegung des Escrow-Agreements zu entnehmen, ab welchem Zeitpunkt welcher Hauptpartei ein schuldrechtlicher Anspruch auf die Früchte gewährt wird. Ist eine solche Regelung nirgends zu finden, so stehen die Früchte in einem deutschen Besitz-Escrow bis Auslieferungsreife dem Hinterleger (als Eigentümer) zu, und danach dem Begünstigten, wenn die Bedingung eintritt; dem Escrow-Agenten gebühren die Früchte nicht, weil er Fremdbesitzer ist (§ 955 Absatz 1 BGB). In einem deutschen Vollrecht-Escrow gehören sie zunächst dem Escrow-Agenten als Eigentümer, sind aber bei der Auslieferung dem Berechtigten weiterzuleiten, weil der Escrow-Agent nach § 667 Alternative 2 BGB das aus dem Auftrag Erlangte herauszugeben hat. Im brasilianischen Recht gehören im Besitz-Escrow die vor Auslieferungsreife gezogenen Früchte nach Art. 237, Einzelparagraf, CC dem Noch-Eigentümer, also dem Hinterleger, und die zu trennenden Früchte dem Erwerber, d. h. dem Begünstigten, unter der Annahme, dass die Bedingung eintritt; danach gebühren alle Früchte dem Begünstigten, als Eigentümer. Beim Vollrecht-Escrow erwirbt zunächst der Escrow-Agent die Früchte, muss aber sämtliche Früchte dem Berechtigten nach Maßgabe des Art. 668 CC herausgeben, weil das Escrow-Agreement nicht auf die Bereicherung des Escrow-Agenten abzielt; Art. 237, Einzelparagraf, CC wird in dieser Konstellation abbedungen.

64. Die Auslieferungspflicht des Escrow-Agenten kann neben dem Escrow-Vertrag auch auf § 667 BGB bzw. Art. 668 CC gestützt werden und wird erst beim Bedingungseintritt oder -ausfall wirksam. Idealerweise sollte die Bedingung keine auslegungsbedürftigen Formulierungen oder Feststellungen tatsächlicher Art enthalten, um Unsicherheiten bezüglich der Schätzung des Escrow-Agenten über den Bedingungseintritt zu vermeiden. Eine Pflicht zur Mitmachung bei der Klärung unklarer Weisungen beim Vertragsschluss besteht bei der deutschen notariellen Verwahrung vor allem aufgrund von § 57 Abs. 3 BeurkG, kann aber nicht auf Escrow-Agreements erstreckt werden, da diese Pflicht auf dem hoheitlichen Charakter der notariellen Tätigkeit beruht.

65. Die Einschätzung des Escrow-Agenten bezüglich des Eintritts oder des Ausfalls der Bedingung ist derjenigen der Hauptparteien nachrangig, weil ihm keine richterliche Funktion zukommt. Die einvernehmliche Schätzung durch die Hauptparteien ist jedoch für den

Escrow-Agenten zwingend, da das Escrow-Agreement in ihrem Interesse liegt. Dieser Grundgedanke lässt sich in Deutschland sogar der Logik des BeurkG entnehmen: Einvernehmliche Weisungen der Hauptparteien müssen immer vom Escrow-Agenten befolgt werden, wenn aber die Hauptparteien uneinig sind, soll er einem Weisungswiderruf nur in den Fällen von § 60 Absatz 3 BeurkG Folge leisten.

66. Bestehen Zweifel über die Empfangsberechtigung, so soll der Escrow-Agent den Gegenstand in seiner Obhut behalten und eine einstimmige Weisung oder rechtskräftiges Urteil abwarten. Dieser Grundsatz gilt für die notarielle Verwahrung in Deutschland, ist aber vom Sicherungszweck her auf das Escrow-Agreement übertragbar. In Brasilien kann der Escrow-Agent bei Zweifeln oder Streitigkeiten über den Eintritt oder Ausfall der Bedingung die Auslieferung verweigern, weil er nach Maßgabe des Art. 332 CC nur bei Kenntnisnahme des Bedingungseintritts oder -ausfalls zur Auslieferung gezwungen werden kann. Vor allem bei Streitigkeiten zwischen den Hauptparteien gilt, dass der Escrow-Agent keine Kenntnis über den Eintritt oder den Ausfall der Bedingung nimmt, da er keine richterliche Stellung inne hat. Der Auslieferungsanspruch des Berechtigten besteht dann zwar, ist aber nicht durchsetzbar. Darüber hinaus hat der Escrow-Agent in diesem Fall nach brasilianischem Recht auch eine Pflicht, die Auslieferung auszusetzen, weil er für die Sicherung der Transaktion zu sorgen hat.

67. Im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Escrow-Vertrages ist der Escrow-Gegenstand nicht gemeinsam an die Hauptparteien herauszugeben, es sei denn, die Hauptparteien haben eine solche Herausgabe angeordnet, weil sie nicht nur schwer durchführbar wäre, sondern auch keine angemessene Sicherheit für die Transaktion bieten würde. Vielmehr ist der Escrow-Gegenstand dem Hinterleger zurückzugeben und die Partei, die die Beendigung verschuldet hat, ist schadensersatzpflichtig. Bei multidirektionalen Escrows kann es jedoch schwierig sein, die Person des Hinterlegers zu ermitteln. Dann kann der Escrow-Agent den Gegenstand hinterlegen nach § 372 Satz 2 Alternative 2 BGB bzw. konsignieren nach Art. 335, inc. IV, CC. Die Hauptparteien können stets einen neuen Escrow-Agenten bestellen, der dann die Interessenwahrnehmung in einem neuen Escrow-Verhältnis fortsetzt.

68. Die Hinterlegung des Escrow-Gegenstands nach § 372 BGB bzw. die Konsignationszahlung nach Art. 334 CC ist mit dem Sicherungs- und Erfüllungszweck des Escrow-Agreements vollkommen vereinbar. Sie stellt für den Escrow-Agenten eine Möglichkeit dar, sich von der Auslieferungspflicht zu befreien, da er nicht verpflichtet ist, die Interessenwahrung auf unabsehbare Zeit durchzuführen. Der Annahmeverzug des Berechtigten und eine Streitigkeit zwischen den Hauptparteien über den Eintritt der Bedingung sind die wichtigsten

Konstellationen der Hinterlegung und bilden die Fälle des § 372 Alternative 1, 3 BGB bzw. Art. 335, inc. I, II, IV, CC – der Escrow-Agent kann mangels richterlicher Funktion nicht eigenmächtig entscheiden, wer an dem Escrow-Gegenstand berechtigt ist, wenn sich die Hauptparteien hierüber nicht einig sind.

69. Der Auslieferungsanspruch ist in einem Alternative-Escrow ein Nebenrecht i. S. v. § 401 Absatz 1 BGB bzw. ein Nebengut i. S. v. Art. 92 CC. Der Anspruch muss dann zusammen mit der Hauptforderung abgetreten oder gepfändet werden, um zu vermeiden, dass der Begünstigte trotz Abtretung oder Pfändung des Auslieferungsanspruchs weiterhin über die Hauptforderung verfügt. Die Abtretung oder Pfändung der Hauptforderung umfasst im Regelfall auch den Auslieferungsanspruch. Anders ist die Lage in einem Ersatz-Escrow, weil der Anspruch auf Auslieferung der einzige Leistungsgegenstand ist. Er stellt kein Nebengut dar und unterliegt somit nicht dem Gebot der „Doppelabtretung“ oder „Doppelpfändung“.

J. Escrow-Agreement in der Zwangsvollstreckung

70. Die Möglichkeit der Vollstreckung in den Escrow-Gegenstand ist unterschiedlich zu behandeln, je nachdem, ob die Vollstreckung von einem Drittgläubiger des Escrow-Agenten oder einem Drittgläubiger der Hauptparteien betrieben wird.

71. Beim Besitz-Escrow stellt der Schutz des Escrow-Gegenstands keine größeren Schwierigkeiten dar. Wenn ein Drittgläubiger des Escrow-Agenten oder des Begünstigten ihn pfänden lässt, kann der Pfändung durch Drittwiderspruchsklage begegnet werden, weil sich das Eigentum der Pfändungssache noch im Vermögen des Hinterlegers befindet; der Escrow-Agent hat die Sache nur in seinem Besitz. Auch wenn die Vollstreckung durch einen Gläubiger des Hinterlegers erfolgt, ist die Drittwiderspruchsklage zulässig, weil über den Escrow-Gegenstand oft im Voraus aufschiebend bedingt verfügt wird. Wenn die Bedingung eintritt, können Zwischenverfügungen (bspw. Pfändungspfandrechte) für unwirksam erklärt werden. Nur nach Vollzug des Eigentumsübergangs könnten Gläubiger des Berechtigten in die Escrow-Sache vollstrecken.

72. Handelt es sich um ein Vollrecht-Escrow, können die Hauptparteien im deutschen Recht vor Auslieferungsreife der Vollstreckung durch einen Gläubiger des Escrow-Agenten mit der Begründung widersprechen, dass der Escrow-Gegenstand an der Sicherung einer Forderung gebunden ist. Beide Hauptparteien haben ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Sicherheit. Nach Eintritt der Bedingung kann nicht nur der Begünstigte, sondern auch der Hinterleger eines Alternative-Escrows weiterhin bis zur Auslieferung Widerspruch

einlegen, da der Hinterleger für die Hauptforderung haftet, wenn die Auslieferung nicht erfolgreich ist. Handelt es sich um ein Ersatz-Escrow, so kann nach Bedingungseintritt der Hinterleger nicht mehr widersprechen, da er bereits von seiner Schuld befreit ist. Beim Bedingungsausfall darf nur der Hinterleger widersprechen, weil der Begünstigte kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand hat. Im Gegensatz zur gewöhnlichen Sicherungsdoppeltreuhand erfolgt keine Verwertung des Escrow-Gegenstands (der Berechtigte hat ein primäres Interesse am Gegenstand – Erfüllungsfunktion), so dass Gläubiger des Escrow-Agenten nicht in einen etwaigen Mehrerlös vollstrecken können.

73. Bei der Vollstreckung durch einen Gläubiger der Hauptparteien in einen Escrow-Gegenstand, der Gegenstand eines Vollrecht-Escrows geworden ist, können nach deutschem Recht beide Hauptparteien und der Escrow-Agent der Pfändung vor Auslieferungsreife widersprechen, da alle Beteiligten ein Interesse an der Erhaltung der Sicherheit haben. Ferner befindet sich der Escrow-Gegenstand nicht im Vermögen der Hauptparteien. Die Drittgläubiger können nur das Anwartschaftsrecht des Vollstreckungsschuldners pfänden lassen. Erfolgt die Pfändung nach Eintritt der Escrow-Bedingung, und handelt es sich um eine Vollstreckung durch Gläubiger des Hinterlegers, können alle Beteiligten eines Alternative-Escrows weiterhin gegen die Pfändung bis Auslieferung die Drittwiderspruchsklage erheben, dem Hinterleger eingeschlossen, weil er vor erfolgreicher Auslieferung noch nicht von seiner Leistungspflicht befreit wird und hat dementsprechend ein Interesse an der Bewahrung der Sicherheit hat; er hat bei einem Ersatz-Escrow aber kein Interesse mehr an der Sicherheit nach Eintritt der Bedingung. Die Gläubiger des Begünstigten dürfen aber nach Bedingungseintritt immer in den Auslieferungsanspruch vollstrecken, ohne dass ein Widerspruch erhoben werden kann. Beim Ausfall der Bedingung dürfen nur Gläubiger des Hinterlegers in den Anspruch auf Rückgabe des Gegenstands vollstrecken; Vollstreckungsmaßnahmen eines Gläubigers des Begünstigten dürfen Escrow-Agent und Hinterleger beanstanden.

74. In Brasilien ist die Behandlung der Vollstreckung in den Gegenstand eines Vollrecht-Escrows anders zu beurteilen. Wegen des strikten Eigentumskonzepts können vor Eigentumsübergang an den Berechtigten Pfändungen durch Gläubiger des Escrow-Agenten nicht widersprochen werden. Präventiv können die Hauptparteien dem Verfügungsgeschäft, das die Rechtsübertragung an den Escrow-Agenten bewirkt, eine Bedingung beifügen, sodass beim Bedingungseintritt oder -ausfall die Rechtsinhaberschaft am Escrow-Gegenstand automatisch an den Berechtigten übergeht. Dann werden Zwischenverfügungen, wie Pfändungen und Arreste, mit Auslieferungsreife unwirksam. Abseits dieser Ausgestaltung verbleibt den

Hauptparteien nur die Möglichkeit eines notariellen Escrow-Accounts – welcher nach Maßgabe des Art. 7°-A, § 1°, vom Gesetz 8.935/94 ein getrenntes Vermögen bildet – oder der Ersetzung der Pfändungssache nach Art. 805 CPC.

75. Pfänden in Brasilien Gläubiger der Hauptparteien den Gegenstand eines Vollrecht-Escrows und ist die Escrow-Bedingung noch nicht eingetreten oder ausgefallen, also vor Auslieferungsreife, so können die Hauptparteien und der Escrow-Agent der Pfändung widersprechen. Erstens, weil der Escrow-Gegenstand nicht Vermögen der Hauptparteien, sondern des Escrow-Agenten ist. Zweitens, weil bis zu diesem Zeitpunkt alle Beteiligten an der Erhaltung der Sicherheit interessiert sind. Möglich ist jedoch die Pfändung des Anwartschaftsrechts, das je nach Eintritt oder Ausfall der Bedingung erlischt oder in ein Vollrecht erstarkt. Nach Bedingungseintritt oder -ausfall dürfen die Gläubiger des Berechtigten in den Auslieferungsanspruch vollstrecken, ohne dass der Escrow-Agent oder die andere Hauptpartei sich dagegen wehren kann. Beim Eintritt der Bedingung kann der Hinterleger eines Ersatz-Escrows nach Auslieferungsreife nicht mehr der Pfändung durch seine eigenen Gläubiger widersprechen, weil er dank Eintritt der Erfüllungswirkung kein Interesse mehr am Escrow-Gegenstand hat; alle Beteiligten dürfen aber bis Auslieferung der Pfändung widersprechen, wenn ein Alternative-Escrow vorliegt. Fällt die Bedingung aus, können umgekehrt nur der Escrow-Agent und der Hinterleger der Pfändung durch Gläubiger des Begünstigten widersprechen.

K. Besonderheiten des M&A-Escrows

76. Das M&A-Escrow (Begriffslegung in Kap. III) ist in Deutschland ein echtes, multidirektionales Vollrecht-Escrow, welches als Doppeltreuhand, also als Geschäftsbesorgung, mit werkvertraglichem Charakter zu qualifizieren ist. In Brasilien stellt es ein unechtes, multidirektionales Vollrecht-Escrow dar, welches als atypisches doppelfiduziarisches Geschäft einzustufen ist, deren Vertragslücken durch die Verkehrssitte, die analoge Anwendung der Regeln über die Geschäftsbesorgung und die Verwahrung zu schließen sind. Sowohl Anteilskäufer als auch -verkäufer fungieren als Hinterleger und Begünstigter.

77. Ereignisse des Anteilskaufverhältnisses, die nicht in den Weisungen enthalten sind, wirken sich auf das M&A-Escrow in Deutschland nur dann aus, wenn sie die Aufhebung, die Unwirksamkeit oder die Rückabwicklung des Kaufvertrags betreffen. Dann können Weisungen, gemeinsamen Instruktionen eingeschlossen, einseitig widerrufen werden. In Brasilien wird das M&A Escrow, abgesehen von den in den Weisungen aufgeführten Ereignissen des Kaufvertrages, nur von der Unwirksamkeit oder dem Erlöschen des Kaufvertrages berührt.

Rechtsfolge ist die Entstehung der Pflicht des Escrow-Agenten, die Escrow-Gelder an den Anteilskäufer herauszugeben.

78. Das M&A-Escrow ist im Zweifel ein Ersatz-Escrow. Der Hinterleger wird in diesem Fall bereits bei Auszahlungsreife von seiner Leitungspflicht frei.

79. Ein Formerfordernis kann sich für das M&A-Escrow in Deutschland ergeben, wenn es mit anderen formbedürftigen Rechtsgeschäften verbunden ist. Das M&A-Escrow muss z. B. in Deutschland beurkundet werden, wenn es sich um den Verkauf von Geschäftsanteilen an einer GmbH handelt und darin eine Abänderung des Anteilkaufvertrags anzusehen ist (§ 15 Absatz 4 GmbHG). In Brasilien muss das M&A-Escrow öffentlich beurkundet werden oder in einer schriftlichen Privaturkunde erfolgen, die den Erfordernissen des Art. 654, § 1°, CC genügt und beim Urkundenregisternotar gemäß Art. 288 CC und Art. 129, inc. 9°, vom Gesetz 6.015/73 eingetragen wird, damit die Abtretung des Auszahlungsanspruchs Dritten gegenüber wirksam wird.

80. Weisungen können grundsätzlich vor der Auszahlung vom Anteilskäufer und nach der Auszahlungsreife vom Berechtigten einseitig widerrufen werden, da sie nur die Interessen der jeweiligen Hauptpartei betreffen. Zwischen Einzahlung und Auszahlungsreife erfolgen Weisungen und Weisungswiderrufe mehrseitig, eine Ausnahme aber gilt nach deutschem Recht im Fall des § 60 Absatz 3 BeurkG analog: Bei Aufhebung, Unwirksamkeit oder Rücktritt vom Kaufvertrag, können mehrseitige Weisungen einseitig widerrufen werden. Die praktische Bedeutung dieser Ausnahme ist beim M&A-Escrow allerdings gering, denn die Rechtsfolge wäre, dass der Escrow-Agent jede Auszahlung verweigert, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn die gemeinsame Instruktion nicht erteilt wird.

81. Obwohl der Kaufpreiseinbehalt in einem M&A-Escrow der Abwicklung von gegenseitigen Ansprüchen aus dem Kaufvertrag dient, darf der Anteilskäufer derartige Ansprüche nicht vor Einzahlung erheben, um die Einzahlung zu mindern oder zu verzögern. Vielmehr sind solche Ansprüche nach der Einzahlung im Rahmen des Escrow-Accounts abzuwickeln.

82. Regeln über die Verteilung der in der Schwebephase erwirtschafteten Früchte des Escrow-Accounts sind bei einem M&A-Escrow nicht durch Auslegung des Escrow-Agreements, sondern durch Auslegung des Kaufvertrages zu ermitteln. Grund dafür ist die Errichtung der gemeinsamen Instruktion als Auszahlungsvoraussetzung. Das M&A-Escrow enthält in der Regel keine Bestimmungen über den Rückbezug der Bedingung im Hinblick auf die Verteilung der Früchte. Bei einer Klage auf Einwilligung in eine gemeinsame Instruktion hat das Gericht

aus dem Kaufvertrag den Zeitpunkt zu entnehmen, zu dem die Inhaberschaft der Früchte auf die andere Hauptpartei übergeht. Dabei ist zu beachten, dass die Geltendmachung des Kaufpreises, die Rückerstattung des zu viel gezahlten Preises im Wege der Preisminderung und die Einzahlung der Escrow-Gelder zeitlich nicht notwendigerweise zusammenfallen. Darüber hinaus können Freistellungs- und Garantieansprüche ggf. an weitere Voraussetzungen wie Mahnfristen oder sonstige Fristen geknüpft sein. Entsprechend würden die Früchte bei Fälligkeit solcher Ansprüche auf die andere Hauptpartei übergehen.

LITERATURVERZEICHNIS

Schrifttum

Abrão, Nelson: Direito bancário, 14. Auflage, São Paulo 2011.

Adamek, Marcelo Vieira von/Setoguti Julio Pereira, Rafael (Hrsg.), Fusões e aquisições (M&A), São Paulo 2022.

Adamek, Marcelo Vieira von/Conti, André Nunes/Ferrigno, Giulia: O seguro W&I (warranties and indemnities) em operações de M&A no Brasil, in: Adamek, Marcelo Vieira von/Pereira, Rafael Setoguti J. (Hrsg.), Fusões e aquisições (M&A), São Paulo 2022, S. 547.

Alves, Vilson Rodrigues: Alienação fiduciária em garantia, Campinas 1998.

Alvim, Agostinho: Da doação, 3. Auflage, São Paulo 1980.

Amaral, Francisco: Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro, Rio de Janeiro 1984.

Derselbe: Direito civil: introdução, 9. Auflage, São Paulo 2017.

American Bar Association: Model Stock Purchase Agreement with Commentary, Band I, 2. Aufl., Chicago 2010.

Anders, Monika/Gehle, Burkhard: Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 81. Auflage, München 2023.

Anderson, Ronald A./Fox, Ivan/Twomey, David P.: Business Law, 10. Auflage, Cincinatti 1989.

Antunes, João Tiago Morais: Do contrato de depósito escrow, Coimbra 2007.

Arangio-Ruiz, Vincenzo: Istituzioni di diritto romano, 14. Auflage, Neapel 1987.

Armbrüster, Christian/Preuß, Nicola: BeurkG mit NotAktVV und DONot – Kommentar zum Beurkundungsgesetz mit Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 9. Auflage, Bonn 2023.

Arndt, Herbert/Lerch, Klaus/Sandkühler, Gerd: Bundesnotarordnung Kommentar, 8. Aufl., Köln 2016.

Ascarelli, Tullio: Negócio jurídico indirecto, Lissabon 1965.

Assfalg, Dieter: Die Behandlung von Treugut im Konkurs des Treuhänders, Berlin 1960.

Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell (Hrsg.): Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3.

Auflage, München 2019.

Azevedo, Álvaro Villaça (Hrsg.)/*Azevedo, Álvaro Villaça/Nicolau, Gustavo Rene*: Código civil comentado, Band I, São Paulo 2007.

Derselbe (Hrsg.)/*Venosa, Sílvio de Salvo*: Código civil comentado, Band XII, São Paulo 2003.

Derselbe: Teoria geral dos contratos típicos e atípicos, 3. Auflage, São Paulo 2009.

Azevedo, Antônio Junqueira de: A boa-fé na formação dos contratos, Revista de Direito do Consumidor 1992 (3), 78.

Derselbe: Depósito de ouro e pedras preciosas feito em 1878. Forma e prova do contrato de depósito. Depósito mercantil e depósito bancário. Mora do credor, Revista dos Tribunais 788, Jahr 2001, 125.

Derselbe: Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. Auflage, São Paulo 2002.

Derselbe (Hrsg.): Comentário ao código civil, Bd. 7, São Paulo 2003.

Derselbe: Novos estudos e pareceres de direito privado, São Paulo 2010.

Barbosa, Mário Figueiredo: Sobre os contratos atípicos, Revista Forense 282 (Abr./Jun. 1983), S. 29-38.

Baur, Fritz/Baur, Jürgen/Stürner, Rolf: Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009.

Becker-Eberhard, Ekkehard: Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld 1993.

Benetti, Giovana: Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações, São Paulo 2019.

Bessone, Darcy: Da compra e venda – promessa & reserva de domínio, Belo Horizonte 1960.

Derselbe: Do contrato: teoria geral, 4. Auflage, São Paulo 1997.

Beviláqua, Clóvis: Theoria geral do direito civil, 2. Auflage, Rio de Janeiro 1929.

Derselbe: Direito das coisas, Band 1, 4. Auflage, Rio de Janeiro 1956.

Bezerra de Melo, Marco Aurélio: Direito das coisas, 5. Auflage, Rio de Janeiro 2011.

Bitter, Georg: Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung: Außenrecht der Verwaltungstreuhand, Tübingen 2006.

Derselbe: Die Doppeltreuhand in der Insolvenz, in Berger, Christian/Kayser,

Godehard/Pannen, Klaus (Hrsg.): Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag, München 2010.

Derselbe: Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei besitzlosen Rechten und bei einer (Doppel-)Treuhand am Sicherungsgut, ZIP, 2015, 2249.

Black's Law Dictionary, 9. Auflage, St. Paul 2009.

Boche, Mirjam/Luettges, Matthias: Contingent Liability Insurances – Versicherungen für bekannte Risiken in M&A-Transaktionen, BB 2020, 2764.

Bork, Reinhard: Die Doppeltreuhand in der Insolvenz, NZI 1999, 337.

Botrel, Sérgio: Fusões e aquisições, 5. Auflage, São Paulo, 2017.

Bömer, Roland: "Hinterlegung" von Software, NJW 1998, 3321.

Brambring, Günter: Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, DNotZ 1990, 615.

Breidenbach, Stephan: Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß, München 1989.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 48. Auflage, München 2024.

Bunazar, Maurício: A invalidade do negócio jurídico, 2. Auflage, São Paulo 2022.

Bunte, Hermann-Josef/Zahrte, Kai: AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen Kommentar, 6. Auflage, München 2023.

Buranello, Renato: Do contrato de seguro – o seguro garantia de obrigação contratuais, São Paulo 2006.

Buzaid, Alfredo: Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia, São Paulo 1969.

Bülow, Peter: Recht der Kreditsicherheiten, 10. Auflage, Heidelberg 2021.

Byrne, Thomas M.: Escrows and Bankruptcy, The Business Lawyer, Band 48 (Feb./1993), 761-777.

Camargo Viana, Rui Geraldo: A novação, São Paulo 1979.

Canaris, Claus-Wilhelm: Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten, NJW 1973, 825.

Derselbe: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in Jakobs, Horst Heinrich/Knobbe-Keuk, Brigitte/Picker, Eduard/Wilhelm, Jan (Hrsg.): Festschrift für Werner Flume zum 70.

Geburtstag, Band I, Köln 1978.

Derselbe: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1983.

Derselbe: Bankvertragsrecht, 3. Auflage, Berlin 1988.

Derselbe/Heldrich, Andreas (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, München 2000.

Carvalho Santos, João Manuel de: Código civil brasileiro interpretado, Band III, 11. Auflage, Rio de Janeiro (ohne Angaben zum Veröffentlichungsjahr).

Derselbe: Código civil brasileiro interpretado, Band VIII, 12. Auflage, Rio de Janeiro 1977.

Derselbe: Código civil brasileiro interpretado, Band XI, 11. Auflage, Rio de Janeiro 1979.

Derselbe: Código civil brasileiro interpretado, Band XIII, 10. Auflage, Rio de Janeiro 1977.

Derselbe: Código civil brasileiro interpretado, Band XVIII, 8. Auflage, Rio de Janeiro (ohne Angaben zum Veröffentlichungsjahr).

Castro Neves, José Roberto de: As garantias do cumprimento da obrigação, Revista da EMERJ, 2008, v. 11, n. 44, p. 174-213

Chalhub, Melhim Namem: Direitos reais, 2. Auflage, São Paulo 2014.

Derselbe: Alienação fiduciária: negócio fiduciário, 7. Auflage Rio de Janeiro 2021.

Chen, Dachuang: Die Treuhand als Rechtsform für Sondervermögen, Baden-Baden 2020.

Codigo civil brasileiro. Trabalhos relativos à sua elaboração, Band I, II und III, Rio de Janeiro 1917. (publicação official autorizada pelo decreto legislativo n. 3.095, de 12 de janeiro de 1916, e mandada organizar pelo aviso do Ministerio da Justiça e Negocios Interiores n. 1.346, de 16 de setembro de 1916).

Coing, Helmut: Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973.

Derselbe/Wilhelm, Walter (Hrsg.): Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1977.

Mota, Maurício/Kloh, Gustavo (Hrsg.)/*Comiran, Giovana Cunha*: Transformações contemporâneas do direito das obrigações, Rio de Janeiro, 2011.

Comparato, Fábio Konder: Ensaios e pareceres de direito empresarial, Rio de Janeiro 1978.

Conti, Bruno Cezar Toledo de: Garantias fiduciárias, São Paulo 2022.

Couto e Silva, Clóvis do: A obrigação como processo, Rio de Janeiro 2007.

Covello, Sergio Carlos: Contratos bancários, 4. Auflage, São Paulo 2001.

Daghles, Murad M./Haßler, Thyl N.: Warranty & Indemnity-Versicherungen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen, GWR 2016, 455.

Dantas, San Tiago: Programa de direito civil, 3. Auflage, Rio de Janeiro 2001.

De Plácido e Silva, Oscar Joseph: Tratado do mandato e prática das procurações, Band II, 4. Auflage, Rio de Janeiro 1989.

Derleder, Peter/Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.): Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Band 1, 3. Auflage, Berlin 2017.

Diehn, Thomas (Hrsg.): Bundesnotarordnung, 2. Auflage, Köln 2019.

Dill, Amanda Lemos: Contrato de garantia à primeira demanda, São Paulo 2022.

Dinamarco, Cândido Rangel: Alienação fiduciária de bens imóveis, Revista de Direito Imobiliário, Band 51, Jahrgang 24 (Jul./Dez. 2001), S. 235-252.

Derselbe: Instituições de Direito Processual Civil, Band I, 3. Auflage, São Paulo 2003.

Derselbe/*Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho*: Teoria geral do novo processo civil, São Paulo 2016.

Dornis, Tim W.: Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto, Köln, 2005.

Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert: Grundgesetzkommentar, Band VI, Lieferung September/2022, München 2022.

Eick, Fernando Gemelli: Redes contratuais no direito brasileiro, São Paulo 2022.

Eilers, Stephan/Koffka, Nils Mathias/Mackensen, Markus/Paul, Markus: Private Equity, 3. Aufl., München 2018.

Eisenberg, Theodore/Miller, Geoffrey: Ex Ante Choices of Law and Forum – An Empirical Analysis of Corporate Merger Agreements, Vanderbilt Law Review, Band 59, Jahr 2006, 1975.

Eisenhut, Stefan: Escrow-Verhältnisse: Das Escrow-Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte, Basel 2009.

Ellenberger, Jürgen/Bunte, Herrmann-Josef (Hrsg.): Bankrechts-Handbuch, Band I, 6. Auflage, München 2022.

Ernst, Wolfgang: Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, Tübingen 1992.

Espínola, Eduardo: Systema do direito civil brasileiro, Band 1, 3. Auflage, Rio de Janeiro, 1938.

Derselbe: Negócio fiduciário (parecer), Revista dos Tribunais, Nr. 184, Jahrgang 39 (1950), S. 532-542.

Derselbe: Posse – propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais, Rio de Janeiro 1956.

Derselbe: Dos contratos nominados no direito civil brasileiro, 1. Auflage, Campinas 2002.

Farias, Cristiano Chaves de/Rosenvald, Nelson: Curso de direito civil, Band 1, 13. Auflage, São Paulo 2015.

Dieselben: Curso de direito civil, Band 2, 9. Auflage, São Paulo 2014.

Dieselben: Curso de direito civil, Band 4, 5. Auflage, São Paulo 2015.

Dieselben: Curso de direito civil, Band 5, 11. Auflage, São Paulo 2015.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio: Introdução ao estudo do direito, 4. Auflage, São Paulo 2003.

Fiuza, César: Alienação fiduciária em garantia, 2000.

Fleckner, Andreas: Mittelt der fremdnützige Verwaltungstreunehmer dem Treugeber den Besitz am Treugut?, ZIP 2013, 389.

Fleischer, Holger: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Band II: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin 1992.

Fonseca, Fátima: O contrato de depósito escrow, Revista de Direito das Sociedades, 9. Jahrgang, Band 4 (2017), 801.

Franco, Vera Helena de Mello: Contratos – direito civil e empresarial, 3. Auflage, São Paulo 2012.

França, Pedro Arruda: Contratos atípicos, 4. Auflage, Rio de Janeiro 2006.

Franken, Kai: Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf, RNotZ 2010, 597.

Freitas Gomes, Luiz Roldão de: Da assunção de dívida e sua estrutura negocial, 2. Auflage, Rio

de Janeiro 1998.

Frenz, Norbert/Miermeister, Uwe: Bundesnotarordnung mit BeurkG, Richtlinienempfehlungen BNotK, DONot Kommentar, 5. Auflage, München 2020.

Freund, James: Anatomy of a Merger, New York 1975.

Fulgêncio, Tito: Da posse e das ações possessórias, 10. Auflage, Rio de Janeiro 2008.

Ganter, Hans Gerhard: Notarielle Pflichten und Gläubigerschutz, DNotZ 2004, 421.

Geibel, Stefan J.: Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, Tübingen 2008.

Gernhuber, Joachim: Die fiduziarische Treuhand, JuS 1988, 355.

Derselbe: Das Schuldverhältnis - Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989.

Derselbe: Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Auflage, Tübingen 1994.

Gerster, Stefan: Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag, Zürich 1991.

Godoy Bueno, Francisco de: Regime jurídico dos contratos atípicos no direito brasileiro, Revista de Direito Civil Contemporâneo 2016, Bd. 6, S. 55-73.

Gomes, Orlando: Alienação Fiduciária em Garantia, 4. Auflage, São Paulo 1975.

Derselbe: Contratos, 11. Auflage, Rio de Janeiro 1986 [zitiert als Contratos (1986)].

Derselbe: Contratos, 26. Auflage, Rio de Janeiro 2009.

Derselbe: Obrigações, 17. Auflage, Rio de Janeiro 2008.

Derselbe: Introdução ao direito civil, 19. Auflage, Rio de Janeiro 2009.

Gondim Dias, Regina Bittencourt: Natureza jurídica da solidariedade, Rio de Janeiro 1958.

Grage, Katja: Ausgewählte Aspekte der Verwaltungstreuhand an Geschäftsanteilen, RNotZ 2005, 251.

Grezzana, Giacomo/Mageste, Ana Paula/Silveira, Marcelo Matos Amaro da: As garantias empresariais atípicas prestadas por terceiros sob a ótica dogmática e econômica, Revista Jurídica Luso-Brasileira 2023, Bd. 9, S. 165-220.

Grigoleit, Hans-Christoph: Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, AcP 1999, 379.

Derselbe: Unentgeltliche Verträge und Gefälligkeitsverhältnisse – die Perspektive des

Haftungsrechts, VersR 2018, 769.

Grziwotz, Herbert/Heinemann, Jörn: Beurkundungsgesetz, 3. Auflage, Köln 2018.

Grundmann, Stefan (Hrsg.): Bankvertragsrecht Grundlagen und Commercial Banking, Band 1, Berlin 2020.

Grüneberg, Christian: Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Auflage, München 2023.

Grützmacher, Malte: Insolvenzfeste Softwarelizenz- und Softwarehinterlegungsverträge – Land in Sicht?, CR 2006, 289.

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph: Beck-online Grosskommentar BGB, München Stand: 15.08.2022.

Guedes, Gisela Sampaio da Cruz/Moraes, Maria Celina Bodin de/Meireles, Rose Melo Vencelau: Direito das garantias, São Paulo 2017.

Guilhardi, Pedro: Garantias autônomas: instrumento para proteção jurídica do crédito, São Paulo 2019.

Haase, Richard: Ist das Darlehen ein Realvertrag?, JR 1975, 317.

Haical, Gustavo: Cessão de crédito, São Paulo 2013.

Derselbe: A autorização no direito privado, Doktorarbeit – Universidade de São Paulo, São Paulo 2019.

Henssler, Martin: Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit, AcP 1996, 37.

Hertel, Christian: Grundsätzlich wörtliche Befolgung der Verwahrungsanweisung: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.02.2000 – IX ZR 41/99, DNotZ 2001, 856.

Hettler, Stephan/Stratz, Rolf-Christian/Hörtnagl, Robert (Hrsg.): Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl., München 2013.

Hirschberger, Helge: Die Doppeltreuhand in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung, Köln 2005.

Hoeren, Thomas: Die Pflicht zur Überlassung des Quellcodes – eine liberale Lösung des BGH und ihre Folgen, CR 2004, 721.

Hoenig, Klaus Marinus/Klingen, Sebastian: Die W&I-Versicherung beim Unternehmenskauf, NZG 2016, 1244.

Hopt, Klaus: Handelsgesetzbuch, 42. Auflage, München 2023.

Jakobs, Michael/Franz, Alexander: Können W&I-Versicherungen das M&A-Geschäft beleben?, VersR 2014, 659.

Jaletzke, Matthias/Henle, Walter/Hartmann-Rüppel, Marco: M&A Agreements in Germany, 2. Auflage, München 2020.

Johns, Margaret Z./Perschbacher, Rex R.: The United States Legal System: an Introduction, 2. Auflage, Durham 2007.

Jowitt, Earl: The dictionary of English Law, Band 1, London 1959.

Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung, Berlin 2017.

Kast, Christian R./Meyer, Stephan/Wray, Bea: Software Escrow, CR 2002, 379.

Kawohl, Volker: Notaranderkonto, München 1995.

Kayo, Grazziella Mosareli: A conta vinculada (escrow account) em operações de fusão e aquisição: resolução de impasses sobre liberação dos recursos depositados. Masterarbeit – Fundação Getúlio Vargas/SP, São Paulo 2019.

Kästle, Florian/Oberbracht, Dirk: Unternehmenskauf - Share Purchase Agreement, 3. Auflage, München 2018.

Keller, Ulrich: Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Auflage, Berlin 2024.

Kemp, Peter: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.05.2003 – III ZR 294/02, RNotZ 2003, 402

Kiem, Roger (Hrsg.): Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf, 3. Auflage, München 2023.

Kilian, Matthias/Sandkühler, Christoph/Stein, Jürgen vom: Praxishandbuch Notarrecht, 3. Auflage, Bonn 2018.

Kling, Lou R./Nugent, Eileen T.: Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries, and Divisions, New York 1992.

Knott, Hermann J.: Unternehmenskauf, 5. Aufl., Köln 2017.

Konder, Carlos Nelson de Paula: A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Doktorarbeit – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 2009.

Kümpel, Siegfried/Mülbert, Peter O./Früh, Andreas/Seyfried, Thorsten: Bankrecht und

Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Köln 2019.

Krüger, Ulrich: Kreditsicherungsrecht, München 2012.

Landim, Francisco: O mandato civil sem representação, Campinas 2000.

Lange, Frank-Holger: Treuhandkonten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, NJW 2007, 2513.

Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk/Spindler, Gerald (Hrsg.): Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage, München 2020.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Auflage, Band I, München 1987.

Leite, Clarisse Frechiani Lara: Evicção e processo, São Paulo 2013.

Leonardo, Rodrigo Xavier: O pensamento tipológico no direito civil e os tipos contratuais gerais, Revista de Direito Civil Contemporâneo 2018, Bd. 16, S. 121-134.

Leupold, Andreas/Wiebe, Andreas/Glossner, Silke: IT-Recht, 4. Auflage, München 2021.

Liebich, Dieter/Mathews, Kurt: Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft, 2. Auflage, Berlin 1983.

Lima, Otto de Sousa: Negócio fiduciário, São Paulo 1962.

Limmer, Peter/ Hertel, Christian/Frenz, Norbert: Würzburger Notarhandbuch, 6. Auflage, Köln 2022.

Lira, Ricardo Pereira: A obrigação alternativa e a obrigação acompanhada de prestação facultativa, Rio de Janeiro 1970.

Lo Ré Pousada, Estevan: Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro. Doktorarbeit – Universidade de São Paulo, São Paulo 2010.

Lotufo, Renan: Código civil comentado, Bände 1 und 2, São Paulo 2003.

Lotufo, Renan/Nanni, Giovanni Ettore (Hrsg.): Teoria geral do direito civil, São Paulo 2008.

Löhnig, Martin: Treuhand: Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Tübingen 2006.

Luz, Aramy Dornelles da: Os contratos de depósito e a "*actio depositi*" no crédito rural, Revista dos Tribunais 1989, Jahrgang 78, Band 650, S. 239-245.

Lwowski, Hans-Jürgen/Fischer, Gero/Gehrlein, Markus: Das Recht der Kreditsicherung, 10.

Auflage, Berlin 2018.

Maluf, Carlos Alberto Dabus: As condições no direito civil, 3. Auflage, São Paulo 2011.

Mann, Richard A./Roberts, Barry S.: Smith & Roberson's Business Law, 13. Auflage, St. Paul 2006.

Marcondes, Sylvio: Problemas de direito mercantil, São Paulo 1970.

Marino, Francisco Paulo de Crescenzo: Notas sobre o negócio jurídico fiduciário, Revista Trimestral de Direito Civil, Band 5 Nr. 20, (Okt./Dez. 2004), S. 35-63.

Derselbe: Contratos coligados no direito brasileiro, São Paulo 2009.

Derselbe: Interpretação do negócio jurídico, São Paulo 2011.

Marmitt, Arnaldo: Mandato, Rio de Janeiro 1992.

Marques Neto, Floriano Peixoto/Rodrigues Jr., Otavio Luiz/Leonardo, Rodrigo Xavier (Hrsg.), Comentários à lei da liberdade econômica, São Paulo 2019.

Martinek, Michael: Traditionsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188 (1988), 573.

Derselbe: Moderne Vertragstypen, Band I, München 1991.

Martins-Costa, Fernanda: Condição suspensiva, São Paulo 2017.

Dieselbe: Execução diferida nos contratos de M&A, São Paulo 2022.

Martins-Costa, Judith: A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação, 2. Auflage, São Paulo 2018.

Dieselbe: O trust e o direito brasileiro, Revista de direito civil contemporâneo 2017, Bd. 12, S. 165.

Dieselbe/Nitschke, Guilherme Carneiro Monteiro (Hrsg.): Direito privado na lei da liberdade econômica – comentários, São Paulo 2022.

Mascarenhas Menck, José Theodoro (Hrsg.): Código civil brasileiro no debate parlamentar – elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002, Brasília 2012.

Maximiliano, Carlos: Hermenêutica e aplicação do direito, 20. Auflage, Rio de Janeiro 2011.

Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016.

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 22. Auflage, München 2021.

Mello, Marcos Bernardes de: Teoria do fato jurídico – plano da eficácia, 1ª parte, 3. Auflage, São Paulo 2007.

Meyer-Sparenberg, Wolfgang/Jäckle, Christof: Beck'sches M&A-Handbuch, 2. Aufl., München 2022.

Michl, Fabian: „Datenbesitz" – ein grundrechtliches Schutzgut?, NJW 2019, 2729.

Monteiro, Washington de Barros: Curso de direito civil, Band 1, 45. Auflage, São Paulo 2018.

Moraes, Maria Celina Bodin de: O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro, Revista Forense 309 (Jan./Mär. 1990), S. 33-61.

Dieselbe: A causa do contrato, Revista civilistica.com, 2. Jahrgang (2013), Band 1, S. 1-24.

Moreira Alves, José Carlos: Da alienação fiduciária em garantia, 3. Auflage, São Paulo 1987.

Derselbe: Direito romano, 14. Auflage, Rio de Janeiro 2008.

Murray Jr., John Edward: Murray on Contracts, 3. Auflage, Charlottesville 1990.

Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang: Zivilprozessordnung, 20. Auflage, München 2023.

Muther, Theodor: Sequestration und Arrest im römischen Recht, Leipzig 1856.

Müller-Feldhammer, Ralf: Einwendungen und Aufrechnung beim Treuhandauftrag, JR 2009, 136.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, München 2021.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München 2021.

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, 4. Auflage, München 2019.

Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 2, 3. Auflage, München 2024.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, 6. Auflage, München 2020.

Netto, Domingos Franciulli/Mendes, Gilmar Ferreira/Martins Filho, Ives Gandra da Silva (Hrsg.): O novo código civil, 2. Auflage, São Paulo 2006.

Neuner, Jörg: BGB Allgemeiner Teil, 12. Auflage, München 2020.

Nitschke, Guilherme Carneiro Monteiro: Lacunas contratuais e interpretação, São Paulo 2019.

Nomos Kommentar BGB, Band 3, 5. Auflage, Baden-Baden 2022.

Oliva, Milena Donato: Do negócio fiduciário à fidúcia, São Paulo 2014.

Penteado, Luciano de Camargo: Direito das coisas, São Paulo 2008.

Pereira, Caio Mário da Silva: Instituições de direito civil, Band I, 30. Auflage, Rio de Janeiro 2017.

Derselbe: Instituições de direito civil, Band II, 29. Auflage, Rio de Janeiro 2017.

Derselbe: Instituições de direito civil, Band III, 21. Auflage, Rio de Janeiro 2017.

Derselbe: Instituições de direito civil, Band IV, 25. Auflage, Rio de Janeiro 2017.

Pinter, Rafael Wobeto: A aplicação da parol evidence rule em procedimentos arbitrais, Revista de Arbitragem e Mediação, Band 58 (Jul./Sep. 2018), S. 181-208.

Pinto e Silva, Fábio Rocha: Garantias das Obrigações, São Paulo 2017.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti: Tratado de direito privado, Bände II, III, V, VI, X, XIV, XV, XIX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXXVIII, XXXIX, XLII, XLIII Neufassung von 2012, São Paulo.

Preuß, Nicola: Die notarielle Hinterlegung, Berlin 1995.

Dieselbe: Erfüllungseintritt bei Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, JuS 1996, 103.

Raab, *Thomas*: Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Tübingen 1999.

Ráo, Vicente: Ato jurídico, 4. Auflage, São Paulo 1999.

Reale, Miguel: Lições preliminares de direito, 27. Auflage, São Paulo 2004.

Reale, Miguel/Martins-Costa, Judith (Hrsg.)/*Ferreira da Silva, Jorge Cesa*: Adimplemento e extinção das obrigações, São Paulo 2007.

Dieselben (Hrsg.)/*Assis, Araken de*: Contratos nominados, 2. Auflage, São Paulo 2009.

Dieselben (Hrsg.)/*Sanseverino, Paulo de Tarso Vieira*: Contratos nominados II, 2. Auflage, São Paulo 2011.

Regelsberger, Ferdinand: Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession, AcP 63, 157.

Reithmann, Christoph: Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, Köln 1989.

Renteria, Pablo: Penhor e autonomia privada, São Paulo 2017.

Restiffe Neto, Paulo/Restiffe, Paulo Sérgio: Garantia fiduciária: direito e ações, 3. Auflage, Sao Paulo 2000.

Ritter, Thomas: Auslegungsbedürftigkeit von Urkunden und Notarhaftung, NJW 2004, 2137.

Rodrigues, Sílvio: Direito civil, Band 1, 32. Auflage, São Paulo 2002.

Derselbe: Direito civil, Band 3, 28. Auflage, São Paulo 2002.

Derselbe: Direito civil, Band 5, 27. Auflage, São Paulo 2002.

Rodrigues Pereira, *Lafayette*: Direitos das coisas, Band I, Brasília 2004.

Rüger, Schirin: Die Doppeltreuhand zur Insolvenzsicherung von Arbeitnehmeransprüchen, Baden-Baden 2010.

Sanches, Sydney: Os contratos atípicos no direito privado e seu tratamento judicial e extrajudicial, Revista da AJURIS 48, Jahrgang XVII (Mär./1990), S. 170-178.

Salomão Neto, Eduardo: Direito bancário, 2. Auflage, São Paulo 2014.

Schmidt, Karsten: Das Rätsel Treuhandkonto – Gedanken über "Unmittelbarkeit", "Mittelherkunft" und "Offenkundigkeit" als Kriterien der Verwaltungstreuhand, in: Bucher, Eugen/Canaris, Claus-Wilhelm/Honsell, Heinrich/Koller, Thomas (Hrsg.): Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, München/Bern 2005, S. 933-963.

Schneider, Jochen/Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.): Software-Erstellungsverträge, 2. Auflage, Köln 2014.

Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.): Bankrecht, 6. Auflage, Hürth 2022.

Seibt, Christoph H.: Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions, 2. Aufl., München 2011.

Serpa Lopes, Miguel Maria de: Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil, Band I, Rio de Janeiro 1943.

Derselbe: Curso de direito civil, Band I, 5. Auflage, Rio de Janeiro 1971.

Siebert, Wolfgang: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 2. Auflage, Marburg 1933.

Silva Gomes, André: Interpretação e analogia no direito tributário, São Paulo 2021.

Silva Neto, Antônio Carlos da: O contrato de compra e venda de quotas e a escrow account, Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 3 (2017), n. 4, S. 183-216.

Silva Pinto, Paulo J. da: Dos contratos atípicos, Revista Forense 95 (Jul./1943), S. 14-19.

Silveira, Marcelo Matos Amaro da: O direito de retenção nas relações contratuais. Doktorarbeit – Universidade de São Paulo, São Paulo 2024.

Singer, Joseph William: Introduction to Property, 2. Auflage, New York 2005.

Souza Neto, José Soriano de: Da novação, 2. Auflage, São Paulo 1937.

Stöber, Kurt/Rellermeyer, Klaus: Forderungspfändung – Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, 17. Auflage, Bielefeld 2020.

Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Hrsg.)/*Oliveira, Eduardo Ribeiro de*: Comentários ao novo código civil, Band II, Rio de Janeiro 2008.

Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Hrsg.)/*Martins-Costa, Judith*: Comentários ao novo código civil, Band V, t. I, Rio de Janeiro 2006.

Derselbe (Hrsg.)/*Aguiar Jr., Ruy Rosado de*: Comentários ao novo código civil, Band VI, t. II, Rio de Janeiro 2011.

Derselbe (Hrsg.)/*Andrighi, Nancy/Beneti, Sidnei/Andrighi, Vera*: Comentários ao novo código civil, Band IX, Rio de Janeiro 2008.

Derselbe (Hrsg.)/*Tepedino, Gustavo*: Comentários ao novo código civil, Band X, Rio de Janeiro 2008.

Derselbe (Hrsg.)/*Santos, Ernanes Fidélis dos*: Comentários ao novo código civil, Band XV, Rio de Janeiro 2007.

Derselbe (Hrsg.)/*Viana, Marco Aurélio*: Comentários ao novo código civil, Band XVI, Rio de Janeiro 2003.

Tepedino, Gustavo (Hrsg.): A parte geral do código civil – estudos na perspectiva civil-constitucional, 2. Auflage, Rio de Janeiro 2003.

Tepedino, Gustavo (Hrsg.): Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional, Rio de Janeiro 2005.

Tepedino, Gustavo/Barboza, Heloisa Helena/Moraes, Maria Celina Bodin de: Código Civil Interpretado, Band I, 3. Auflage, Rio de Janeiro 2014.

Dieselben: Código Civil Interpretado, Band II, 2. Auflage, Rio de Janeiro 2012.

Dieselben: Código Civil Interpretado, Band III, 2. Auflage, Rio de Janeiro 2014.

Tepedino, Gustavo/Oliva, Milena Donato: Compartilhamento de garantias imobiliárias por meio da titularidade fiduciária, Revista de Direito Civil Contemporâneo, Nr. 21 (2019), S. 208-231.

Theodoro Jr., Humberto: Curso de direito processual civil, Band I, 45. Auflage, Rio de Janeiro 2006.

Timmerbeil, Sven/Pfeiffer, Gero: Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen, 2. Aufl., München 2020.

Ubaldino Miranda, Custódio da Piedade: Negócio Jurídico Indireto e Negócios Fiduciários, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial 29 (Jan./Mär. 1984), S. 81-94.

Uhlenbruck, Wilhelm: Insolvenzordnung, Band 1, 15. Auflage, München 2019.

Vanzella, Rafael Domingos Faiardo: O contrato e os direitos reais, São Paulo 2013.

Vasconcelos, Pedro Pais de: Contratos atípicos, 2. Auflage, Coimbra 2009.

Volhard, Rüdiger: Amtspflichten des Notars bei Eingriffen in den Vertragsvollzug, DNotZ 1987, 523.

Von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Grundgesetzkommentar, Band 3, 7. Auflage, München 2018.

Waisberg, Ivo/Gornati, Gilberto: Direito bancário – contratos e operações bancárias, 2. Auflage, São Paulo 2016.

Wald, Arnoldo: Considerações sobre a assunção de dívida, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 59 (1985), S. 5-12.

Derselbe: Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento, Revista de Direito Imobiliário 51 (Jul./Dez. 2001), S. 253-279.

Derselbe: Direito civil, Band 2, 20. Auflage, São Paulo 2011.

Weber, Ralph: Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff. BGB, JuS 1998, 577.

Weingärtner, Helmut: Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 2. Aufl., Köln 2004.

Weingärtner, Helmut: Dienstordnung für Notarinnen und Notare/Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse – Kommentar, 14. Auflage, Hürth 2021.

Weitbrecht, Jannik: Die Doppeltreuhand – Grundstruktur, Insolvenzfestigkeit, Verwertung. Eine Analyse der Grundstruktur der Doppeltreuhand und ihrer Behandlung in der Treugeberinsolvenz, NZI 2017, 553.

West Group: American Jurisprudence 2d, Band 28, Eagan 2000.

Wilhelm, Christopher: Die rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, Berlin 2017.

Wilhelm, Jan: Sachenrecht, 7. Auflage, Berlin 2021.

Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Auflage, Darmstadt, 1963.

Winkler, Karl: Beurkundungsgesetz Kommentar, 20. Auflage, München 2022.

Witte, Jürgen/Bultmann, Britta: Materiell-rechtliche und prozessuale Probleme beim Unternehmenskauf am Beispiel der vertraglich vereinbarten Kaufpreiszahlung auf ein Treuhandkonto (Escrow Account), BB 2005, 1121.

Zanetti, Cristiano de Sousa: A conservação dos contratos nulos por defeito de forma, São Paulo 2013.

Zimmermann, Stefan: Weisungen der Beteiligten bei Verwahrungsgeschäften nach § 23 BNotO, DNotZ 1980, 451.

Derselbe: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.03.1983 – V ZR 168/81, DNotZ 1983, 549.

Zöller, Richard: Zivilprozessordnung, 34. Auflage, Köln 2022.

Entscheidungen U.S.-amerikanischer Gerichte

Alexander v. Quality Leather Goods Corp., 150 Misc. 577, N.Y.S.C. (1934)

Amen v. Merced County Title Co., 58 Cal. 2d 528 (1962)

Animalfeeds International, Inc. v. Banco Espirito Santo e Comercial de Lisboa, 101 Misc. 2d 379 (1979)

Asher v. Herman, 49 Misc. 2d 475 (1966)

Bardach v. Chain Bakers, Inc., 265 A.D. 24 (1942)

Batchelor v. Alexis Props., LLC, 2018 Del. Super. LEXIS 1306

Bice v. Stevens, 136 Cal. App. 2d 368 (1955)

Blackburn v. McCoy, 1 Cal. App. 2d 648 (1934)

Calcagno v. Drew, 263 A.D.2d 939, 694 N.Y.S.2d 248 (1999)

Cannon v. Handley, 72 Cal. 133 (1887)

Crum v. City of Los Angeles, 110 Cal. App. 508 (1930)

Director Door Corp. v. Marchese & Sallah, P. C., 127 A.D.2d 735 (1987)

Doherty v. Elskamp, 58 Misc. 2d 653 (1968)

Dyson v. Bradshaw, 23 Cal. 528 (1863)

East Balt LLC v. East Balt US, LLC, 2015 Del. Ch. LEXIS 150

Elavon, Inc. v. Elec. Transaction Sys. Corp., 2022 Del. Ch. LEXIS 53

Entertainment & Amusements of Ohio, Inc. v. Barnes, 49 Misc. 2d 316, N.Y.S.C. (1966)

E.S.P. Adjustment Servs., Inc. v. Asta Group, Inc., 125 A.D.2d 849 (1986)

Fasciana v. Elec. Data Sys. Corp., 2003 Del. Ch. LEXIS 19

Farago v. Burke, 262 N.Y. 229 (1933)

Feisthamel v. Campbell, 55 Cal. App. 774 (1921)

Grinblat v. Taubenblat, 107 A.D.2d 735 (1985)

Hildebrand v. Beck, 196 Cal. 141 (1925)

Kirby v. Palos Verdes Escrow Co., 183 Cal. App. 3d 57 (1986)

Lee v. Title Insurance & Trust Co., 264 Cal. App. 2d 160 (1968)

Marriott Corp. v. Rogers & Wells, 81 A.D.2d 556 (1981)

McDonald v. Huff, 77 Cal. 279 (1888)

McFate v. Bank of America, 125 Cal. App. 683 (1932)

Menkis v. Whitestone Savings & Loan Ass'n, 78 Misc. 2d 329, Nassau Dist. Ct. (1974)

NAMA Holdings, LLC v. Related WMC LLC, 2014 Del. Ch. LEXIS 232

National Union Fire Insurance v. Proskauer Rose Goetz & Mendelsohn, 165 Misc. 2d 539, N.Y.S. (1994)

Norton v. Digital Applications, Inc., 305 A.2d 656, Delaware Court of Chancery (1973)

Osborn v. Osborn, 42 Cal. 2d 358 (1954)

Pagan v. Spencer, 104 Cal. App. 2d 588 (1951)

Pathe Industries, Inc. v. Cadence Industries Corp., 425 A.2d 952, Supreme Court of Delaware (1981)

Peterson Development Co. v. Torrey Pines Bank, 233 Cal. App. 3d 103 (1991)

Rianda v. San Benito Title Guarantee Co., 35 Cal. 2d 170 (1950)

Scartozzi v. Scartozzi, 50 A.D.3d 662, 856 N.Y.S.2d 154 (2008)

Security Trust & Savings Bank v. Carlsen, 205 Cal. 309 (1928)

Shreeves v. Pearson, 194 Cal. 699 (1924)

Spaziani v. Millar, 215 Cal. App. 2d 667 (1963)

Stanton v. Miller, 58 N.Y. 192 (1874)

Stonehill v. Hastings, 202 N.Y. 115 (1911)

Takayama v. Schaefer, 240 A.D.2d 21, 669 N.Y.S.2d 656 (1998)

Todd v. Vestermark, 145 Cal. App. 2d 374, (1956)

Watts v. Mohr, 86 Cal. App. 2d 256 (1948)

Xlete, Inc. v. Willey, 1977 Del. Ch. LEXIS 196

Zang v. *Northwestern Title Co.*, 135 Cal. App. 3d 159

Entscheidungen deutscher Gerichte

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Band 46 (1891), 91.

RG, Urteil vom 15.10.1909 – 542/08 VII., JW 1910, 4.

RG (V Zivilsenat), Urteil vom 20.03.1912 – V 352/11, RGZ 79, 121

RG (VII Zivilsenat), Urteil vom 19.02.1914 – VII 448/13, RGZ 84, 214

RG (VII Zivilsenat), Urteil vom 27.02.1931 – VII 205/30, RGZ 132, 183

RG (VII Zivilsenat), Urteil vom 10.06.1932 – VII 304/31, RGZ 137, 23

BFH, Urteil vom 30.01.1986 – IV R 125/83, WM 1986, 1202

BGH, Urteil vom 05.11.1953 – IV ZR 95/53, NJW 1954, 190

BGH, Urteil vom 26.06.1958 – VII ZR 56/57, WM 1958, 1222

BGH, Urteil vom 07.04.1959 – VIII ZR 219/57, NJW 1959, 1223

BGH, Urteil vom 21.04.1959 – VIII ZR 148/58, NJW 1959, 1536

BGH, Urteil vom 21.12.1959 – III ZR 180/58, DNotZ 1960, 265

BGH, Urteil vom 21.12.1960 – VIII ZR 145/59, NJW 1961, 777

BGH, Urteil vom 13.07.1964 – II ZR 218/61, WM 1964, 1125

BGH, Urteil vom 25.04.1966 – VII ZR 120/65, NJW 1966, 1452

BGH, Urteil vom 20.05.1966 – V ZR 214/64, MDR 1966, 749

BGH, Beschluss vom 18.12.1967 – V ZB 6/67, BGHZ 49, 197

BGH, Urteil vom 16.04.1969 – VIII ZR 64/67, JZ 1969, 433

BGH, Urteil vom 11.11.1970– VIII ZR 242/68, BGHZ 55, 20

BGH, Urteil vom 16.12.1970 – VIII ZR 36/69, NJW 1971, 559

BGH, Urteil vom 25.06.1973 – II ZR 104/71, NJW 1973, 1754

BGH, Urteil vom 30.04.1976 – V ZR 143/74, NJW 1976, 1931

BGH, Urteil vom 22.11.1977 – VI ZR 176/76, DNotZ 1978, 373

BGH, Urteil vom 28.06.1978 – VIII ZR 60/77, NJW 1978, 1859

BGH, Urteil vom 06.10.1978 – V ZR 211/77, DNotZ 1979, 306

BGH, Urteil vom 20.11.1979 – VI ZR 248/77, NJW 1980, 1106

BGH, Urteil vom 06.12.1979 – VII ZR 313/78, NJW 1980, 829

BGH, Urteil vom 06.11.1980 – VII ZR 12/80, BGHZ 78, 346

BGH, Urteil vom 25.03.1983 – V ZR 168/81, NJW 1983, 1605

BGH, Urteil vom 11.11.1983 – V ZR 211/82, BGHZ 89, 41

BGH, Urteil vom 14.03.1985 – III ZR 186/83, NJW 1985, 1954

BGH, Urteil vom 05.05.1986 – III ZR 240/84, DNotZ 1987, 155

BGH, Urteil vom 10.10.1986 – V ZR 247/85, NJW 1987, 1069

BGH, Urteil vom 13.10.1986 – NotSt (Brfg) 2/86, DNotZ 1987, 556

BGH, Urteil vom 19.03.1987 – IX ZR 166/86, DNotZ 1987, 560

BGH, Urteil vom 22.06.1987 – III ZR 263/85, NJW 1987, 3250

BGH, Urteil vom 24.09.1987 – VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393

BGH, Urteil vom 12.10.1987 – II ZR 98/87, NJW 1988, 709

BGH, Urteil vom 13.10.1987 – VI ZR 270/86, NJW 1988, 263

BGH, Urteil vom 30.06.1988 – IX ZR 66/87, DNotZ 1989, 234

BGH, Urteil vom 07.12.1989 – VII ZR 343/88, NJW-RR 1990, 340

BGH, Urteil vom 25.09.1990 – XI ZR 94/89, NJW 1991, 101

BGH, Urteil vom 19.11.1992 – IX ZR 45/92, NJW-RR 1993, 301

BGH, Urteil vom 04.03.1993 – IX ZR 151/92, NJW 1993, 2041

BGH, Urteil vom 01.07.1993 – IX ZR 251/92, NJW 1993, 2622

BGH, Urteil vom 09.12.1993 – IX ZR 100/93, NJW 1994, 726

BGH, Urteil vom 17.02.1994 – IX ZR 158/93, DNotZ 1995, 125

BGH, Urteil vom 06.06.1994 – II ZR 100/92, NJW-RR 1994, 1314

BGH, Urteil vom 08.02.1996 – IX ZR 151/95, NJW 1996, 1543

BGH, Urteil vom 29.02.1996 – IX ZR 150/95, NJW 1996, 1823

BGH, Urteil vom 07.03.1997 – V ZR 4/96, NJW 1997, 2104

BGH, Urteil vom 20.11.1997 – IX ZR 152/96, DNotZ 1998, 626

BGH, Urteil vom 19.03.1998 – IX ZR 242/97, NJW 1998, 2134

BGH, Urteil vom 20.11.1998 – V ZR 17/98, ZIP 1999, 110

BGH, Urteil vom 10.02.2000 – IX ZR 41/99, DNotZ 2001, 856

BGH, Urteil vom 13.03.2003 – I ZR 290/00, NJW 2003, 1932

BGH, Urteil vom 24.06.2003 – IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227

BGH, Urteil vom 07.07.2005 – III ZR 422/04, WM 2005, 1796

BGH, Urteil vom 10.07.2008 – III ZR 292/07, DNotZ 2009, 45

BGH, Beschluss vom 20.01.2011 - V ZB 219/10, RNotZ 2011, 326

BGH, Urteil vom 10.02.2011 – IX ZR 49/10, NJW-RR 2011, 779

BGH, Urteil vom 30.03.2011 − VIII ZR 94/10, NJW 2011, 2874

BGH, Urteil vom 16.03.2015 − NotSt(Brfg) 2/14, DNotZ 2015, 545

BGH, Urteil vom 24.09.2015 – IX ZR 272/13, NJW-RR 2016, 242

BGH, Urteil vom 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094

BGH, Beschluss vom 09.06.2016 – V ZB 37/15, DNotZ 2016, 957

OLG Brandenburg, Urteil vom 6.11.2019 – 4 U 123/19, NJW-RR 2020, 54

Entscheidungen brasilianischer Gerichte

STJ, REsp Nr. 1.013/RJ, Tenor Min. Athos Gusmão Carneiro, 30.10.1989

STJ, REsp Nr. 47.047/SP, Tenor Min. Humberto Gomes de Barros, 17.10.1994

STJ, REsp Nr. 57.991/SP, Tenor Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 19.08.1997

STJ, REsp Nr. 155.242/RJ, Tenor Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 15.02.1999

STJ, REsp Nr. 807.455/RS, Tenor Min. Eliana Calmon, 28.10.2008

STJ, REsp Nr. 1.079.185/MG, Tenor Min. Nancy Andrighi, 11.11.2008

STJ, REsp Nr. 1.038.800/RJ, Tenor Min. Herman Benjamin, 20.08.2009

STJ, REsp Nr. 1.821.115/PI, Tenor Min. Herman Benjamin, 20.02.2020

STJ, REsp Nr. 2.015.453/MG, Tenor Min. Nancy Andrighi, 28.02.2023

STJ, REsp Nr. 1.940.748/SP, Tenor Min. Marco Aurélio Bellizze, 23.10.2023

TJDFT, Widerspruch Nr. 0728677-61.2022.8.07.0000, Tenor Teófilo Caetano, 16.12.2022

TJPR, Widerspruch Nr. 0054324-89.2018.8.16.0000, Tenor Octavio Campos Fischer, 20.11.2019

TJRJ, Berufung Nr. 0036876-13.2014.8.19.0210, Tenor Marília de Castro Neves Vieira, 13.02.2019

TJSP, Widerspruch Nr. 2214567-33.2014.8.26.0000, Tenor Fernando Sastre Redondo, 04.02.2015

TJSP, Berufung Nr. 0111632-08.2012.8.26.0100, Tenor Mario de Oliveira, 10.10.2016

TJSP, Widerspruch Nr. 2222323-25.2016.8.26.000, Tenor Hamid Bdine, 07.12.2016

TJSP, Widerspruch Nr. 2109405-10.2018.8.26.0000, Tenor Rebello Pinho, 03.09.2018

TJSP, Widerspruch Nr. 2161587-36.2019.8.26.0000, Tenor Luis Mario Galbetti, 18.12.2019

TJSP, Widerspruch Nr. 2027696-79.2020.8.26.0000, Tenor Eduardo Siqueira, 29.04.2020

TJSP, Widerspruch Nr. 2277783-89.2019.8.26.0000, Tenor Gilberto dos Santos, 11.05.2020

TJSP, Widerspruch Nr. 2026144-16.2019.8.26.0000, Tenor Campos Petroni, 09.07.2020

TJSP, Berufung Nr. 1046172-13.2019.8.26.0100, Tenor Viviani Nicolau, 09.09.2020

TJSP, Berufung Nr. 1110268-71.2018.8.26.0100, Tenor Ricardo Negrão, 06.10.2020

TJSP, Berufung Nr. 1110444-16.2019.8.26.0100, Tenor Jairo Brazil Fontes Oliveira, 10.11.2020

TJSP, Berufung Nr. 1016498-27.2018.8.26.0002, Tenor Alfredo Attié, 23.03.2021

TJSP, Berufung Nr. 1031689-96.2020.8.26.0114, Tenor Heraldo de Oliveira, 08.07.2021

TJSP, Widerspruch Nr. 2099972-74.2021.8.26.0000, Tenor Fábio Podestá, 15.10.2021

TJSP, Berufung Nr. 1016913-55.2019.8.26.0008, Tenor Mario de Oliveira, 18.12.2021

TJSP, Widerspruch Nr. 2073279-19.2022.8.26.0000, Tenor Anna Paula Dias Costa, 20.07.2022

TJSP, Berufung Nr. 1000652-27.2020.8.26.0219, Tenor Heloísa Martins Mimessi, 17.10.2022

TJSP, Widerspruch Nr. 2194283-23.2022.8.26.0000, Tenor João Pazine Neto, 18.10.2022

TJSP, Berufung Nr. 1004263-78.2016.8.26.0299, Tenor João Pazine Neto, 23.05.2023

ENGLISH SUMMARY

The present thesis has covered with several matters issues and the main results can be summarized as follows:

A. Practical significance of the escrow agreement

1. The escrow agreement resolves the tension between the risk of advance performance by one party and the risk of non-performance by the other party, especially when performance of each party's obligations or even the entire transaction depends on the adoption of certain measures, such as the approval by third parties. This tension can also arise after the obligation has been performed, e.g., if damages or warranty claims result from contractual breaches.

2. The escrow agreement offers an alternative payment procedure to the usual structure with simultaneous performances — the object of performance is handed over to a neutral escrow agent and remains with them until certain conditions occur or fail. Thereafter, the escrow agent must forward the escrow asset to the Beneficiary or return it to the Depositor.

3. In M&A transactions, the escrow agreement provides a form of security that is superior in many aspects to traditional security mechanisms. Collaterals such as shareholder guarantees, bank guarantees, holdbacks, pledges, and mortgages typically entail high costs or allow the debtor to raise defenses against the foreclosure of the security in several ways, thus creating uncertainty with the transaction. Escrow agreements, on the other hand, encourage an amicable resolution between the main parties (i.e., the Depositor and the Beneficiary) since neither has control over the escrowed asset during the interim period. Nowadays, the warranties & indemnities insurance (W&I insurance) gained popularity in Germany because, despite higher costs, it has advantages such as enabling a "clean exit", and higher coverage amounts. However, W&I insurance does not cover known risks, so the escrow agreement maintains its relevance, especially in transactions that are difficult to insure, such as software escrows.

B. Goals to be achieved by a theory of escrow agreements

4. The objectives of a theory of escrow agreements consist of providing a legal framework that connects (1) the forwarding and return of the escrow item to certain conditions (precedent or subsequent), (2) the removal of the escrow item from the main parties' power of disposal, (3) the impartial and independent activity of the escrow agent in respect of two main

parties with conflicting interests, and (4) the securing and fulfillment of the main transaction through the escrow agent.

C. Description of the escrow agreement

5. From the descriptions of escrow agreements commonly found in the legal literature and from the four essential characteristics mentioned above the following definition of the escrow agreement can be derived:

> *"a two- or three-party contract by means of which the debtor (or the debtor together with the creditor) appoints an independent and impartial third party to receive, store and, under certain conditions, forward or return an object belonging to the debtor or in the debtor's possession, whereby the debtor relinquishes any possibility of disposal and of transfer of possession over such object in order to secure and process the fulfillment of a pre-existing obligation of the debtor".*

D. Key features of the escrow agreement

6. (1) Conditional delivery of the escrow item: The requirements for the delivery of the escrow item are considered conditions within the meaning of § 158 et seq. of the German Civil Code (BGB) and art. 121 of the Brazilian Civil Code (CC). The fact that the escrow agent's obligation to deliver the escrow item may arise inevitably – and even at a foreseeable point in the future – does not alter its classification as a condition, as long as the identity of the creditor entitled to the escrow item remains uncertain at the time the contract is formed. Thus, the escrow agreement as a whole is not subject to a condition; rather, it is only the instruction by the main parties to release the item to the Entitled Party that is conditional. If the condition consists of issuing a joint instruction (common in many M&A escrows), it shall not be regarded as an arbitrary condition (*Wollensbedingung* or *condição puramente potestativa*), since the Entitled Party can compel the other main party to issue the instruction.

7. During the interim period, the main parties in Brazilian escrow agreements hold only an expectation right (*direito expectativo*) to receive the escrowed asset. In Germany, the creation of an expectation right (*Anwartschaftsrecht*) depends on whether the actions of the other main party can impede the acquisition of the right to delivery of the escrow asset.

8. (2) Prevention of disposals and transfers of possession. In a possession escrow, the escrow agent holds direct possession of the escrow asset, while ownership remains with the

Depositor. The main parties are indirect co-possessors and may only exercise possession jointly. As a result, only assets that require the taking of possession as part of the disposal can be subject to a possession escrow—i.e., only movable assets. Despite differences in the property transfer systems under German and Brazilian law, both require the taking of possession or its surrogate (such as *traditio brevi manu*, assignment of the claim for surrender of the item, or possession constituent [*Besitzkonstitut* or *constituto possessório*]) for the transfer of ownership. The escrow agreement prevents the transfer of ownership because the escrow agent holds direct possession; the assignment of the claim for surrender is excluded because it is conditional, meaning the disposal only becomes effective when the claim for surrender becomes effective in its turn. Disposal through a possession constituent is also not possible, as the disposing party cannot grant the third-party acquirer the remaining part of the first-level indirect possession in Germany, and, in Brazil, the third-party acquirer cannot gain indirect possession of the escrow asset if the other main party does not allow their involvement in the possession relationship—any interference without the other main party's consent would constitute unlawful interference. Furthermore, if an anticipated agreement *in rem* is made by the Depositor to perform the disposal and therefore to transfer ownership to the Beneficiary, the Beneficiary receives additional protection against interim disposals under § 161 BGB or art. 126 CC.

9. In ownership escrows, the escrow agent is granted full ownership of the escrow asset, along with direct possession. This arrangement can apply to all types of assets, including receivables and real estate, effectively removing them from the control of the main parties. A key issue is whether the escrow condition is considered part of the *in rem* disposal transaction or part of the obligation transaction. Only in the case of the *in rem* transaction does the Beneficiary receive protection against interim disposals of the asset under § 161 BGB or art. 126 CC.

10. (3) Independence and impartiality of the escrow agent. To effectively balance the conflicting interests of the main parties, the escrow agent must remain free from the influence of either party (independence) and have no incentive to favor one party over the other (impartiality). There are no objective criteria to assess the escrow agent's independence and impartiality, so this evaluation is based on the subjective perceptions of the main parties. It is a matter of degree: the escrow agent's independence or impartiality is not a binary judgment (either dependent or independent, partial or impartial), but rather a question of being more or less independent or impartial. To allow for a well-founded evaluation, the escrow agent must provide the main parties with sufficient information during the pre-contractual phase (§ 311(2), 241(2) BGB; art. 422 CC).

11. (4) Performance and security purposes. While the security purpose of an escrow agreement is often emphasized, it can also serve a performance purpose. The escrow asset is delivered by the escrow agent in the same state in which it was received, without being exchanged, altered, or foreclosed before being passed on. The delivery of the escrow asset directly satisfies the Beneficiary's primary interest because it corresponds exactly to the object of the main transaction. This highlights the performance purpose of any escrow agreement. The security purpose is evident in that, in an alternative escrow, the Beneficiary can seek satisfaction of their claim from the assets of two parties (the Depositor and the escrow agent), while in a substitution escrow, the original debtor (the Depositor) is replaced by a more reliable debtor (the escrow agent).

E. Modalities of escrow agreement

12. An escrow agreement can be structured in various ways. The four most important forms differ based on: (1) the legal position the escrow agent holds over the escrowed asset, (2) who initially acquires the delivery claim against the escrow agent, (3) when the fulfillment of the Depositor’s original obligation takes effect, and (4) the relationship between the delivery of the escrow asset and the secured claim.

13. (1) Depending on the nature of the escrow agent's legal position concerning the escrow asset, the escrow agreement may be classified as either a possession escrow or an ownership escrow. The key characteristics of these two types have already been discussed in sections No. 8 and 9.

14. (2) The escrow agreement can be classified as either a proper or an improper escrow based on who first acquires the delivery claim. In a proper escrow agreement, neither of the main parties holds an effective delivery claim during the interim period; instead, they only have a conditional claim, which usually amounts to an expectation right. Upon the occurrence or failure of the condition, the entitled party acquires the delivery claim directly. In contrast, in an improper escrow, one main party initially obtains the delivery claim and assigns it to the other main party, subject to a condition precedent or subsequent. During the interim period, the assignee typically holds only an expectation right. The exercise of the delivery claim is usually contingent on certain prerequisites, meaning the holder of the claim may not be able to demand delivery immediately. The assignee is further protected by §§ 160, 161 BGB and arts. 126, 186, 927 CC.

15. (3) Based on the timing of the fulfillment effect, the escrow agreement can be

classified as either a substitution escrow or an alternative escrow. In a substitution escrow, fulfillment occurs upon the occurrence of the escrow condition, while in an alternative escrow, it takes effect upon the actual delivery of the escrow asset to the Entitled party. More on this topic can be found in sections 47 to 49.

16. (4) The classification of unidirectional and multidirectional escrow agreements is based on the relationship between the delivery of the escrow asset and the secured claim. In a unidirectional escrow, the passing on of the escrowed asset satisfies a single claim of the Beneficiary against the Depositor. Conversely, if the escrow item can satisfy multiple mutual claims of the main parties against each other—such as is often the case with escrow involving money—then it shall be classified as a multidirectional escrow agreement.

F. Legal Nature

17. The legal nature of the escrow agreement is construed differently in Germany and Brazil.

18. (1) Germany. The legal nature of the escrow agreement in Germany is not particularly contentious. It is widely accepted that it constitutes a trust agreement (*Treuhandvereinbarung*). The trustee is granted a position of authority over an asset, which may involve full rights to the asset, authorization to dispose of the asset pursuant to § 185 BGB, or the conferral of power to represent the trustor pursuant to § 164 BGB, all for the purpose of promoting certain interests of the trustor. This creates a distinction between the external "authority" of the trustee and their internal "permission" to manage the trust asset. Consequently, the trust can be viewed as a subcategory of the agency contract (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) as per § 675 BGB. This is evident in the characteristics of the agency: the escrow agent promotes the interests of the main parties by balancing their conflicting interests. This role is integral to the economic activities of the main parties, as it involves fulfilling the Depositor's obligations and is closely related to asset management, given that it entails overseeing the performance object of the main transaction. Although the escrow agent must follow the instructions of the main parties, they operate independently. Thus, under German law, the escrow agreement is classified as a trust and more generally as an agency contract.

19. According to § 675 BGB, agency contracts in Germany may exhibit characteristics of either a contract for services (*Dienstvertrag*) or a contract for work (*Werkvertrag*). The escrow agent is obligated to achieve a specific result, namely the actual delivery of the escrow asset, or at the very least, they assume the risk of this result not materializing. Therefore, the

escrow agreement can be classified as an agency contract with traits of a contract for work.

20. Because of its security and performance purposes, the escrow agreement represents a unique type of trust relationship that cannot simply be classified as either a security trust or a fulfillment trust. Instead, it integrates both objectives.

21. Based on the disposition of interests, the escrow agreement can be classified as a dual trust (*Doppeltreuhand*), as the escrow agent balances the conflicting interests of multiple clients. With support on Löhnig, it must be recognized a qualitative (rather than merely quantitative) division of the trustor's position in the dual trust and, by extension, in the escrow agreement. This indicates that the trustors have opposing interests. The balancing of interests is achieved by reconciling these differing objectives. In the typical structure of a dual trust, the trustee is expected to take different actions depending on whether situation A or situation B arises. The forwarding or return of the escrow asset hinges on the occurrence or non-occurrence of the escrow condition, serving as a quintessential example of a dual trust.

22. When movable property is held in a possession escrow, the classification of the escrow agreement may shift to a mixed form of agency and custody agreement (*Verwahrungsvertrag*). This raises the question of how the law applies to mixed contracts. The same issue arises with ownership escrows involving movable property. In this context, the absorption theory should be applied, meaning that the legal provisions governing agency contracts and contracts for work will always apply. This is because custody serves only as an ancillary obligation within the escrow agreement, while the primary obligation is to promote the interests of the main parties involved. The legal provisions for custody contracts would add little to the legal framework, as they either have equivalents in the provisions governing agency contracts and contracts for work or do not align with the objectives of escrow agreements. Furthermore, a uniform treatment of escrow agreements is preferable, as differing legal consequences based on the type of trust asset would only complicate the handling of escrow agreements. The obligation to manage interests concerning receivables or real estate as trust assets is not a typical ancillary duty of a custody contract; rather, it aligns more closely with the primary obligations of a contract for work. Given the characteristics of a contract for work present in the escrow agreement, the provisions governing such contracts would apply to escrow agreements in any case.

23. An escrow account is a specific type of escrow agreement where the subject matter is book money (*Buchgeld*) held in a trust account (*Treuhandkonto*). The account itself serves merely as a technical means of holding the funds. The trust relationship exists solely

between the escrow agent and the main parties; the bank is not involved in this relationship.

24. There is no specific regulation for escrow agreements within the German legal system. Most legal issues that arise in connection with an escrow agreement can be addressed by referencing the law of agency and the principles of trust. However, if there is a gap in such provisions or if the relevant provision is not compatible with the purpose of the escrow agreement, and if the interpretation of the contract, including supplementary interpretation (*ergänzende Auslegung*), does not provide a norm for the case at hand, then the legal provisions governing notarial custody (*notarielle Verwahrung*) may be applied analogously to the escrow agreement.

25. The absence of specific provisions for escrow agreements in Germany represents an unintended gap in the legal system. The agency contract is predicated on the assumption that there is no conflict of interest between the principals. In contrast, this is precisely the situation that the notarial custody addresses, which is also characteristic of escrow agreements. Additionally, the tasks performed by a notary in the notarial custody closely resemble those of an escrow agent, as the notary similarly receives, stores, and forwards or returns the assets under their custody. The fact that the German legal system views this as requiring regulation when the trustee is a notary, yet has not established any special regulations for the comparable activities of an escrow agent, underscores that this is indeed an unintended gap in the legal framework.

26. The notarial custody outlined in the BeurkG, §§ 57 et seq., is broadly comparable to the escrow agreement. Both the notary and the escrow agent act as neutral third parties appointed to hold in trust and to forward or return the asset entrusted to them. The custody order (*Verwahrungsanweisung*) issued to a notary, as well as the escrow agreement, serve to secure an underlying transaction and fulfill a debt owed by the depositor. During the custody period, no dispositions regarding the entrusted asset can be made, and the delivery of the object is contingent upon the occurrence of certain conditions.

27. Consequently, the legal provisions governing notarial custody can be applied analogously to escrow agreements, as long as these provisions do not rely on the sovereign nature (*Hoheitscharakter*) of the notarial activity.

28. When lawyers, patent attorneys, auditors, and tax advisors hold funds or other items entrusted to them, the rules of notarial custody do not apply by analogy. Specific regulations address these matters within the relevant professional rules, which minimizes the

likelihood of any unintended gaps in the legal system.

29. (2) Brazil. In Brazil, escrow agreements are to be qualified as atypical fiduciary transactions (*negócios fiduciários*).

30. While there are some similarities to the custody contract (*contrato de depósito*) and the voluntary sequestration (*sequestro convencional*), the escrow agreement differs from these two types of contracts in several respects. The main obligations of the parties involved vary: the escrow agreement focuses on fostering interests of the main parties, while the custody contract aims at the safekeeping of an asset, and the voluntary sequestration involves the custody of a disputed asset. Additionally, custody only pertains to movable objects, whereas the escrow agreement encompasses both immovable objects and receivables. Furthermore, escrow agreements must be distinguished from the establishment of security through the transfer of ownership of a certain asset (*alienação fiduciária*) or through the assignment of receivables (*cessão fiduciária de créditos*). These latter arrangements offer only a secondary means of satisfaction for the creditor, specifically through the enforcement of the security. In contrast, the delivery of the escrow item directly satisfies the primary interest of the creditor, so the foreclosure of the escrow asset does not occur.

31. The escrow agreement is akin to the agency contract (*contrato de mandato*) in that, in both cases, the agent is responsible for promoting the interests of the principal. However, due to a deliberate decision by the Brazilian legislator, an agency contract must be mandatorily tied to the granting of power to represent the principal, which is not necessarily the case with an escrow agreement. Nevertheless, the provisions of the agency contract that do not pertain to the exercise of the power of representation can be applied by analogy to the escrow agreement.

32. The legal nature that best captures the essence of the escrow agreement is the fiduciary transaction (*negócio fiduciário*). It involves the attribution of an asset to the fiduciary, what is typically achieved by transferring ownership of the asset to the fiduciary, along with the assumption of an obligation by the fiduciary that limits their power over the fiduciary asset solely under the law of obligations. Any restriction on the fiduciary's power over the asset logically serves the interests of the principal, which means that, within the internal relationship, there is a duty for the fiduciary to promote the interests of third parties. The common reference to the fiduciary's excessive legal power over the fiduciary asset and the potential for abuse arises as a result of the fiduciary's obligation to safeguard the interests of the principal. Thus, this excessive legal power is a defining characteristic that distinguishes fiduciary transactions

from other forms of safeguarding interests of third parties. Given the fiduciary's control over the asset, their obligations stemming from the fiduciary transaction are more intensive, particularly those that emerge from the principle of good faith (art. 422 CC).

33. The attribution of a fiduciary asset in an escrow agreement is clear-cut, as it always involves the transfer of full ownership or direct possession of the escrow asset to the escrow agent. The escrow agreement itself constitutes the obligatory transaction, and the exercise of power over the escrow asset to promote the interests of the main parties is the central element of any escrow agreement. Consequently, the escrow agreement shall be classified as an atypical fiduciary transaction.

34. In Brazil, the escrow agreement is also regarded as a fiduciary transaction that serves both security and performance purposes. From the standpoint of its unique disposition of interests, it embodies a dual fiduciary transaction. This is characterized by the balancing of conflicting interests among multiple principals, resulting in a qualitative split in the fiduciary position.

35. Regarding the application of the law, the legal provisions relevant to the escrow agreement should be determined by analogy. Any contract that is neither a typical contract nor a modification of a standard contract type (*contrato de tipo modificado*) falls outside the limits of the relevant contract type. Therefore, the legal provisions of other contract types can only be applied to it by analogy. The absorption theory is applicable to modified contract types, only because they retain their nature as typical contracts. The combination theory is inadequate because it fails to sufficiently consider the significance of the contract type as a whole, thus not providing a reliable criterion for determining the applicable legal provisions. The most reliable approach for applying the law to atypical contracts is through analogy, as it requires not only similar fact patterns but also a recognized gap in the legal system that fails to regulate that specific scenario. If no norm can be applied by analogy, then more general principles, such as good faith, may be invoked to address the contractual gaps within an escrow agreement.

36. The escrow agreement is a recurrent contract in the business practice (*contrato socialmente típico*). Therefore, market practices play an important role in interpreting the escrow agreement and in filling contractual gaps. Such market usages take precedence over the analogous application of legal provisions, as they are generally more closely aligned with the intent of the parties.

37. Consequently, the escrow agreement should be governed by following

provisions, in the following order: by its own terms obtained from the contract interpretation, by market practices, and by the analogous application of statutory provisions from agency law (and, in the case of a possession escrow, also the law governing custody contracts)..

38. Escrow accounts are a specific type of escrow agreement. In Brazil, banks are commonly appointed to act as escrow agents. These accounts are not simply modified bank accounts, as the duties of an escrow agent far exceed those ordinary duties of a bank. This type of escrow account should be generally considered an improper escrow, as it is typically opened in the name of only one of the main parties. They differ from a joint account (*conta "e"*) because, in the latter, the bank does not take on the responsibility of balancing conflicting interests. Additionally, in a joint account, the delivery claim is not conditionally assigned to the Beneficiary, and the security and performance purposes remain mere motives of the main parties, without involving the bank.

39. A notarial escrow account is a bank account set up in the name of a notary, designated to receive funds entrusted by the main parties. In this arrangement, the notary serves as escrow agent, while the bank acts merely as the notary's contractual partner, providing the technical infrastructure to carry out the instructions received by the notary. A distinguishing feature of the notarial escrow account is the legal authorization for the notary to create a separate estate with the escrowed assets. Despite its specific legal recognition, it remains a subcategory of escrow accounts. The concise provisions of Law No. 8,935/94 do not justify classifying the notarial escrow account in a separate category apart from the escrow agreement. Instead, it aligns with the broader classification of escrow agreements, allowing for the analogous application of agency rules and the incorporation of market practices governing escrow agreements to the notarial escrow account.

G. Possessory aspects

40. In Germany, the escrow agent retains direct possession of the escrow item, while the main parties are classified as qualified indirect co-possessors, meaning they can only exercise their co-possession jointly. Once the escrow condition either occurs or fails, the possession of the escrow item shifts. This happens because the (conditional) delivery claim of one of the main parties expires, along with any expectation of receiving the escrowed asset. At that point, the qualified indirect co-possession transitions into simple indirect possession held by the Entitled party, for whom the escrow agent continues to possess the asset.

41. In Germany, the escrow agent always holds possession of the escrow asset on

behalf of the main parties (*Fremdbesitzer*), meaning the agent does not possess the asset for themselves. This remains true even in an ownership escrow where the agent technically owns the asset. Despite being the owner, the agent exercises possession in the interest of the main parties, with the clear understanding that they will eventually transfer ownership to one of the main parties at a later stage.

42. In Brazil, similarly, direct possession of the escrow item remains with the escrow agent, while the main parties hold joint indirect co-possession (*composse indireta em mão comum*). When the conditional delivery claim of one of the main parties expires—whether due to the occurrence or failure of the escrow condition—the co-possession also ends, as the affected party no longer holds any interest in the escrow asset.

H. Relationship of the escrow agreement to the principal transaction

43. The main transaction and the escrow agreement are considered connected contracts (*Vertragsverbindung* or *contratos coligados*). In Germany, this connection arises when two independent legal transactions are intentionally linked by the parties in such a way that they "stand or fall" together. The escrow agreement is linked to the main transaction because its purpose is to secure the fulfillment of the main transaction, creating a form of contractual dependency. Similarly, in Brazil, contracts are deemed connected when they are unilaterally or multilaterally dependent on each other. This dependency can arise either from the parties' expressed intent or from the nature of the escrow agreement itself, which inherently requires an underlying claim to be secured and fulfilled. Thus, a contractual connection is recognized in both legal systems.

44. Three essential aspects of the contract connection between the escrow agreement and the main transaction are outlined in the doctoral work. The effects of the contract connection can be seen firstly, in Germany, in the event of the cancellation, inefficacy or unwinding (*Aufhebung*, *Unwirksamkeit* or *Rückabwicklung*) of the main transaction, and, in Brazil, in the event of the inefficacy or termination (*ineficácia* or *extinção*) of the main transaction. Secondly, the escrow agreement must be interpreted without reference to the main transaction. Finally, the main transaction is fulfilled by the escrow agreement.

45. (1) Events arising from the main transaction typically affect the escrow agreement only if they have been explicitly incorporated as conditions within the escrow agreement. Other events will generally have a limited impact on the escrow relationship. In Germany, notarial custody provides a useful analogy for escrow agreements governed by German law.

According to § 60(3) BeurkG, unilateral revocation of multilateral instructions is allowed if it is based on the cancellation, inefficacy, or unwinding of the main transaction. Unless the escrow agreement specifies otherwise, unilateral revocation of instructions is permitted in these three situations. Importantly, § 665 BGB does not apply to the unilateral revocation of multilateral instructions, as the escrow agent, given the conflicting interests between the parties, likely cannot expect unanimous instructions. In Brazil, the contractual connection between the main transaction and the escrow agreement imposes that, when the secured claim does not exist due to the inefficacy or termination of the main transaction, then the escrowed asset should be returned to the Depositor. If the asset has not yet been deposited with the escrow agent, the Depositor is released from the obligation to make the deposit, as the escrow agreement can no longer serve its intended purpose.

46. (2) The interpretation of the escrow agreement must remain independent of the provisions of the main transaction. In Germany, the principle of strict interpretation is a fundamental aspect of notarial custody and should similarly apply to escrow agreements. This approach ensures that the control over the materials subject to interpretation reflects the control of the main parties over the balancing of their conflicting interests. In Brazil, a comparable strict interpretation rule is established in art. 113, § 2°, CC. The main parties have the ability to deviate from statutory rules of interpretation by mutually agreeing to limit the materials on which the escrow agreement is to be interpreted. This principle is in line with the fundamental purpose of the escrow agreement and applies by default unless another interpretation rule is expressly stipulated.

47. (3) The escrow agent, being an independent and neutral third party, is not permitted to act in the specific interest of either the Depositor or the Beneficiary. Therefore, the escrow agent cannot function as the authorized recipient of the escrow asset for the Beneficiary. Hence, depositing the asset in escrow does not constitute fulfillment of the Depositor's obligation under the main transaction.

48. In both Germany and Brazil, a distinction exists between substitution escrow and alternative escrow. In a substitution escrow, the Depositor's obligation in the main transaction is fulfilled when the Beneficiary acquires a delivery claim against the escrow agent upon the occurrence of the escrow condition. This means the Depositor's obligation is considered satisfied when the condition is met, not when the Beneficiary actually receives the escrowed asset. This arrangement qualifies as a "right to substitute the object of performance" (*Ersetzungsbefugnis*) in Germany or as an "obligation with an alternative subsidiary object of performance"

(*obrigação com faculdades alternativa*) in Brazil, because the Depositor only owes the acquisition of the delivery claim but can also directly fulfill the obligation by paying straightforward to the Beneficiary. In contrast, with an alternative escrow, the Depositor's debt in the main transaction remains the primary object of performance. The Beneficiary acquires a delivery claim against the escrow agent as an additional means to satisfy their credit. The Beneficiary must first seek satisfaction from the escrow agent, but if the escrow agent fails, the Depositor remains liable for fulfilling the obligation from the main transaction. The Depositor's obligation is only considered discharged when the Beneficiary actually receives the escrow asset. In Germany, this is classified as performance "for the purpose of fulfillment" (*Leistung erfüllungshalber*), while in Brazil, it shall be classified as *datio pro solvendo*.

49. In Brazil, the escrow agreement must be carefully distinguished from other legal constructs, such as alternative obligations (*obrigação alternativa*), novation (*novação*), ownership transfer in lieu of performance (*dação em pagamento*), and assumption of debt with exonerating effect (*assunção de dívida liberatória*).

49.1. In an escrow agreement, the Depositor retains the option to pay the Beneficiary directly, but the Beneficiary must primarily or exclusively seek performance from the escrow agent. This hierarchical relationship between the alternatives precludes the escrow agreement from being classified as an alternative obligation, where all performance options are treated equally.

49.2. The escrow agreement cannot be qualified as novation because it does not modify or replace an existing obligation. In a novation, the original obligation is extinguished and replaced by a new one (*animus novandi*), whereas in an escrow relationship, the original obligation from the main transaction remains intact throughout the arrangement.

49.3. The escrow agreement also differs from ownership transfer in lieu of performance, where the substitutive performance (e.g., property transfer) is offered at a later stage. In contrast, in an escrow agreement, the possibility of performing payment directly to the Beneficiary already exists when the escrow contract is concluded.

49.4. Lastly, the escrow agent does not assume the Depositor's obligation from the main transaction. The escrow arrangement creates a separate obligation for the escrow agent, meaning there is no assumption of debt with exonerating effect

(where one party assumes the debt of another and the original debtor is released from liability).

50. In Brazilian escrow agreements, the risk allocation between the main parties varies depending on whether the arrangement is an alternative escrow or a substitution escrow. In the former construct, the default risk of the escrow agent falls entirely on the Depositor. This is because, in such an arrangement, the delivery claim against the escrow agent is not the only means through which the Beneficiary can satisfy their claim—it is merely the primary option. Therefore, if the escrow agent defaults or is unable to deliver, the Depositor remains responsible for ensuring performance through other means. In contrast, in a substitution escrow, the risk shifts to the party who acquires the delivery claim. The Depositor's obligation is limited to ensuring that the Entitled party obtains a valid claim for delivery against the escrow agent. Once this claim is secured, the Depositor's responsibility ends. However, if the escrowed asset is specific (*obrigação de dar coisa certa*), as per art. 234 CC, and the item is lost or destroyed before the escrow condition is met or fails, this can prevent the Beneficiary from acquiring a delivery claim with the same content as originally agreed because, in this case, the escrow agent is released from the obligation to deliver and their obligation is replaced by monetary compensation. The Depositor does not perform if the delivery claim has a different object than the originally agreed one. However, if the escrowed asset is fungible (i.e., replaceable with identical items of the same kind, quality, and quantity), then the loss or destruction of the original asset does not affect the fulfillment of the obligation: the escrow agent can simply replace the lost or destroyed asset with another of the same kind, thereby maintaining the validity of the delivery claim.

I. Internal relationship of the escrow agreement

51. In both Germany and Brazil, the escrow agreement does not generally require any special form for its execution, with some exceptions based on specific legal regulations.

51.1. In Germany, as a general rule, no form requirements apply to the escrow agreement, unless special laws intervene, such as § 15(4) GmbHG. The written form requirement of § 57 BeurkG does not extend to escrow agreements. This provision is designed to govern the notary's activities and to facilitate professional oversight, not to regulate escrow agreements. Moreover, in Germany, the doctrine of *in rem* contracts (*Realverträge*) does not apply, meaning that the handover of the escrow asset to the escrow agent is not a condition for the contract's formation.

51.2. In Brazil, the escrow agreement is also not generally subject to formal requirements, primarily due to its atypical nature. Form requirements cannot be applied by analogy since this would contradict art. 107 CC, which sets forth that form requirements apply only where the law expressly commands. Even though the doctrine of *in rem* contracts (*contratos reais*) is still relevant in Brazil for certain contracts like the custody (*depósito*), the loan of fungible goods (*mútuo*), and the loan of non-fungible goods (*comodato*), this doctrine does not extend to escrow agreements. The transfer of possession of the escrow asset is not necessary for concluding the agreement, and analogical extension of this requirement is not permissible. Moreover, the doctrine's application is limited to gratuitous contracts within the three mentioned types.

52. The primary duty of an escrow agent is to balance the interests of both main parties by carefully safeguarding the escrow asset and strictly adhering to the instructions provided by the main parties. Unlike ordinary trustees or fiduciaries, whose duties often involve more flexibility and discretion in fostering third-party interests, the escrow agent operates under a principle of strict compliance with instructions. This means the escrow agent may not deviate from the instructions, as the special nature of their role lies in the "meticulous' adherence to the instructions. This strict compliance principle highlights a key distinction: the escrow agent's ability to interpret or substantiate their general duty to foster the interests of the main parties is highly restricted. In cases where an action is not explicitly covered by the instructions, the escrow agent should seek an unanimous instruction from the main parties before taking any action. This ensures that the escrow agent's role remains neutral and that they do not exercise undue discretion, preserving the careful balance of interests that defines the escrow arrangement.

53. The handling of revocations of instructions in escrow agreements varies between Germany and Brazil, though some general principles apply. Both legal systems recognize that the right to revoke an instruction typically belongs to the party whose interests are directly affected by such instruction. Until the deadline for deposit of the escrow asset, the Depositor can generally revoke instructions unilaterally, since there is no obligation for them to deposit prior to such deadline. Between deposit and the occurrence (or non-occurrence) of the escrow condition, revocation of instructions typically requires the agreement of all main parties, as all of them have a stake in the outcome during this interim phase. This rule ensures that no party's interests are undermined without consensus. After the escrow condition occurs, the rules

diverge based on whether the contract is an alternative or a substitution escrow. In an alternative escrow, the Depositor continues to have an interest until the asset is delivered, as he might be liable for faulty delivery by the escrow agent, so revocations may only occur with the consent of both parties until delivery. In a substitution escrow, the Beneficiary can usually revoke instructions unilaterally once the condition occurs, since the Depositor has already been released from their obligation upon occurrence of the condition, and the Beneficiary is entitled to the escrow asset. If the escrow condition fails to occur, then the Depositor alone can revoke instructions, as their obligation to perform no longer exists. In Germany, § 60(3) BeurkG offers a notable exception to such principles in the notarial custody. It allows unilateral revocation of multilateral instructions in cases of cancellation, inefficacy, or unwinding of the main transaction. In such cases, the notary must withhold delivery of the asset. The revocation stands until the parties issue a new instruction, or until the relevant party fails to prove that legal proceedings to force an unanimous instruction have been started or dropped. Importantly, the revocation need not withstand a conclusiveness test (*Schlüssigkeitsprüfung*) but must meet a lower threshold of plausibility (*Plausibilitätsprüfung*). These grounds for revocation could be applied by analogy to escrow agreements, since they relate to the neutral, fiduciary role of the notary, not their sovereign authority. In Brazil, where no equivalent of § 60(3) BeurkG exists, unilateral revocation of multilateral instructions is not permitted in escrow agreements. Multilateral instructions can only be revoked with the consent of all involved parties.

54. In Germany, the main parties to an escrow agreement are typically jointly and severally liable for the escrow agent's remuneration, based on § 427 BGB. This joint liability arises because the payment to the escrow agent, being a divisible monetary obligation, is agreed upon by both main parties. The intention to safeguard both main parties' interests forms a subjective unity, which supports this shared responsibility. Importantly, the escrow agent cannot offset their remuneration against the delivery claim before the date set for the release of funds to the Entitled party. Even though the requirements for a set-off (reciprocity of the offsetting debts, equal nature of the debts, and enforceability of the escrow agent's remuneration claim – *gegenseitig*, *gleichartig* and *durchsetzbar*) may be met before the release date, the agent's obligation is not "fulfillable" (*erfüllbar*) until that specific date. Set-off is allowed only when the due dates of both the agent's remuneration and the release of funds coincide, or if there is a set-off agreement between the parties. In Brazil, on the other hand, joint and several liability for the escrow agent's remuneration cannot be presumed or extended by analogy under art. 265 CC. Each party is liable only for their share unless otherwise expressly agreed. Unlike in Germany,

the escrow agent may set off their remuneration against the delivery claim before the release date, as long as the remuneration is enforceable (*exigível*). This is possible because Brazilian law recognizes that a specific deadline (*termo*) only delays the right to demand performance (*pretensão*), as outlined in art. 131 CC, without affecting the acquisition of the right to performance by the creditor. Therefore, the release of funds is already "fulfillable", even if not enforceable by the Entitled party prior to the date foreseen for the release of funds. However, the offset must be limited to the liability of the main party who bears the least responsibility for the compensation. Regarding the right of retention in Brazil, the escrow agent may retain the escrow asset until they receive their remuneration, in analogy to art. 664 CC. Art. 681 CC, however, allows the agent only to withhold the asset until expenses are reimbursed (but not remuneration).

55. Only the Beneficiary holds the right to demand that the Depositor deposits the asset in escrow. This is because the escrow agent, by the nature of their role, must remain independent and impartial. As such, the escrow agent cannot initiate or demand the deposit unless expressly authorized in the instructions provided by the main parties. If the Beneficiary does not make this demand, the escrow agent's request would not serve the purpose of balancing the interests of both parties, as it could compromise their neutral role. Therefore, the Beneficiary and the escrow agent are not jointly and severally entitled to the obligation to deposit the asset in escrow. The responsibility for demanding deposit rests solely with the Beneficiary.

56. The timing for depositing the asset in escrow is determined by interpreting the escrow agreement itself. Due to the principle of strict interpretation, the terms of the main transaction or its economic structure should not serve as a reference point. In exceptional cases where the escrow agreement does not specify a timing rule, delivery may be demanded immediately, in accordance with § 271(1) BGB or art. 331 CC, if a deadline is not specified in the escrow-clause (the deadline for deposit must not be necessarily foreseen in the escrow agreement, as this is a Beneficiary's claim). The deposit can be required even if the validity of the main transaction is contingent on certain conditions, as it is closely tied to the security interests of the main parties rather than solely dependent on the main transaction's validity. However, if the main transaction is ultimately deemed ineffective, the instruction can be revoked in Germany by analogy to § 60(3) BeurkG; or, in Brazil, the deposit may be refused based on the contractual connection.

57. The Depositor cannot use defenses to delay or reduce their obligation to make the deposit. This includes actions like exercising a right of retention (*Zurückbehaltungsrecht* in

Germany or *exceção de contrato não cumprido* in Brazil), claims for price reductions, or set-off claims (*Aufrechnung* in Germany or *compensação* in Brazil). Such defenses will only impact the obligation to deposit if they are explicitly included in the escrow instructions. The primary purpose of the escrow agreement is to secure the claims it covers, not to address any claims the main parties might have against one another. Furthermore, § 60(3) BeurkG does not apply here, as these defenses do not influence the validity of the main transaction.

58. The escrow agent is required to accept the escrow asset and must provide the necessary expertise and infrastructure for this purpose. The instructions may include specific provisions regarding how the asset should be received. When the asset is money, certain special considerations must be taken into account. In German law, § 58 BeurkG does not apply by analogy in this context, as its regulations stem from the sovereign nature of the notary's role. However, the principles governing the receipt of money by notaries may serve as a model for outlining the escrow agent's duty to foster interests in certain respects. For instance, the escrow agent is obligated to maintain the money in separate trust accounts (*Anderkonten*) to ensure the inviolability of the escrow funds in the event of insolvency. In contrast, in Brazilian escrow agreements, the funds do not necessarily have to be deposited into a separate account. As long as the escrow agent can accurately allocate the amounts to the corresponding main parties within a collective account, they fulfill their obligations. Nonetheless, the escrow agent must ensure that the funds are kept in a secure bank

59. Generally, the escrow agent has no obligation to notify the main parties of any non-conformity regarding the escrowed asset upon its receipt, unless such a duty is specified in the instructions. If the agent chooses to provide notice, they risk favoring one main party to the detriment of the other. The responsibility to ensure that the security is properly constituted stems only to a limited extent from the general duty to foster the interests of the parties involved. In this context, the escrow agent is required to perform a basic examination—not an exhaustive one—where only the quantity and formal correspondence of the escrowed asset are assessed. Any findings from this examination must be reported in an objective and descriptive manner. However, the agent should refrain from investigating the material conformity of the escrowed asset.

60. During the interim phase—meaning the period between the deposit of the asset with the escrow agent and its subsequent transfer or return to the Entitled party—the escrow agent is responsible for storing the asset. The main parties are jointly and severally entitled to storage, as the escrow agent cannot store the asset for only one party; this activity inherently

benefits both. In Germany, sections 675, 662, 631 BGB can be referenced to support the obligation of storage, while provisions from custody law are not applicable (because of absorption theory). In Brazil, due to the unique nature of the escrow agreement, custody law is applied analogously, but only in the context of possession escrows. Thus, articles 630, 631, 633 (in part), 634, 636, 637, and 642 CC may apply. Nonetheless, the obligation of custody primarily derives from the instructions provided, allowing limited reliance on statutory provisions to determine the contents of such obligation.

61. During the interim phase, the escrow item must not be returned, as doing so would compromise the security purpose of the escrow agreement. Therefore, any provisions that could support a claim for surrender of the escrowed asset are considered waived. Under German law, a restitution claim based on § 667 BGB is excluded during this phase. Similarly, in Brazilian law, the final part of article 668 and the first part of article 633 CC are also deemed waived.

62. The escrow agent is not required to invest the escrow asset profitably during the interim period unless explicitly instructed to do so. While German case law from the BGH acknowledges the notary's duty to advise on fixed-term deposit options in notarial custody contracts, this principle does not extend to escrow agreements. The aforementioned ruling stemmed from the notary’s obligation to provide advisory under § 17(1) BeurkG.

63. The ownership of any yields generated by the escrow asset during the interim period should not be determined by reference to the performance of obligations in the main transaction, given the separation of escrow agreement and main transaction. Instead, attention should be paid to the conditional nature of the delivery obligation of the escrow agent. In both Germany and Brazil, the occurrence of the condition relates back solely under the law of obligations, not *in rem*. This rule is explicit in § 159 BGB and, despite scholarly debates, is also generally accepted in Brazil in regard of the yields generated in the interim period. Consequently, the interpretation of the escrow agreement must identify when each main party acquires a claim to the interim yields under the law of obligations. If the contract lacks specific provisions regarding this matter, in a German possession escrow, the yields generated before the occurrence of the escrow condition belong to the Depositor (as the owner), with subsequent yields going to the Beneficiary; the escrow agent does not accrue these yields because he does not possess the escrow asset in his own benefit (*Fremdbesitzer*) as per § 955(1) BGB. In the case of a German ownership escrow, the yields initially belong to the escrow agent as owner, but must be passed on to the Entitled party upon delivery, in accordance with § 667, 2nd

alternative BGB, which mandates that the agent must pass on what he has received by virtue of his commission. Under Brazilian law, for possession escrows, yields generated before the escrow condition occurs or fails belong to the current owner, which is the Depositor, in line with art. 237, sole paragraph, CC. The Beneficiary is entitled to any yields that remain uncollected by that time, contingent upon the condition being met. After occurrence of the condition, all yields shall be allocated to the Beneficiary as owner. In ownership escrows, the escrow agent initially acquires ownership of the yields but is required to transfer them to the Entitled party as stipulated by art. 668 CC, since the escrow agreement is not intended for the enrichment of the escrow agent; thus, art. 237, sole paragraph, CC does not apply in this context.

64. The escrow agent's obligation to deliver is founded not only on the escrow agreement itself but also on provisions such as § 667 BGB or art. 668 CC. This obligation becomes effective only when the escrow condition is either fulfilled or fails to materialize. Ideally, the condition should be expressed clearly and should not require complex interpretations or be based on factual determinations, as this would minimize uncertainties regarding the escrow agent's responsibility to ascertain the occurrence of the condition. In the context of German notarial custody, the notary has an obligation to collaborate with the main parties to prevent ambiguous instructions, based on § 57(3) BeurkG. However, this obligation cannot be applied to escrow agreements, as it is derived from the sovereign nature of the notary's activity.

65. The escrow agent's evaluation of whether the condition has occurred or not is secondary to that of the main parties, as the agent does not function as a judge. However, the escrow agent is required to adhere to the unanimous assessment of the main parties, given that the escrow agreement serves their interests. This fundamental principle is reflected in the rationale of the BeurkG in Germany: the escrow agent must consistently follow the unanimous instructions of the main parties. In the event of a disagreement, the agent should only comply with a revocation of instructions as specified in § 60(3) BeurkG.

66. If there is uncertainty regarding the entitlement to receive the escrow asset, the escrow agent should retain custody of the escrowed asset and await unanimous instructions from the main parties or a legally binding judgment, as this principle aligns with the security purpose of the escrow agreement. In Germany, this principle is reflected in notarial custody regulations, allowing the agent to act prudently in the face of uncertainty. Under Brazilian law, according to art. 332 CC, the escrow agent can refuse delivery if there is doubt regarding the occurrence or non-occurrence of the condition, as he is not considered to have knowledge of the condition's status in case of disputes between the main parties. In such situations, the escrow

agent in a Brazilian escrow relationship has a duty to suspend delivery to ensure the security of the transaction, reinforcing his overarching responsibility to protect the interests of both main parties.

67. In the event of premature termination of the escrow agreement, the escrowed asset should not be released jointly to the main parties unless explicitly ordered by them, as joint receipt is hard to perform in such a scenario and may fail to provide adequate security for the transaction. The escrow asset must be returned to the Depositor instead, and the party responsible for the termination is liable for any resulting damages. However, in multidirectional escrows, identifying the Depositor can be challenging. In such cases, the escrow agent may deposit the asset in accordance with § 372 sentence 2 alternative 2 BGB (*Hinterlegung*) or consign it to the competent court as per art. 335, inc. IV, CC (*consignação em pagamento*). The main parties also retain the option to appoint a new escrow agent, who would then take over the responsibility of fostering interests in a new escrow relationship, ensuring the continuity of the arrangement.

68. The deposit of the escrow asset by the escrow agent in accordance with § 372 BGB or the consignation under art. 334 CC aligns with the security and performance purposes of the escrow agreement. This process allows the escrow agent to relieve himself of the obligation to deliver, especially in situations where he is not required to manage the interests of the main parties for an indefinite period of time. Significant scenarios that highlight this necessity include the Entitled party's failure to receive the escrowed asset and disputes between the main parties regarding the occurrence of the condition. These situations correspond to the conditions outlined in § 372 Alternative 1 and 3 BGB, as well as art. 335, inc. I, II, and IV CC. In these contexts, the escrow agent cannot act as a judge; he is unable to determine who is entitled to the escrowed asset when the main parties are in disagreement, what thus emphasizes the importance of these legal provisions in safeguarding the escrow agent's interests while ensuring the security of the transaction.

69. In an alternative escrow, the delivery claim is considered an ancillary right (*Nebenrecht*) as defined by § 401(1) BGB or an ancillary asset (*bem acessório*) according to art. 92 CC, because it is a separate right of the Beneficiary that serves the security of the main transaction's claim. This means that the delivery claim must be assigned or seized in conjunction with the claim from the main transaction to prevent the Beneficiary from disposing of the main transaction's claim, even if the delivery claim in the escrow relationship has already been assigned or seized by the court. Consequently, the assignment or seizure of the main claim

generally encompasses the delivery claim as well. Conversely, in a substitution escrow, the delivery claim is not categorized as an ancillary right or asset, as the delivery claim is itself the the object of the claim in the main transaction. Thus, it is not subject to the rules governing "double assignment" or "double seizure".

J. Escrow Agreement in the foreclosure

70. The possibility of seizing the escrow asset in an enforcement lawsuit must be handled differently depending on whether enforcement is initiated by a third-party creditor of the escrow agent or by a third-party creditor of the main parties.

71. In a possession escrow, protecting the escrow asset against enforcement measures by third-party creditors does not present significant challenges. If a third-party creditor of the escrow agent or the Beneficiary seeks to seize it, this can be countered by a third-party objection lawsuit (*Drittwiderspruchsklage* in Germany or *embargos de terceiro* in Brazil) because ownership of the seized asset remains with the Depositor; the escrow agent only holds possession. Even if enforcement is initiated by a creditor of the Depositor, third-party objection proceedings are admissible, as the escrow asset is typically disposed of in favor of the Beneficiary, subject to a condition precedent. If the condition is met, any interim actions (e.g., seizure) may be declared void. Only after ownership of the escrow asset has been fully transferred to the Entitled party can creditors of the Entitled party enforce their claims against the asset.

72. In an ownership escrow, the main parties may, under German law, contest the seizure of the escrow asset by a creditor of the escrow agent before the escrow condition occurs or fails, on the basis that the escrow asset is tied to securing the Depositor's obligation in the main transaction. This is because both main parties have a vested interest in preserving the security. After the condition has been fulfilled, not only the Beneficiary but also the Depositor in an alternative escrow can continue to challenge the seizure until actual delivery occurs, as the Depositor is liable for the main claim if the escrow agent's delivery is unsuccessful and thus has a vested interest in the delivery. In a substitution escrow, the Depositor cannot contest the seizure after the condition has been fulfilled, as he will have already been released from his obligation in the main transaction. If the condition fails, only the Depositor may contest the seizure since the Beneficiary will no longer have an interest in the escrow asset. Unlike a typical dual trust with security purposes (*Sicherungsdoppeltreuhand*), the escrow asset is not sold to pay off debts (the Beneficiary has a primary interest in the escrow asset – performance function), meaning that creditors of the escrow agent cannot enforce their claims on any surplus

resulting from the sale of the escrow asset.

73. In an enforcement claim initiated by a creditor of the main parties concerning an escrow asset that has become part of an ownership escrow, both main parties and the escrow agent can, under German law, contest the seizure before the escrow condition occurs or fails, as all parties involved have an interest in preserving the security. Additionally, the escrow asset does not belong to the main parties; third-party creditors can only have the debtor's expectation right (*Anwartschaftsrecht*) seized. If the seizure takes place after the escrow condition has been fulfilled and is conducted by creditors of the Depositor, all parties involved in an alternative escrow can file a third-party objection against the seizure until actual delivery occurs, including the Depositor, as he is not released from his obligation to perform until successful delivery and thus has a vested interest in maintaining the security. However, in the case of a substitution escrow, he no longer has an interest in the security after the condition has been fulfilled. Creditors of the Beneficiary may seize the delivery claim after the condition has been met. If the condition is not fulfilled, only the Depositor's creditors may seize the claim for restitution of the escrow asset, while the escrow agent and the Depositor can contest enforcement actions taken by a creditor of the Beneficiary.

74. In Brazil, the enforcement claim concerning an escrow asset in an ownership escrow is handled differently. Due to the strict ownership concept of Brazilian law, seizure by creditors of the escrow agent cannot be contested before the transfer of ownership to the Entitled party is completed. As a preventive measure, the main parties can attach a condition to the disposition *in rem* to the escrow agent, ensuring that when the condition is met or fails, ownership of the escrow asset automatically passes to the Entitled party. In such a case, interim measures, such as seizures, become ineffective upon the occurrence of the condition. Beyond this arrangement, the main parties only have the option of utilizing a notarial escrow account—which, according to art. 7°-A, § 1° of Law Nr. 8,935/94, constitutes a separate estate of the notary—or replacing the seized asset in accordance with art. 805 CPC.

75. In Brazil, if creditors of the main parties seize the object of an ownership escrow before the escrow condition has been met or has failed, both the main parties and the escrow agent can contest the attachment. This is primarily because the escrow asset is owned by the escrow agent, not the main parties. Additionally, until that point, all parties have an interest in preserving the security. However, it is possible to seize the expectation right (*direito expectativo*), which either ceases to exist or strengthens into full ownership depending on whether the condition is fulfilled or not. Once the condition is met or not met, the creditors of the Entitled

party may seize the delivery claim without the escrow agent or the other main party being able to object. If the condition is met, the Depositor in a substitution escrow can no longer contest the seizure of the escrow asset by his own creditors, as he loses any interest in the escrow asset due to the fulfillment effect; however, in an alternative escrow, all parties involved may object to the attachment until actual delivery occurs. Conversely, if the condition does not materialize, only the escrow agent and the Depositor can contest the seizure by creditors of the Beneficiary.

K. Features of the M&A escrow

76. The M&A escrow (as defined in Chapter III) shall be classified in Germany as a proper multidirectional ownership escrow, and as a dual trust, which functions as an agency contract with characteristics of a contract for work (*Geschäftsbesorgung mit werkvertraglichem Charakter*). In Brazil, it shall be categorized as an improper multidirectional ownership escrow and must be regarded as an atypical dual fiduciary transaction. Consequently, any gaps in a Brazilian escrow agreement must be addressed by referring to market practices and by analogously applying the rules governing agency and custody contracts. In this arrangement, both the shares buyer and the shares seller act as Depositors and Beneficiaries.

77. Events arising out of the main transaction (i.e. the share purchase agreement) that are not included in the instructions only impact the M&A escrow in Germany if they pertain to the cancellation, inefficacy, or unwinding of the share purchase agreement. In such instances, the instructions, including multilateral instructions, can be revoked unilaterally. In Brazil, except for events related to it that are covered in the escrow instructions, M&A escrows are influenced solely by the inefficacy or termination of the share purchase agreement, then the escrow agent is obligated to return the escrow funds to the shares purchaser.

78. In situations of uncertainty, the M&A escrow is considered a substitution escrow. Therefore, the Depositor is released from his obligation in the main transaction as soon as the condition for delivery is met or does not materialize.

79. In Germany, a form requirement for the M&A escrow may arise if it is linked to other legal transactions that necessitate a specific form. For instance, if the sale involves shares in a limited liability company and an amendment to the purchase agreement is included in the escrow agreement, the M&A escrow must be notarized (§ 15(4) GmbHG). In Brazil, the M&A escrow must either be publicly notarized or executed as a written private document that complies with the requirements of art. 654, § 1°, CC and must be registered with the notary of the registry of deeds, in accordance with art. 288 CC and art. 129, inc. 9°, of Law Nr. 6.015/73, to

ensure that the assignment of the delivery claim is effective against third parties.

80. In principle, the shares purchaser can unilaterally revoke instructions before depositing the escrow asset with the escrow agent, and the Entitled party can also do so after the condition has either materialized or failed to materialize, as these instructions only concern the interests of the respective main party. Between the deposit and the occurrence or non-occurrence of the condition, instructions and their revocation must be issued multilaterally. However, an exception applies under German law in accordance with § 60(3) BeurkG: in cases of cancellation, inefficacy, or unwinding of the share purchase agreement, multilateral instructions may be revoked unilaterally. This exception holds little practical significance in the context of M&A escrow, as the legal consequence would result in the escrow agent withholding the release of the escrow funds, which would occur anyway if joint instructions are not provided.

81. While the retention of the purchase price in an M&A escrow aims to settle mutual claims between the main parties arising from the share purchase agreement, the shares purchaser cannot assert these claims before depositing the escrow asset with the escrow agent to reduce or delay the deposit. Instead, such claims should be settled after the deposit using the mechanism of the escrow account.

82. In the case of an M&A escrow, the rules governing the distribution of the yields generated during the interim phase should be determined by interpreting the share purchase agreement rather than the escrow agreement. This approach is based on the establishment of the joint instruction as a condition for delivery. Consequently, the M&A escrow typically does not include provisions regarding the retroactive effects of the condition concerning the distribution of yields. In the event of a lawsuit aimed at compelling the other main party to issue a joint instruction, the court must ascertain, based on the share purchase agreement, when ownership of the yields transfers to the other main party. When determining the timing of this transfer, it is important to recognize that the seller's demand for payment of the purchase price, the purchaser's demand for reimbursement of any excess price paid (in a price reduction claim), and the seller's request to deposit the escrow funds with the escrow agent may not necessarily occur simultaneously. Additionally, indemnity and warranty claims may have further prerequisites, such as notice periods and other deadlines. Thus, the yields would reasonably shift to the other main party when such claims become due.

APÊNDICE 1 / ANHANG 1

Contratos escrow na área de crédito extraídos dos processos judiciais publicamente acessíveis abaixo (anonimizados):

- Execução de título extrajudicial n. 1042149-87.2020.8.26.0100, 13ª vara cível do Foro Central da comarca de São Paulo;
- Execução de título extrajudicial n. 1058840-45.2021.8.26.0100, 18ª vara cível do Foro Central da comarca de São Paulo.

Escrow-Verträge im Kreditwesen. Auszüge der öffentlichen Akte der untenstehenden Gerichtsverfahren (teilweise geschwärzt):

- Vollstreckungsklage Nr. 1042149-87.2020.8.26.0100, Landgericht von São Paulo, 13er Gerichtsbezirk für Zivilsachen des zentralen Gerichts;
- Vollstreckungsklage Nr. 1058840-45.2021.8.26.0100, Landgericht von São Paulo, 18er Gerichtsbezirk für Zivilsachen des zentralen Gerichts.

Contrato de Abertura de Conta-Corrente Vinculada

[redacted]

Pelo presente instrumento particular, de um lado:

CONTRATANTE: A Pessoa Jurídica indicada e qualificada, representada na Ficha Cadastral de Abertura de Conta-Depósito e Cadastro – Pessoa Jurídica "Ficha Proposta – PJ", denominados simplesmente ("Correntista") que vier a aderir a este Contrato, mediante assinatura e aprovação da respectiva Ficha Proposta - PJ.

E de outro lado:

CONTRATADO: o Banco [redacted] instituição financeira, com sede na Cidade de [redacted] inscrito no CNPJ/MF sob o [redacted] doravante denominado simplesmente [redacted]

Doravante denominados em conjunto "Partes" ou individualmente "Parte".

INTERVENIENTE ANUENTE: Banco [redacted] instituição financeira, com sede na Cidade [redacted] inscrito no CNPJ/MF sob [redacted] na qualidade de Custodiante do [redacted], inscrito no CNPJ/MF sob [redacted] ("Interveniente Anuente").

ANUENTE: [redacted] sociedade, com sede na Cidade [redacted] inscrito no CNPJ/MF [redacted] neste ato representado por seu representante legal ("Anuente").

CONSIDERANDO QUE:

a) O Correntista é cedente de direitos creditórios ao FUNDO, nos termos do contrato de cessão, sendo tais direitos creditórios representados nos termos do regulamento do FUNDO ("Cessão de Direitos Creditórios");

b) Em razão da natureza da prestação de serviços ou fornecimento de bens pelo Correntista e estrutura do FUNDO como forma de garantir a liquidação da Cessão de Direitos Creditórios, existe a necessidade da abertura de conta depósito em instituição financeira, para que esta retenha e transfira ao FUNDO e ao Correntista os valores referentes à liquidação de todos os direitos creditórios

[redacted]

pagos pelos respectivos devedores, a qual somente poderá ser movimentada por ordem do Interveniente Anuente em nome do FUNDO;

c) O Anuente concorda em arcar com a remuneração do Banco [redacted] nos termos do da Cláusula Oitava abaixo;

d) O Correntista deseja que o Banco [redacted] preste os serviços descritos no presente Contrato e o Banco [redacted] deseja prestá-los, mediante determinada remuneração;

ISTO POSTO, em consideração às mútuas avenças contidas neste instrumento, as Partes e o Interveniente Anuente concordam mutuamente em celebrar este Contrato de Abertura de Conta-Corrente Vinculada ("Contrato"), que será regido pelos seguintes termos e condições:

Cláusula Primeira - Da Finalidade do Contrato

1.1. Serão regidas por este Contrato e pelas disposições emanadas pelo Banco Central do Brasil ("BACEN") e demais disposições legais pertinentes à matéria, vigentes ou que venham a ser editadas sobre a abertura, a manutenção, a centralização, divisão e movimentação dos recursos da conta depósito à vista ("Conta-Corrente Vinculada"), a qual registrará créditos e débitos que sejam exigíveis à vista, todas ligadas à Conta-Corrente Vinculada, observadas as instruções do Interveniente Anuente e os itens 1.2 e 1.3 abaixo.

1.2. Exceto os créditos oriundos a eventuais garantias acessórias aos direitos creditórios cedidos, não se submetem a este Contrato as operações que não se vinculem à Conta-Corrente Vinculada, bem como créditos e débitos relativos a depósitos a prazo e a todos aqueles que não sejam exigíveis à vista.

1.3. As Partes, o Interveniente Anuente e o Anuente reconhecem e concordam que a Conta-Corrente Vinculada foi aberta exclusivamente para utilização nos fins descritos neste Contrato e para nenhum outro fim, ou seja, acolherá créditos vinculados nos termos do item "B" do considerando acima, e realizará débitos ou transferências mediante orientação do Interveniente Anuente.

1.4. O Interveniente Anuente e/ou Correntista deverão encaminhar ao Banco [redacted] a relação das Cessões de Direitos Creditórios contendo a indicação dos valores, datas de emissão, vencimentos, dados dos devedores, bem como todas e quaisquer informações que o Banco [redacted] necessite, inclusive na forma e condições por este estipulada, para suprir a identificação de origem dos créditos nos termos do item "B" do considerando acima.

Cláusula Segunda - Da Adesão ao Contrato

2.1. A adesão a este Contrato será realizada por qualquer dos meios admitidos em direito, em especial por meio de aceitação pelo Banco [redacted] da Ficha Proposta – PJ,

preenchida pelo Correntista, depois de devidamente analisada, e, ainda aceitação dos termos aqui consignados pelo Correntista e pelo Interveniente Anuente.

2.2. O Correntista se compromete a comunicar formalmente ao Banco [redacted] toda e qualquer alteração das informações cadastrais por ele prestadas no momento do preenchimento da Ficha Proposta – PJ e deste Contrato, principalmente as referentes à endereço, procuração, administradores, poderes de seus representantes e situação fiscal e patrimonial, sob pena de se responsabilizar por tal omissão.

2.3. A utilização de outros produtos e serviços, vinculados ou não à Conta-Corrente Vinculada, eventualmente disponibilizados pelo Banco [redacted] dependerá obrigatoriamente, do cumprimento pelo Correntista, dos requisitos exigidos para cada produto e serviço.

Cláusula Terceira - Da Abertura da Conta-Corrente Vinculada

3.1. Com a adesão a esse Contrato, o Banco [redacted] abrirá e manterá em seus sistemas Conta-Corrente Vinculada em nome do Correntista, utilizando-se, para tanto, dos dados cadastrais constantes da Ficha Proposta – PJ, de acordo com os comprovantes entregues pelo Correntista, conforme exigido pela regulamentação aplicável à Conta-Corrente Vinculada. A escrituração da conta será realizada pela agência do Banco [redacted]

3.2. A Conta-Corrente Vinculada acolherá o depósito dos recursos conforme cláusula primeira acima, nos termos aqui mencionados, sob as condições deste Contrato. Desde que instruído pelo Interveniente Anuente, o Banco [redacted] executará a transferências dos recursos depositados na Conta Vinculada para as Contas-Correntes de livre movimentação do FUNDO e conforme o caso do Correntista ("Conta Livre"), indicadas no Anexo I deste presente Contrato, que receberão os valores liberados da Conta-Corrente Vinculada.

3.3. O Interveniente Anuente de forma irretratável e irrevogável será o responsável por instruir o Banco [redacted] sobre a manutenção, centralização, divisão e movimentação dos recursos da Conta-Corrente Vinculada ("Instruções de Movimentação").

3.4. As partes reconhecem que poderão ocorrer, durante o prazo de vigência deste Contrato, alterações nos sistemas de Contas-Correntes Vinculadas do Banco [redacted] o que, eventualmente, poderá modificar a numeração da Conta-Corrente Vinculada ou das agências às quais estas pertencem, devendo, contudo, tais alterações serem comunicadas ao Interveniente Anuente e ao Correntista com antecedência. Nestas hipóteses, fica certo e ajustado, desde já, que modificações sistêmicas desta natureza, não descaracterizarão os conceitos de Conta-Corrente Vinculada aqui explicitados, aplicando-se a estas novas contas, todos os termos e disposições deste Contrato.

3.5. O Correntista e o Anuente autorizam o Banco [redacted] a fornecer seu nome, endereço, telefone, e CPF/CNPJ às empresas que integram o Conglomerado Banco

[redacted] e as empresas coligadas, com a finalidade deste(s) receber(em) informações sobre produtos e serviços comercializados no âmbito das referidas empresas, ainda, realizar a(s) consulta(s) que julgar necessárias aos órgãos de proteção ao crédito e ao Sistema Central de Risco do BACEN, bem como quaisquer consultas sobre endividamento e/ou responsabilidades em operações de crédito.

3.5.1. As autorizações de que tratam o item acima, poderão ser revogadas a qualquer momento, mediante solicitação por escrito.

3.6. No caso de criação ou extinção de agência, e ainda, a pedido do Correntista, fica o Banco [redacted] autorizado a transferir para outra agência, além do saldo da Conta-Corrente Vinculada, os débitos programados, se houver.

3.7. Várias Contas-Correntes Vinculadas poderão ser abertas para um mesmo correntista. Nesse caso, o registro e contabilização de operações em cada uma dessas Contas-Correntes Vinculadas serão realizados de forma segregada e independente.

Cláusula Quarta - Da Movimentação da Conta-Corrente Vinculada

4.1. O Banco [redacted] movimentará a Conta-Corrente Vinculada, nos termos deste Contrato e conforme Instruções de Movimentação do Interveniente Anuente, nela efetuando lançamentos a débito.

4.1.1. Sobre os valores depositados não incidirá remuneração de qualquer natureza.

4.2. As Instruções de Movimentação far-se-ão exclusivamente, por meios eletrônicos disponíveis ou que venham a ser disponibilizados ou por qualquer outra forma não proibida em lei.

4.2.1. Sem prejuízo ao disposto no item 15.6 abaixo, a transmissão das Instruções de Movimentação por meio de fac-símile ou digitalização deverá observar as seguintes condições:

(a) as instruções transmitidas por fac-símile somente serão consideradas como válidas, para os fins da prestação dos serviços objeto do Contrato, quando transmitidas para o número [redacted]

(b) os documentos digitalizados devem ser enviados para o e-mail [redacted]

(c) observados os horários estabelecidos no item 9.3, o Interveniente Anuente deverá transmitir ao Banco [redacted] documento devidamente assinado pelo(s) representante(s) legal(is), Administrador(es) ou procurador(es), por ele indicados, informando todos os detalhes necessários para o cumprimento das Instruções de Movimentação;

[redacted]

(d)o Banco [redacted] confirmará, por telefone ou meio eletrônico, estabelecido de comum acordo com o Interveniente Anuente, todos os detalhes da Instrução de Movimentação a ser executada.

4.2.2. O Banco [redacted] não se responsabiliza por eventuais prejuízos decorrentes de Instruções de Movimentação incorretas, imprecisas ou intempestivas.

4.2.3. O Interveniente Anuente será o único responsável pela análise, conciliação e divisão dos valores a serem transferidos exclusivamente para a Conta Livre do FUNDO ou do Correntista.

4.2.4. O Banco [redacted] não se responsabilizará, em hipótese alguma, pela liquidação ou solvência dos direitos creditórios, pela impossibilidade de, por qualquer motivo alheio a sua vontade, de proceder à transferência dos respectivos valores ao FUNDO ou ao Correntista.

4.3. Na Conta-Corrente Vinculada serão lançados a crédito todos os valores decorrentes dos pagamentos que tenham sido objeto de Cessão de Direitos Creditórios ao FUNDO pagos pelos respectivos devedores em decorrência do fornecimento de bens ou da prestação de serviços prestados pelo Correntista.

4.3.1. Fica entendido que a Conta-Corrente Vinculada não permite a movimentação por cheques, cartões magnéticos, bem como não permitirá saques de qualquer gênero em terminais de autoatendimento ou agências.

4.3.2. O Correntista autoriza expressamente o Banco [redacted], desde logo, de forma irrevogável e irretratável, a informar e fornecer ao Interveniente Anuente e ao Anuente, os extratos bancários da Conta Corrente Vinculada, bem como, acesso eletrônico as informações desta, ou seja, aqueles previstos no item 4.7. abaixo, reconhecendo que este procedimento não constitui infração às regras que disciplinam o sigilo bancário, tendo em vista o escopo dos serviços prestados segundo este Contrato.

4.4. A Conta-Corrente Vinculada deverá manter saldo mínimo equivalente ao valor mensal de manutenção nos termos do item 8.1.

4.5. Na Conta-Corrente Vinculada serão lançados a débito, observado a Instrução de Movimentação do Interveniente Anuente, ordens de pagamento em favor do FUNDO e ao próprio Correntista para as Contas Livres informadas no Anexo I do presente contrato.

4.5.1. Os mandatos, autorizações ou instruções, por instrumento público ou particular, referente às Instruções de Movimentação, recebidas pelo Banco [redacted], somente serão consideradas revogadas ou canceladas, para todos os efeitos, a partir do recebimento de comunicação escrita nesse sentido, sendo que

[redacted]

tal revogação somente produzirá efeitos após a confirmação pelo Banco [redacted] do recebimento de comunicação enviada pelo Interveniente Anuente.

4.6. O Correntista e o Interveniente Anuente autorizam o Banco [redacted] a realizar estornos na Conta Corrente Vinculada necessários para corrigir lançamentos indevidos, decorrentes de erros operacionais de qualquer modalidade, ou compensação de valores.

4.7. O acesso do Interveniente Anuente e do Anuente as informações da Conta-Corrente Vinculada dar-se-á pela solicitação por escrito em formulário próprio para a impressão de extratos ou por meio eletrônico, mediante a utilização de senha, constituída de um código pessoal e secreto cadastrado junto ao Banco [redacted] exclusivamente pelo Interveniente Anuente e pelo Anuente. Ao Anuente será permitido o acesso a Conta-Corrente Vinculada apenas para consulta de informações.

4.7.1. A senha é de uso pessoal e intransferível.

4.7.2. O Correntista e o Interveniente Anuente autorizam o Banco [redacted] a executar quaisquer operações solicitadas por meio eletrônico, com o uso de senha ou por fax, reconhecendo, desde já, para todos os efeitos legais, como válidas e verdadeiras as operações assim realizadas.

4.7.3. O Banco [redacted] não se responsabiliza por eventuais prejuízos decorrentes da quebra de sigilo, pelo Interveniente Anuente, das senhas eletrônicas.

4.8. É vedado ao Banco [redacted] cumprir qualquer instrução, que não as previstas no presente Contrato, estando vedado o cumprimento de qualquer instrução realizada de forma isolada pelo Correntista ou por qualquer outra pessoa física ou jurídica atuando em seu nome, somente sendo válidas perante o Banco [redacted] as instruções que partirem do Interveniente Anuente e na forma disposta no presente Contrato.

4.8.1. O Correntista e o Interveniente Anuente isentam o Banco [redacted] de qualquer responsabilidade caso, por força de ordem judicial, os recursos existentes na Conta Vinculada sejam penhorados, arrestados e/ou bloqueados, cabendo ao Banco [redacted] comunicar imediatamente ao Correntista e ao Interveniente Anuente qualquer notificação ou intimação que receba de autoridade financeira ou judiciária para prestar informações sobre a existência de ativos de titularidade do Correntista, esclarecendo os motivos da consulta que lhe foi dirigida, bem como alertando o Correntista e o Interveniente Anuente sobre qualquer procedimento administrativo ou judicial que possa constringir os Recursos depositados na Conta Vinculada, tais como, mas não se limitando a, penhora judicial, arresto, sequestro ou decisão de indisponibilidade dos direitos creditórios, cujo pagamento se dê através da Conta-Corrente Vinculada.

5.1. Não serão acatadas quaisquer Instruções de Movimentação que acarrete débitos em Conta-Corrente Vinculada quando o saldo disponível em Conta-Corrente Vinculada não for suficiente para suportar o referido débito. Por saldo disponível entende-se o saldo credor em Conta-Corrente Vinculada.

Cláusula Sexta - Compensação Recíproca de Créditos e Débitos

6.1. Os lançamentos a crédito e a débito na Conta-Corrente Vinculada compensar-se-ão reciprocamente, a todo tempo. A compensação, uma vez acontecida, extinguirá os créditos e débitos do Correntista perante o Banco [redacted] até a respectiva concorrência dos valores.

6.2. Dentre os valores lançados em Conta-Corrente Vinculada compensar-se-ão prioritariamente os lançamentos efetuados há mais tempo.

Cláusula Sétima - Prestação de Contas

7.1. O Banco [redacted] disponibilizará ao Anuente e ao Correntista mensalmente, extrato das movimentações registradas na Conta-Corrente Vinculada. O Banco [redacted] poderá enviar tais extratos ao endereço indicado pelo Correntista na Ficha – Proposta PJ, ou caso esse assim o prefira terá direito a dois extratos mensais, de forma gratuita.

7.2. O Banco [redacted] informará ao Correntista, ao Interveniente Anuente e ao Anuente as gratuidades, os pacotes de tarifas, as tabelas de serviços padronizados, incluindo tarifas, fatos geradores, canais de entrega e siglas nos extratos, em locais e formato visíveis ao público em sua sede e agência, ou por qualquer outro meio posteriormente disponibilizado pelo Banco [redacted], de forma que o Correntista, o Interveniente Anuente e o Anuente tenham plena ciência do custo que irá suportar por efetivar o serviço pretendido.

Cláusula Oitava – Remuneração

8.1. Pela prestação dos serviços objeto do presente Contrato, com a concordância do Correntista, o Anuente, nos termos do Anexo IV do presente Contrato se compromete a pagar ao Banco [redacted] à quantia de R$ [redacted] a ser quitada até o 5º dia útil do mês subsequente a primeira movimentação do Correntista. Os valores aqui fixados em reais serão corrigidos após o período de 12 meses do início do serviço, pelo índice IGP-M positivo acumulado no ano anterior.

8.1.1. As Partes, Interveniente Anuente e Anuente acordam e estabelecem de forma irrevogável e irretratável que o Interveniente Anuente não poderá acatar, a qualquer tempo, instruções do Anuente para que seja debitado da Conta Corrente Vinculada o reembolso de quaisquer pagamentos efetuados nos termos desta cláusula oitava.

8.2. Observadas as disposições do item 8.1 acima, todos os pagamentos resultantes do presente Contrato deverão ser feitos à vista, em moeda corrente nacional, líquidos de deduções e retenções fiscais de qualquer natureza, incluindo-se quaisquer outros impostos que porventura venham a incidir sobre as operações da espécie, bem como quaisquer majorações das alíquotas dos tributos já existentes.

Cláusula Nona - Dos Horários Das Operações

9.1. O Correntista e o Interveniente Anuente aceitam como legítima as operações realizadas em dias não úteis, bem como aquelas transações, realizadas e ainda pendentes de processamento.

9.2. O Correntista e o Interveniente Anuente ficam cientes da impossibilidade de cancelamento da operação, após a sua confirmação, nas transações de agendamento de pagamento que impliquem lançamentos imediatos na Conta Livre.

9.3. Os recursos depositados na Conta-Corrente Vinculada serão transferidos para Conta Livre do Correntista ou do FUNDO, conforme o caso, no mesmo dia, desde que as Instruções do Interveniente Anuente ocorram até as 16h45min do mesmo dia, sendo que após esse horário a transferência será realizada no próximo dia útil.

9.4. O Correntista e o Interveniente Anuente concordam expressamente que todas as liberações por parte do Banco [redacted], executadas nos termos previstos deste Contrato, serão efetuadas, nos maiores prazos e/ou limites máximos de horário previstos ou permitidos pela legislação e regulamentação pertinente, especialmente aquelas do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

Cláusula Décima – Do Prazo do Contrato

10.1. Salvo o disposto no item 10.2 abaixo, o presente Contrato vigerá a partir da presente data e permanecerá em vigor até que as obrigações do Correntistas para com o FUNDO nos termos do contrato de cessão. Para tanto, o Interveniente Anuente deverá notificar o Banco [redacted], por escrito, do cumprimento das obrigações do Correntista.

10.2. Constituem motivos justos para a rescisão imediata deste Contrato, independentemente de qualquer aviso ou notificação prévia:

(i) se qualquer das Partes tiver legitimamente requerida a sua falência, insolvência, entrar em processo de recuperação judicial ou recuperação extrajudicial ou liquidação/intervenção; e

(ii) se qualquer uma das Partes ou o interveniente Anuente infringir qualquer cláusula do presente Contrato ou deixar de cumprir pontual e/ou integralmente qualquer obrigação aqui assumida.

[redacted]

11.1. O Correntista e o Anuente, nos termos do Anexo IV, concordam expressamente que o Banco [redacted] debite na conta corrente de titularidade do Anuente, conforme mencionada na Cláusula Oitava o valor correspondente a todas as tarifas devidas nos termos da legislação vigente.

11.2. Será debitado na Conta Corrente Vinculada o valor correspondente a todas as transferências de recurso cursadas.

11.3. O Banco [redacted] creditará em Conta Corrente Vinculada os valores correspondentes às ordens de pagamento emitidas em benefício do Correntista, imediatamente após tê-los recebido.

Cláusula Décima Segunda - Procuração Irrevogável

12.1. O Correntista está ciente dos riscos da movimentação da Conta-Corrente Vinculada pelo Interveniente Anuente e isenta o Banco [redacted] de quaisquer movimentações indevidas.

12.2. O Correntista, por sua conta e risco, outorga ao Interveniente Anuente procuração com fins específicos, nos termos do Anexo III do presente Contrato que, rubricado pelas Partes e pelo Interveniente Anuente, integra inseparavelmente o presente Contrato.

12.3. Para o pleno exercício das funções objeto do presente Contrato, sobretudo no que diz respeito à defesa dos interesses dos outorgantes, o Correntista constitui seu bastante procurador o Banco [redacted], na qualidade de Interveniente Anuente para que, respeitadas as cláusulas e condições estabelecidas neste Contrato, efetue bloqueios ou desbloqueios na Conta-Corrente Vinculada, quando for o caso.

Cláusula Décima Terceira - Declarações e Garantias em favor do Banco [redacted]

13.1. Para que o Banco [redacted] possa agir nos termos deste Contrato, o Correntista e o Interveniente Anuente acordam, outrossim, que:

a) O Banco [redacted] estará obrigado a conferir aos recursos depositados na Conta-Corrente Vinculada, mantida junto a ele nos termos deste Contrato, o mesmo grau de diligência que confere a seus próprios bens similares e não estará obrigado a investir quaisquer recursos retidos ou administrados nos termos deste Contrato, exceto conforme previsto neste Contrato.

b) Este Contrato estabelece expressamente todos os deveres do Banco [redacted] com respeito a todas e quaisquer questões pertinentes ao presente Contrato. Este Contrato não estabelece nenhum dever ou obrigação adicional ao Banco [redacted]

c) O Correntista e o Interveniente Anuente indenizarão e isentarão o Banco [redacted] contra todos e quaisquer prejuízos comprovados decorrentes e

associados a este Contrato, exceto nos casos de culpa comprovada ou dolo do Banco [redacted] e com respeito a pedidos de indenização baseados em tal culpa ou dolo decididos contra o Banco [redacted].

d) O Banco [redacted] não tem e não terá qualquer interesse nos recursos depositados na Conta-Corrente Vinculada, e está agindo apenas como depositário tendo apenas a posse dos mesmos.

e) O Banco [redacted] não realizará declaração quanto à validade, valor, autenticidade ou possibilidade de cobrança das Cessões de Direitos Creditórios e quaisquer garantias ou outros documentos ou instrumentos mantido por ele ou a ele entregue.

f) O Banco [redacted] pelo presente Contrato está autorizado a obedecer e cumprir todos os mandados, ordens, sentenças ou decretos emitidos por qualquer juízo ou órgão administrativo que afetem qualquer importância em dinheiro, documentos ou coisas mantidos pelo Banco [redacted]. O Banco [redacted] não será responsável perante quaisquer terceiros, Correntista, Interveniente Anuente, seus sucessores, herdeiros ou representantes pessoais em razão do cumprimento razoável pelo Banco [redacted] dos mandatos a ele outorgados, ordens, sentenças ou decretos, não obstante que tal mandado, ordem, sentença ou decreto seja posteriormente revertido, modificado, revogado ou abandonado.

g) O Banco F[redacted]e qualquer sucessor do Banco [redacted]) poderá a qualquer época se demitir de tal função mediante entrega dos recursos depositados na Conta-Corrente Vinculada a qualquer Banco sucessor designado pelo Correntista por escrito, com anuência do Interveniente Anuente caso em que o Banco [redacted] ficará liberado de todas e quaisquer obrigações adicionais decorrentes deste Contrato. O pedido de demissão do Banco [redacted] entrará em vigor (a) quando da nomeação de um sucessor, ou (b) no trigésimo dia após a data de entrega de sua notificação escrita de demissão ao Correntista e o Interveniente Anuente, o que ocorrer primeiro. Se em tal ocasião o Banco [redacted] não tiver recebido a designação de um banco sucessor, a única responsabilidade do Banco [redacted] após tal ocasião será a de proteger as quantias depositadas na Conta-Corrente Vinculada até o recebimento de tal designação de banco sucessor ou de instruções escritas de um representante legal dos credores.

h) Nenhum material impresso ou outro em qualquer idioma (inclusive, dentre outros, prospectos, avisos, relatórios e material promocional) que mencione o nome do Banco [redacted] ou os direitos, poderes ou deveres do Banco [redacted] será emitido ao público pelo Correntista ou pelo Interveniente Anuente.

i) Fica o Banco [redacted] expressamente isento de toda e qualquer consulta ao Correntista, para efetuar as transferências de conformidade com as Instruções de Movimentação dadas pelo Interveniente Anuente, que serão, para todos os

efeitos de direito, consideradas como boas e irrepreensíveis, com o que desde já concorda o Correntista.

Cláusula Décima Quarta – Da obtenção da Trava de Domicílio Bancário

14.1. O Correntista será responsável pela obtenção da carta de anuência dos respectivos devedores das Cessões dos Direitos Creditórios, os quais, após ciência e "de acordo" por escrito, deverão efetuar o pagamento relativo à liquidação dos direitos creditórios na Conta-Corrente Vinculada ("Trava do Domicílio Bancário");

14.2. As Partes e o Interveniente Anuente e o Anuente desde já acordam que qualquer modificação do domicílio bancário do devedor somente ocorrerá após prévia consulta e obtenção de "de acordo" por escrito primeiro do Interveniente Anuente, e após, ciente do Banco [redacted].

14.3. Caberá ao Correntista instruir e/ou notificar os respectivos devedores dos direitos creditórios sobre as condições descritas no presente Contrato em especial as dos itens 14.1 e 14.2, acima.

Cláusula Décima Quinta - Disposições Gerais

15.1. Cada uma das Partes, o Interveniente Anuente e o Anuente obrigam-se a assinar todos os documentos e a praticar todos os atos que venham a ser razoavelmente exigidos ou convenientes ao cumprimento das disposições deste Contrato e à consecução das operações aqui previstas.

15.2. O presente Contrato, seus anexos, cartões de assinaturas, a Ficha Proposta – PJ e demais instrumentos referidos neste Contrato e os acordos, documentos e instrumentos a serem assinados e entregues nos termos dos mesmos constituem o acordo final, cabal e exclusivo entre as Partes, o Interveniente Anuente e o Anuente substituem todos os acordos, entendimentos e declarações anteriores, orais ou escritos a esse respeito e, ainda, não poderão ser contrariados por prova desse acordo, entendimento ou declaração anterior ou contemporâneo, oral ou escrito.

15.3. O presente Contrato e os direitos, avenças, condições e obrigações das Partes e do Interveniente Anuente, vincularão as Partes e o Interveniente Anuente e seus respectivos sucessores, cessionários e representantes legais.

15.4. Toda e qualquer alteração do presente Contrato e seus anexos somente terão validade se promovida de comum acordo entre as Partes, por meio de termo aditivo devidamente assinado pelas Partes, pelo Interveniente Anuente e pelo Anuente, com exceção das inclusões e exclusões das Contas Livres constantes do Anexo I, que serão admitidas como válidas mediante comunicação, por escrito, do Correntista ou conforme o caso do Interveniente Anuente, com o "de acordo" por escrito do Banco [redacted] conforme modelo previsto no Anexo II deste Contrato.

[redacted]

15.5. Na hipótese de qualquer disposição ou parte de qualquer disposição deste Contrato ser considerada nula, anulada ou inexequível por qualquer motivo, essa disposição será suprimida e não terá nenhuma força e efeito, permanecendo as demais disposições deste Contrato em pleno vigor e efeito, e, na medida do necessário, serão modificadas para preservar sua validade.

15.6. Todos os avisos, solicitações, ordens ou instruções cujo o procedimento não esteja definido neste Contrato, serão efetuadas por escrito; serão assinadas pelas pessoas responsáveis e serão consideradas suficientemente dadas somente se enviadas por carta registrada, com postagem paga antecipadamente, e aviso de recebimento solicitado, ou por fax, conforme endereçado da seguinte forma:

Se para o Correntista:
End.:
At.
Tel.:
Fax.:
E-mail:

Se para o Interveniente Anuente:
End.: [redacted]
At. [redacted]
Tel.: [redacted]
Fax.: [redacted]
E-mail: [redacted]

Se para o Anuente:
End: [redacted]
At: [redacted]
Tel: [redacted]
Fax:
E-mail: [redacted]

Se para o Banco [redacted]
End: [redacted]
At. [redacted]
Tel.: [redacted]
Fax.: [redacted]
E-mail: [redacted]

15.7. Todas e quaisquer notificações, instruções e comunicações nos termos deste Contrato serão válidas e consideradas entregues na data do recebimento das mesmas, desde que observados os meios indicados na cláusula 15.6 acima.

[redacted]

15.8. Qualquer alteração no endereço, número de fac-símile ou nome do departamento a quem é dirigida a notificação deverá ser informada à outra parte, por escrito, no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da sua ocorrência.

15.9. Cada Parte é inteiramente responsável pelo cumprimento e observância de todas as normas, regulamentos, estatutos, códigos, portarias e outros requisitos aplicáveis ao tipo de atividade desenvolvida por cada uma delas.

15.10. O Banco [redacted] informa o telefone da sua Ouvidoria, qual seja: [redacted] (atendimento em dias úteis, das 9h às 18h, horário de Brasília).

15.11. Fica eleito o foro da Comarca de [redacted] para dirimir possíveis e futuras dúvidas, que possam surgir na interpretação das cláusulas deste Contrato.

[redacted] 02 de Março de 2018.

CONTRATO DE ABERTURA E ADMINISTRAÇÃO DE CONTA VINCULADA MOVIMENTÁVEL POR TED –

, doravante denominado "Titular", "Cedente" e "Participante";

doravante denominado "Custodiante";

, doravante denominado "Grafeno";

, doravante denominado "Banco Depositário";

, doravante denominada "Consultoria".

DEFINIÇÕES:

Para facilitar a leitura, usamos certas palavras/termos com a primeira letra em maiúsculo. Sempre que isso ocorrer no Presente Contrato, nos Termos de Uso e na Política de Privacidade, você deve entender que essa palavra/termo tem o significado indicado abaixo:

"Aplicativo"	significa o aplicativo da Plataforma adaptado e desenvolvido para operação em navegador, telefone celular, tablet ou qualquer outro dispositivo móvel.
"Conta Grafeno"	significa a conta de acesso do Usuário à Plataforma.
"Conta Vinculada"	significa a conta de pagamento administrada nos termos deste Contrato
"Dados da Empresa"	são os dados relacionados a números de telefone comercial e celular, nome e CPF do(s) responsável(is) legal(is) do Participante, bem como a razão social, CNPJ, endereço da empresa.
"Dados Financeiros"	são os dados financeiros do Participante referentes as contas de destino para a liquidação financeira das movimentações e operações realizadas pelos Usuários conforme disponibilidades da Plataforma.
"Dados Pessoais"	significa qualquer dado disponibilizado pelo Usuário que, de alguma forma, o identifique, tais como, mas não se limitando a, nome completo, CPF, endereço, número de telefone e endereço de e-mail.
"Informações do Usuário"	significa, conjuntamente e conforme aplicável, os Dados Pessoais, os Dados Financeiros e os Dados da Empresa.
"Login"	tem o significado indicado no Termos de Uso.
"Parceiros"	são as instituições financeiras, correspondentes bancários, que mantenham uma relação comercial de parceria com a Grafeno.

[redacted]

"Participante"	significa a pessoa jurídica que tenha contratado os serviços prestados pela [redacted] e que utilize as funcionalidades da Plataforma mediante ordens emitidas pelos Usuários.
"Plataforma"	significa a plataforma eletrônica mantida pela [redacted]
"Política de Privacidade"	significa a política de privacidade que rege as disposições sobre a utilização dos dados coletados do Usuário pela [redacted] e que se encontra disponível na Plataforma
"Site"	significa o endereço eletrônico da Plataforma ou qualquer outro que vier a substituí-lo.
"Software"	significa o software de propriedade exclusiva da [redacted] por meio do qual serão copiados os Dados Pessoais, os Dados Financeiros e os Dados da Empresa, diretamente das plataformas de *internet banking* das instituições financeiras informadas pelo Usuário, bem como geridos e manejados todos os dados coletados, sempre de forma automatizada.
"Usuário"	significa uma pessoa física, pessoa jurídica, fundo de investimento ou qualquer outra entidade com plena capacidade de contratar, que acessa a Plataforma e realiza o seu cadastro de modo a usufruir as funcionalidades oferecidas pela Plataforma, aceitando expressamente os presentes Termos de Uso e a Política de Privacidade.

CONSIDERANDO QUE:

(i) o Titular é detentor de direitos creditórios contra terceiros ("Devedores") oriundos de operações diversas ("Direitos Creditórios") e, por meio de instrumento próprio, realizou a cessão da totalidade ou de parcela dos Direitos Creditórios ao Credor ("Cessão");

(ii) em razão da realização da Cessão, os Devedores serão, nos termos do Art. 290 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ("Código Civil"),cientificados pelos diversos meios disponíveis, a exemplo de instrução de pagamento, envio de boleto bancário e/ou outras formas de instruções de pagamento que direcionem fluxos de pagamento para a conta ora aberta, de que todos os

[redacted]

pagamentos referentes aos Direitos Creditórios deverão ser realizados na conta do Titular ("Notificação de Cessão"), aberta por meio da Plataforma [redacted] (conforme abaixo definido) e mantida no Banco Depositário, e administrada nos termos deste Contrato (conforme abaixo definido) ("Conta Vinculada");

(iii) a [redacted] atua como plataforma digital por meio da qual, além de permitir ao Titular a abertura de forma digital da Conta Vinculada, são utilizados sistemas eletrônicos de automação e inteligência artificial("Plataforma [redacted]") para prestar os serviços de monitoramento da Conta Vinculada, a exemplo, dentre outros, de (em conjunto os "Serviços de Monitoramento Eletrônico") (a) aceitar no sistema somente ordens e instruções que sejam escritas e que permitam a individualização e a realização de procedimentos de auditoria e rastreamento ("Ordens"), (b) verificar automaticamente se as Ordens foram imputadas no sistema por pessoas cadastradas e previamente autorizadas para realizá-las ("Usuários"), e (c) realizar retenções e bloqueios na Conta Vinculada após serem detectadas determinada atividades previamente parametrizadas na Plataforma [redacted];

(iv) o Banco Depositário é instituição financeira apta ao oferecimento de contas vinculadas aos seus clientes para fins de depósito e movimentação dos recursos financeiros recebidos por seus clientes, bem como tem acesso ao Sistema de Pagamentos Brasileiro ("SPB"), o que lhe proporciona o oferecimento de meios de pagamentos a seus clientes, por meio da transferência de recursos entre bancos e instituições financeiras, de forma a viabilizar o processamento e a liquidação de pagamentos de pessoas, empresas, fundos de investimento, governo, Banco Central e instituições financeiras;

(v) a Conta Vinculada é instituída livremente e de comum acordo pelas Partes para acolher os depósitos referentes ao pagamento dos Direitos Creditórios a serem feitos pelos Devedores, sendo tais valores mantidos em custódia pelo Banco Depositário e monitorados por meio da Plataforma [redacted], os quais serão liberados para o Credor ou para conta de livre movimentação do Titular, conforme procedimento de conciliação entre o montante recebido pelos Devedores e o valor referente aos Direitos Creditórios que constam na carteira do Credor, sujeito, ainda, caso o Credor seja um fundo de investimento ou entidade atuante no mercado de capitais brasileiro, ao cumprimento de requisitos especificados e verificados pelo Custodiante, nos termos do Art. 38 VII, "b" da Instrução CVM nº 356, de 17 de dezembro de 2001 ("Procedimento de Conciliação dos Direitos Creditórios");

[redacted]

(vi) a Consultoria atua na prestação dos serviços de consultoria de análise e seleção dos Direitos Creditórios e, em razão de ter conhecimento dos Direitos Creditórios que foram objeto de Cessão ao Credor, é a responsável por indicar por meio da Plataforma [redacted] quais recursos devem ser transferidos ao Credor ou à conta de livre movimentação do Titular, sendo certo que a referida indicação será validada pelo Credor no Procedimento de Conciliação dos Direitos Creditórios por meio da Plataforma [redacted]; e

(vii) o Custodiante presta os serviços de custódia ao Credor e, nos termos da legislação aplicável, é o responsável pela prestação dos serviços compreendidos no Procedimento de Conciliação dos Direitos Creditórios.

RESOLVEM as Partes celebrar o presente "*Contrato de Abertura e Administração de Conta Vinculada*" ("Contrato"), que será regido pelas disposições legais aplicáveis, bem como pelas seguintes cláusulas e condições:

1. OBJETO

1.1 O presente Contrato tem por objeto regular a prestação de serviços de abertura, administração e monitoramento da conta vinculada aberta na agência [redacted] **do Banco** [redacted] de titularidade do Titular ("Conta Vinculada"), por meio da Plataforma [redacted] conforme política e plano de controle de qualidade constantes do Anexo I deste Contrato.

1.2 O Banco Depositário será o responsável por receber em depósito os valores referentes aos Direitos Creditórios depositados pelos Devedores por meio dos diversos meios de pagamento existentes na Conta Vinculada. A [redacted] será responsável por desempenhar os Serviços de Monitoramento Eletrônico de todos e quaisquer valores creditados e disponíveis na Conta Vinculada para atendimento aos termos e as condições da Cessão ("Recursos").

1.3. O uso da Plataforma [redacted] está sujeito ao cumprimento integral dos termos e condições gerais de uso da Plataforma [redacted] bem como a Política de Privacidade da Plataforma [redacted] constantes no Anexo III deste Contrato.

2. OPERACIONALIZAÇÃO DA CONTA VINCULADA

2.1 Os Devedores deverão ser comunicados que todos os pagamentos relativos aos Direitos Creditórios deverão ser realizados na Conta Vinculada no momento da Cessão. A comunicação será promovida: (i) automaticamente, quando possível e previamente especificado pelo Titular ou Credor, de forma eletrônica por meio da Plataforma [redacted] em até 5 (cinco) dias úteis contados da data na qual a Cessão for inserida na Plataforma [redacted] ou (ii) manualmente, quando não for possível o seu envio automático por meio

[redacted]

da Plataforma [redacted] pelo Cedente, ou caso esta não o faça, pelo Credor, ou qualquer terceiro por ele indicado.

2.2 As Partes acordam que a administração da Conta Vinculada será realizada nos seguintes termos:

(i) o Credor realizará as Ordens específicas e individuais na Plataforma [redacted] por meio de "*Application Programming Interface*" (API) ou por outra forma de comunicação eletrônica aceita pelas Partes ("Comunicação Eletrônica"), para indicar (a) o montante individualizado correspondente a cada um dos Direitos Creditórios que foram objeto de Cessão ao Credor ("Recursos do Credor"); e (b) o montante correspondente aos Direitos Creditórios que não foram objeto de Cessão ao Credor e que são de titularidade do Cedente ("Recursos Livres");

(ii) a Comunicação Eletrônica realizada pelo Credor será imputada na Plataforma [redacted] pela Consultoria pelos seus Usuários ou pelos próprios Usuários devidamente habilitados pelo Credor;

(iii) o Credor realizará o Procedimento de Conciliação dos Direitos Creditórios e por meio dos seus Usuários aprovará, quando for o caso, na Plataforma [redacted] a Comunicação Eletrônica ("Ordem Aprovada");

(iv) a Ordem Aprovada será objeto dos procedimentos automaticamente realizados pelos Serviços de Monitoramento Eletrônico, sendo certo que, após a realização de tais procedimentos em caso de ordens erradas, imprecisas ou ambíguas:(A) a [redacted] poderá solicitar esclarecimentos ou complemento de informações com relação à Ordem Aprovada ao Credor, a qual deverá ser corrigida dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de cancelamento da Ordem Aprovada pela [redacted] (B)a Plataforma [redacted] automaticamente executará (a) a retransmissão da Ordem Aprovada para o Banco Depositário para que este realize a transferência dos Recursos do Credor para a conta de livre movimentação de titularidade do Credor, mantida também no Banco Depositário ou em outro Banco de sua preferência, conforme a Ordem Aprovada, ou (b) caso não exista na Plataforma [redacted] nenhuma restrição com relação ao Titular, a transferência dos Recursos Livres para a conta de livre movimentação de titularidade do Titular, mantida no Banco Depositário ou em outro Banco de sua preferência, conforme a Ordem Aprovada; e

(v) as transferências dos Recursos do Credor e dos Recursos Livres serão realizadas pelo Banco Depositário (a) para contas mantidas na Plataforma [redacted] no mesmo dia, desde que a solicitação seja feita e aprovada até às 16:00 horas; e (b) para contas mantidas fora na Plataforma [redacted] em até 1 (um) Dia Útil a contar da validação da Ordem Aprovada na Plataforma [redacted]

[redacted]

2.3 As Partes estabelecem que: (i) o Titular não está autorizado a dar qualquer Ordem de movimentação da Conta Vinculada na Plataforma [redacted] observado que os Recursos Livres poderão ser transferidos para o Titular em conta de sua titularidade mantida tanto dentro, quanto fora da Plataforma [redacted] (ii) as Comunicações Eletrônicas somente serão aceitas na Plataforma [redacted] caso realizadas com, no mínimo, 2 (dois) dias de antecedência; e (iii) o Titular terá acesso à visualização da conta através dos usuários listados no Anexo II, e poderá solicitar novos usuários através de seus representantes através de Comunicações Eletrônicas à Grafeno

2.4 As Partes reconhecem que todas as Ordens de movimentação da Conta Vinculada realizadas pelos seus Usuários previamente cadastrados na Plataforma [redacted] serão consideradas como válidas e eficazes para todos os fins legais e de direito.

2.5 As movimentações da Conta Vinculada serão feitas exclusivamente por meio de Transferência Eletrônica Disponível – TED, não sendo, por conseguinte, emitidos talonários de cheques para sua movimentação. As Ordens Aprovadas serão validadas no âmbito da Plataforma [redacted] no mesmo Dia Útil, caso recebidas até às 16h, ou no Dia Útil imediatamente posterior, caso recebidas após às 16h.

2.6 Os horários limites para realização de emissão e execução de ordens estabelecidos neste Contrato poderão ser alterados unilateralmente pela [redacted] desde que as alterações sejam comunicadas às Partes por meio de publicações realizadas na Plataforma [redacted]

2.7 A [redacted] se reserva no direito de bloquear, suspender e/ou excluir Usuários ou, ainda, cancelar Ordens que tenham sido feitas em desacordo com Termos de Uso da Plataforma [redacted] ou do presente Contrato.

2.8 As Partes acordam que a [redacted] poderá utilizar, por conta e ordem do Titular, os Recursos Livres, apurados após o Procedimento de Conciliação dos Direitos Creditórios, para pagamento ao Credor de parcelas referentes aos Direitos Creditórios cedidos e não pagas, até o limite do saldo devedor que o Titular possua com o Credor, em relação aos Direitos Creditórios cedidos.

2.9 As Partes declaram ter ciência e concordar que a Conta não poderá ser usada para operações, movimentações, receber depósitos e créditos estranhos a sua finalidade nos termos previstos neste Contrato e, caso sejam efetuados depósitos e créditos na Conta que não sejam aqueles antes mencionados, a [redacted] poderá proceder a devolução do montante à origem.

2.10 A [redacted] poderá notificar e alertar as Partes, o Titular e/ou o Credor sempre que valores forem efetivamente depositados na Conta Vinculada e não assumirá qualquer

responsabilidade decorrente da divergência entre o valor depositado na Conta Vinculada e o valor esperado e/ou pactuado entre as Partes.

3. OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES

3.1 Para cumprimento do disposto neste Contrato, a [redacted] e obriga a:

(i) realizar os procedimentos relativos aos Serviços de Monitoramento Eletrônico para validação das Ordens Aprovadas;

(ii) enviar as Ordens Aprovadas e validadas ao Banco Depositário para que este providencie a movimentação da Conta Vinculada de acordo os termos e condições estabelecidos neste Contrato; e

(iii) disponibilizar às demais Partes na Plataforma [redacted] os extratos analíticos mensais da Conta Vinculada, os quais serão reconhecidos como documentos hábeis para prestação de contas relativas ao presente Contrato.

3.2 O Banco Depositário se obriga nos termos deste Contrato:

(i) receber em depósito e manter em guarda todos os Recursos;

(ii) executar a movimentação da Conta Vinculada de acordo as Ordens Aprovadas e validadas pela [redacted] nos termos das Cláusulas 2.2 a 2.5 acima; e

(iii) permitir à [redacted] acesso às movimentações e extratos da Conta Vinculada para que esta possa cumprir com as suas obrigações aqui estabelecidas.

3.3 A [redacted] e o Banco Depositário não poderão ser responsabilizados por qualquer Ordem não atendida, cancelada (conforme disposto na Cláusula 2.7 acima) e/ou transferência não efetivada, se não tiverem sido atendidas plenamente as condições previstas neste Contrato, inclusive quanto à forma e prazo das solicitações, bem como quanto à existência de saldo disponível na Conta Vinculada. Ainda, somente serão objeto de indenização os danos e perdas que tenham sido diretamente causados pela Grafeno e/ou pelo Banco Depositário e limitado ao montante total das remunerações recebidas pela [redacted] e/ou pelo Banco Depositário no âmbito deste Contrato.

3.4 Sem prejuízo da Conta Vinculada consistir em conta aberta com o propósito de receber valores relativos a Cessão realizada entre o Titular e o Credor, acolhendo Recursos que, como regra, não deveriam ser penhorados, bloqueados ou arrestados por dívidas do Titular, na hipótese de penhora, arresto ou bloqueio de Recursos por força de determinação judicial, as Partes serão informadas por meio da Plataforma [redacted] do recebimento da respectiva notificação ou intimação, desde que preservado o sigilo

bancário, sendo certo que o Banco Depositário e/ou a [redacted] não serão responsabilizados sob qualquer aspecto pelo cumprimento de tal ordem.

3.5 As Partes desde já reconhecem, para todos os fins, que a prestação dos serviços de administração da Conta Vinculada será exclusivamente realizada conforme instruções recebidas das Partes competentes por meio de Comunicação Eletrônica, não sendo exigido da [redacted] e do Banco Depositário qualquer análise ou interpretação dos termos e condições de qualquer instrumento contratual celebrado entre as Partes ou relativo à Cessão.

3.6 O Credor e o Cedente outorgarão automaticamente à [redacted] e ao Banco Depositário a mais rasa, completa, irrevogável e irretratável quitação com relação a cada Ordem realizada no âmbito da Plataforma [redacted] com relação à administração dos Recursos e da Conta Vinculada.

3.7 As Partes reconhecem que é da essência deste Contrato a realização pelo Credor dos Procedimentos de Conciliação dos Direitos Creditórios de acordo com os termos e condições dos instrumentos celebrados entre o Credor e o Cedente, com relação a todas as Comunicações Eletrônicas realizadas na Plataforma [redacted]

3.8 Para o cumprimento do disposto neste Contrato, o Cedente se obriga a:

(i) manter aberta e operacional a Conta Vinculada durante o prazo de vigência deste Contrato; e

(ii) responsabilizar-se pelo pagamento de quaisquer tributos e contribuições exigidos ou que vierem a ser exigidos em decorrência do cumprimento deste Contrato e/ou da movimentação de Recursos na Conta Vinculada.

3.9 O Titular autoriza expressamente a [redacted] e o Banco Depositário, de forma irrevogável e irretratável, a informar e fornecer ao Credor, ao Cedente e à Consultoria os extratos bancários da Conta Vinculada, bem como permitir o acesso do Credor, do Cedente e da Consultoria à Conta Vinculada por meio da Plataforma [redacted] por intermédio da senha da conta e código de acesso, para consulta dos extratos de movimentação da Conta Vinculada, reconhecendo que estes procedimentos não constituem infração às regras que disciplinam o sigilo bancário, tendo em vista o escopo dos serviços prestados segundo nos termos deste Contrato.

3.10 O Titular autoriza o Banco Depositário a acatar as Ordens Aprovadas recebidas na Plataforma [redacted] de forma irrevogável e irretratável, para a realização da movimentação da Conta Vinculada, desde que as Ordens Aprovadas tenham sido previamente validadas pela [redacted] por meio dos procedimentos realizados no âmbito dos Serviços de Monitoramento Eletrônico e estejam de acordo com o disposto neste Contrato.

[redacted]

3.11 O Titular reconhece, expressamente, que os Recursos mantidos na Conta Vinculada são decorrentes de depósitos realizados pelos Devedores, conforme instrução constante da Notificação de Cessão, de modo que a administração da Conta Vinculada deve ser interpretada no contexto da operação de Cessão.

3.12 As partes desde já reconhecem, para todos os fins, que a prestação dos serviços pelo Banco Depositário está exaustivamente contemplada neste Instrumento, não sendo exigido do Banco Depositário qualquer análise ou interpretação dos termos e condições dos contratos que regulem a cessão dos Direitos Creditórios.

3.13 Em nenhuma circunstância a [redacted] será considerada agente fiduciário de qualquer Parte deste Contrato ou de qualquer outra pessoa ou entidade. A [redacted] não terá nenhuma responsabilidade, nem a obrigação de conhecer ou cumprir quaisquer outros contratos, instrumentos ou documentos assinados entre as Partes com relação ao presente. Também não se exigirá que a [redacted] determine se qualquer Parte, pessoa ou entidade está cumprindo os supramencionados contratos.

3.14 A [redacted] não será responsável perante qualquer Parte, qualquer beneficiário ou outra pessoa por deixar de agir de acordo com qualquer instrução que estabeleça, reivindique, contenha ou conteste ou se relacione à transferência ou distribuição de valores ou de qualquer numerário presente na Conta Vinculada. A [redacted] não terá nenhuma obrigação de examinar ou investigar a validade, exatidão, veracidade ou o conteúdo da Ordem ou de qualquer documento, instrução ou solicitação recebida.

3.15 As Partes concordam expressamente que a [redacted] não será responsabilizada nos termos deste Contrato por quaisquer perdas e danos, prejuízo ou despesa incorrida por qualquer uma das Partes, exceto se uma sentença final transitada em julgado, proferida por juízo competente, determinar que tal perda, dano, prejuízo ou despesa foi causada por culpa grave, dolo ou má-fé por parte da [redacted] Fica desde já acordado entre as Partes que a [redacted] não será, em hipótese alguma, responsável pelo pagamento de quaisquer danos indiretos ou lucros cessantes.

3.16 Pessoas que não são partes contratantes deste Contrato não têm o direito de fazer valer os termos do mesmo nem terão qualquer pretensão em relação aos valores presentes na Conta Vinculada ou a Ordens realizadas na Plataforma [redacted]

4. PROCURAÇÃO

4.1 Observado o disposto na Cláusula 2.2 acima, o Titular, de forma irrevogável e irretratável, nomeia e constitui o Credor e a [redacted] como seus legítimos e bastantes procuradores, nos termos do Art. 684 do Código Civil, conferindo-lhes poderes especiais para a finalidade específica de movimentar a Conta Vinculada, conforme a cada qual seja aplicável nos termos deste Contrato, investindo-os de todos os poderes necessários ao seu

objeto, principalmente, e não exclusivamente, poderes para dar ordens de manutenção e transferência dos Recursos, incluindo, sem limitação:

(i) *Poderes de representação do Credor*: emitir Ordens à [redacted] para fins de movimentação dos Recursos da Conta Vinculada nos termos do instrumento contratual celebrado entre o Credor e o Cedente que regulamenta a Cessão; e

(ii) *Poderes de representação da* [redacted] movimentar a Conta Vinculada, *conforme* as Ordens Aprovadas, podendo transferir os Recursos Cedidos e os Recursos Livres para as contas de livre movimentação de titularidade do Credor e do Cedente, respectivamente, mantidas dentro ou fora da plataforma [redacted]

4.2 O Titular não poderá ceder, alienar, transferir, vender, onerar, caucionar, empenhar e/ou por qualquer forma negociar os Recursos existentes na Conta Vinculada, sob nenhuma hipótese, exceto com relação aos Recursos Livres os quais poderão ser oferecidos em garantia para o Credor, desde que estes mantenham contas na plataforma da [redacted]

4.3 Face aos procedimentos e condições estabelecidas neste Instrumento, fica certa e definida a inexistência de qualquer responsabilidade ou garantia da [redacted] pelo cumprimento das obrigações do Titular perante quaisquer pessoas, cabendo à [redacted] somente a responsabilidade pela execução dos serviços estabelecidos neste Instrumento.

4.4 Sem prejuízo da verificação das Ordens Aprovadas, nos termos do item (v) da Cláusula 2.2 acima, a [redacted] nvestida dos poderes da procuração outorgada nos termos desta Cláusula 4, se reserva no direito de cancelar ou bloquear qualquer Ordem Aprovada ou ordem emitida pelo Titular com relação aos Recursos Livres que, a seu exclusivo critério, possa gerar dano ou perda para os demais Usuários da Plataforma [redacted] para a [redacted] para o Banco Depositário ou para qualquer das Partes deste Contrato.

5. REMUNERAÇÃO

5.1 Em contraprestação aos serviços prestados nos termos deste Contrato, a [redacted] fará jus a uma taxa de administração equivalente a [redacted] por mês, a ser debitada preferencialmente na conta de titularidade do Titular mantida na plataforma da [redacted] ("Conta Débito"), ou, se não houver saldo na Conta Débito, na Conta Vinculada ("Taxa de Administração").

(i) A Taxa de Administração poderá, a critério exclusivo da [redacted] ser cobrada a partir da data de assinatura do presente contrato, a partir da data da primeira movimentação na conta, ou a partir de 60 dias corridos após a data de abertura da conta.

[redacted]

(ii) Caso seja solicitado o encerramento da conta antes da primeira movimentação a crédito na conta, ou antes de 60 dias corridos após a data de abertura da conta, o que ocorrer primeiro, a [redacted] fará jus ao valor correspondente à 50% da Taxa de Administração citada na cláusula 5.1 contada do dia da assinatura do presente contrato.

5.2 A Taxa de Administração será atualizada anualmente, ou no menor período que se tornar legalmente autorizado, pela variação positiva do Índice de Preço ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado e divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

5.3 O Titular deverá, ainda, arcar com as tarifas dos serviços de transferência dos Recursos da Conta Vinculada para quaisquer outras contas, conhecidas pelo Titular, e com as demais despesas inerentes aos serviços previstos neste Contrato. O valor de tais despesas será debitado preferencialmente na Conta Débito, ou, se não houver saldo, na Conta Vinculada.

5.4 O Titular autoriza desde já, expressamente, de forma irrevogável e irretratável, o lançamento a débito nas contas elencadas nas Cláusulas 5.1 a 5.3 acima.

6. VIGÊNCIA E RESCISÃO

6.1 Este Contrato entra em vigor nesta data, assim permanecendo por prazo indeterminado.

6.2 Este Contrato poderá ser resilido, a qualquer momento: (i) pelo Titular em conjunto com o Credor; (ii) pelo Credor, isoladamente; ou (iii) pela [redacted] isoladamente, a salvo de qualquer multa ou indenização, (a) mediante o envio de aviso prévio às demais Partes com antecedência de pelo menos 30 (trinta) dias; e (b) se for concedida decisão judicial, mesmo que em caráter liminar, que verse sobre a liberação dos Recursos existentes na Conta Vinculada, por qualquer motivo. Resilido este Contrato, a Conta Vinculada será automaticamente encerrada pela [redacted]

6.2.1 Caso a decisão mencionada na alínea "b" do item (iii) da Cláusula 6.2 acima não disponha especificamente sobre a liberação dos Recursos da Conta Vinculada, o Banco Depositário poderá, de acordo com aprovação prévia da [redacted] efetuar o depósito judicial dos Recursos em conta à disposição do juízo, hipótese em que o depósito judicial liberará o Banco Depositário e a [redacted] de qualquer responsabilidade e porá fim imediato à presente relação contratual, sem implicar em violação a este Contrato, inclusive ao dever de confidencialidade constante da Cláusula 9 deste Contrato.

6.3 A infração de quaisquer das cláusulas ou condições aqui estipuladas pelo Titular, pelo Credor ou pela Consultoria poderá ensejar a imediata rescisão deste Contrato por simples comunicação escrita com indicação da infração às demais Partes, que terão o

prazo de 5 (cinco) dias úteis, após o recebimento da comunicação, para sanar a falta indicada pela [redacted] na referida notificação. Decorrido o prazo e não tendo sido sanada a falta, o presente Contrato ficará rescindido de pleno direito, respondendo ainda as Partes infratoras pelas perdas e danos eventualmente incorridas pela [redacted].

7. DECLARAÇÕES

7.1 O Titular, Consultoria e o Credor declaram e garantem, individualmente e conforme aplicável, que:

(i) foram devidamente constituídas e são validamente existentes de acordo com as leis brasileiras, possuindo capacidade e legitimidade para celebrar este Contrato;

(ii) a celebração deste Contrato e o cumprimento das obrigações nele previstas não requerem autorização de órgão ou autoridade pública ou de quaisquer terceiros, nem qualquer autorização societária ou prevista em regulamento que não tenha sido devidamente obtida;

(iii) utilizam mão-de-obra qualificada, devidamente treinada, apta a realizar o objeto do presente contrato;

(iv) irão seguir e cumprir fielmente com todos os procedimentos e instruções estabelecidos neste Contrato e nos demais documentos celebrados pelas Partes no âmbito da Plataforma [redacted];

(v) organizam rotinas administrativas e todos os processos internos necessários para a realização das operações descritas no âmbito deste documento;

(vi) não se utilizam e nunca se utilizaram de trabalho escravo ou infantil;

(vii) não irão receber, em nome ou no lugar da outra Parte, quaisquer pagamentos a ela devidos, sem o prévio consentimento, por escrito, da outra Parte;

(viii) praticarão todos os atos necessários para preservar a imagem e boa reputação comercial das Partes, sempre exercendo suas atividades de acordo com as normas legais vigentes, bem como com as melhores práticas profissionais e éticas;

(ix) informarão à [redacted] e ao Banco Depositário acerca da existência de qualquer reclamação do Titular, Credor ou Consultoria ou controvérsia da qual venham a

[redacted]

tomar ciência, ou mesmo, eventual ação judicial ou procedimento arbitral que estes possam vir a ajuizar/instaurar contra a outra Parte

(x) arcarão com os ônus dos salários e encargos sociais, trabalhistas, fiscais, securitários, previdenciários, fundiários (FGTS) e relativos a acidente de trabalho e/ou outros encargos de qualquer natureza, relativos à mão-de-obra utilizada na realização das respectivas atividades previstas neste documento.

(xi) cumprem integralmente a legislação e regulamentação ambiental aplicável;

(xii) possuem todas as licenças exigidas pelas autoridades federais, estaduais e municipais para o exercício de suas atividades;

(xiii) cumprem integralmente a legislação trabalhista, principalmente as normas relativas à saúde e à segurança ocupacional e à inexistência de trabalho análogo ao escravo e infantil;

(xiv) não exploram ou tiram proveito criminoso da prostituição; e

(xv) autorizam o uso, pela [redacted] de dados necessários para a prestação dos serviços, na forma do Anexo IV.

7.2 O Titular e o Credor e se comprometem a não utilizar os recursos relativos à Conta Vinculada ou decorrentes de outros negócios realizados com a [redacted] para a realização de qualquer atividade que, de forma direta ou indireta, cause qualquer tipo de dano ambiental ou sinistro de qualquer natureza ao meio ambiente. Os conceitos de "*dano ambiental*" e "*meio ambiente*" abrangem, também, todos os temas regulados por normas específicas e correlatas, como, exemplificativamente, normas relativas à saúde pública, ordenamento urbano, patrimônio histórico cultural e administração ambiental, as quais o Titular se obriga a cumprir.

7.3 O Titular, o Credor e a Consultoria se obrigam, ainda, a (i) monitorar suas atividades de forma a identificar e mitigar impactos ambientais não antevistos no momento da assinatura deste Contrato; e (ii) monitorar as atividades de seus fornecedores diretos e relevantes no que diz respeito a impactos ambientais, à legislação social e trabalhista, às normas de saúde e segurança ocupacional, bem como à inexistência de trabalho análogo ao escravo ou infantil.

7.4 Adicionalmente, o Titular, o Credor e a Consultoria declaram e garantem, em relação a si próprios e a seus administradores, diretores, funcionários e agentes, bem como seus sócios, controladores e sociedades controladas e coligadas, conforme aplicável, que:

[redacted]

(i) conhecem e entendem os termos de todas as disposições legais e regulamentares anticorrupção a que estão sujeitos, no Brasil e/ou no exterior, como as constantes da Lei n° 12.846/13, do Decreto n° 8.420/15, do FCPA (*ForeignCorruptPracticesAct*) e do Anti-BriberyAct (*BriberyAct* 2010) entre outras ("Regras Anticorrupção"), comprometendo-se a se abster de qualquer atividade que constitua violação a qualquer das Regras Anticorrupção;

(ii) buscarão os mais elevados níveis de eficiência, produtividade e lucratividade por meio da utilização da Plataforma [redacted] e deverão agir sempre em consonância com os princípios estabelecidos neste Contrato, respeitando-se as disposições contidas nos instrumentos assinados por meio da Plataforma [redacted] bem como observando rigorosamente a legislação brasileira vigente, em especial, mas não limitado a, Lei das Sociedades Anônimas e a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conforme alterada Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal Brasileiro), a Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), as Regras Anticorrupção, a Lei n° 8.078 de 11 de setembro de 1990, também conhecida como "Lei de Defesa do Consumidor", Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, também conhecida como Lei 4.595/64, Lei n° 7.492 de 16 de junho de 1986, também conhecida como Lei 7.492/86, Lei Complementar número 105 de 10 de janeiro de 2001, também conhecida como Lei Complementar 105/01, bem como toda a regulamentação bancária publicada pelo Conselho Monetário Nacional ("CMN") - CMN e o Banco Central do Brasil;

(iii) conduzem e continuarão conduzindo, durante a vigência deste Contrato, suas práticas comerciais de forma ética e em conformidade com os preceitos legais aplicáveis;

(iv) têm implementado um programa de conformidade e treinamento razoavelmente eficaz na prevenção e detecção de violações às Regras Anticorrupção;

(v) no melhor de seu conhecimento, não são partes em qualquer processo administrativo ou judicial em razão da prática de atos ilícitos ou crimes previstos nas Regras Anticorrupção;

(vi) não violaram, violam ou violarão qualquer dispositivo das Regras Anticorrupção; e

(vii) têm ciência de que qualquer atividade que viole as Regras Anticorrupção é proibida e conhece as consequências possíveis de tal violação.

[redacted]

7.5 Durante a vigência deste Contrato, o Titular, o Credor e a Consultoria não poderão oferecer, dar ou se comprometer a dar a quem quer que seja, ou aceitar ou se comprometer a aceitar de quem quer que seja, tanto por conta própria quanto por meio de terceiros, qualquer pagamento, doação, compensação, vantagens financeiras ou não financeiras ou benefícios de qualquer espécie que constituam prática ilegal ou de corrupção sob as Regras Anticorrupção aplicáveis, seja de forma direta ou indireta quanto ao objeto deste Contrato, ou de outra forma que não relacionada a este Contrato, devendo garantir, ainda, que seus administradores, funcionários, prepostos, agentes, sócios, controladores, controladas e coligadas ajam da mesma forma.

7.6 As declarações e garantias do Titular, do Credor e da Consultoria contidas neste Contrato deverão permanecer verdadeiras, completas e suficientes durante toda a vigência deste Contrato.

7.7 São de exclusiva responsabilidade do Titular, e/ou do Credor e/ou da Consultoria, conforme o caso, todas e quaisquer sanções impostas como consequência da inobservância da legislação ou regulamentação que lhes é aplicável, e por todos e quaisquer danos causados ao meio ambiente em decorrência do exercício de suas atividades ou sinistros de qualquer natureza. A responsabilidade do Titular, e/ou do Credor e/ou da Consultoria pelas sanções ou danos aqui referidos, causados ou originados durante a vigência deste Contrato, permanece ainda que seus efeitos sejam conhecidos ou ocorram após o seu término.

7.8 A [redacted] e o Banco Depositário manterão registros completos e exatos de todas as operações realizadas no âmbito da parceria descrita no presente instrumento, tanto as realizadas, quanto as canceladas, e de quaisquer registros financeiros a elas relacionadas, incluindo os dados, datas, prazos dos Participantes e condições específicas das operações de crédito e cessões. As Partes guardarão os registros mencionados nesta cláusula por no mínimo 5 (cinco) anos.

7.9 A [redacted] e o Banco Depositário concordam em manter e zelar pelos valores depositados na Conta Vinculada juntamente com eventuais rendimentos dele auferidos e a cumprir integralmente todas as disposições deste Contrato.

8. COMUNICAÇÕES

8.1 Todas as comunicações relativas a este Contrato deverão ser feitas por meio de Ordens e serão consideradas imputadas na Plataforma [redacted] pelos Usuários de cada uma das Partes previamente cadastrados na Plataforma [redacted].

9. DEVER DE SIGILO E DA SEGURANÇA DAS INFORMAÇÕES

9.1 A [redacted] e o Banco Depositário se obrigam a manter estrita confidencialidade sobre as informações confidenciais e dados dos Participantes da Plataforma [redacted] e a

[redacted]

empregar os mesmos meios que utiliza para proteção de suas próprias informações confidenciais, bem como a exigir que as pessoas por elas envolvidas no desenvolvimento do objeto do Contrato respeitem a confidencialidade e privacidade destas informações, na forma do Anexo III.

9.2 As informações confidenciais somente poderão ser divulgadas a terceiros envolvidos no desenvolvimento do objeto do Contrato na estrita medida em que se fizer necessária tal divulgação.

9.3 Não é considerada informação confidencial aquela que: (i) estiver em domínio público antes de sua obtenção pelas Partes; (ii) cair em domínio público em decorrência de publicação ou de qualquer outra forma autorizada pela Parte; (iii) legitimamente já era conhecida pelas Partes antes de sua revelação; e (iv) não puder causar qualquer tipo de prejuízo à Parte, se divulgada.

9.4 Tanto [redacted] quanto Banco Depositário se comprometem a: (i) não utilizar as informações confidenciais para quaisquer outros fins que não aqueles relacionados ao objeto deste Contrato; (ii) não utilizar, reter ou duplicar as informações confidenciais para a criação de qualquer arquivo, lista ou banco de dados de sua utilização particular ou de terceiros, exceto quando autorizada prévia e expressamente pela Parte; (iii) não modificar ou adulterar, por qualquer forma, as informações confidenciais, bem como não subtrair ou adicionar qualquer elemento a estas informações; (iv) manter os materiais que contenham ou relacionem-se às informações confidenciais arquivados sob a classificação de "confidencial", em áreas de acesso restrito, de forma a evitar o seu acesso, extravio, utilização, reprodução ou revelação a terceiros estranhos a este Contrato; (v) manter as informações confidenciais contidas em seus computadores ou em qualquer outro tipo de hardware protegidas por senha de acesso pessoal, disponibilizadas exclusivamente às pessoas envolvidas no objeto do Contrato.

9.5 Titular, Credor e Consultoria reconhecem que a [redacted] poderá compartilhar e utilizar as informações confidenciais de propriedade das Partes com seus parceiros, prestadores de serviço e quaisquer outros membros do seu conglomerado econômico, para fins de análise de cadastro, avaliação de crédito, verificação e gestão de fraudes, modelagens estatísticas de risco, entre outros.

9.6 Titular, Credor e Consultoria declaram-se cientes e concordam que [redacted] e o Banco Depositário prestem informações, inclusive as informações confidenciais, em cumprimento de lei, de atos normativos de autoridades e órgãos governamentais ou mesmo das regras da Indústria de Fundos de Investimento.

9.7 [redacted] e Banco Depositário se comprometem a, no caso da divulgação não autorizada de quaisquer informações confidenciais, comunicar imediatamente a Parte, especificando os atos praticados para corrigir a causa de tal acesso não autorizado, bem como a defender e fazer valer em favor da Parte, se necessário, judicialmente, todos os

[redacted]

direitos por esta detidos, decorrentes deste Contrato ou previstos em lei, e a compensá-la por quaisquer danos oriundos de tal divulgação.

9.8 [redacted] e Banco Depositário obrigam-se a cumprir todos os requerimentos de segurança da informação definidos pela legislação aplicável, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, conforme versão mais atualizada disponível, renovando as certificações de acordo com os prazos estabelecidos pelas referidas normas, devendo armazenar somente as informações confidenciais necessárias para a operação.

10. DISPOSIÇÕES GERAIS

10.1 O presente Contrato é firmado em caráter irrevogável e irretratável e representa o acordo integral entre as Partes, substituindo qualquer outro compromisso anterior relacionado aos assuntos aqui tratados.

10.2 Este Contrato obriga as Partes e seus sucessores, não podendo ser alterado a não ser por escrito, com a assinatura de todas as Partes.

10.3 As Partes declaram e reconhecem que o presente Contrato constitui título executivo extrajudicial nos termos do artigo 784, III, do Código de Processo Civil, podendo ser executado tão logo se torne exigível, independentemente de aviso ou notificação.

10.4 Na hipótese de violação por qualquer das Partes das obrigações previstas neste Contrato, as demais Partes, isolada ou conjuntamente, conforme o caso, poderão requerer a execução específica de obrigação de fazer, conforme estabelecido nos artigos 815 e seguintes do Código de Processo Civil, sem prejuízo do direito de receber indenização pelas perdas e danos advindos de tal violação.

10.5 As Partes reconhecem que este Contrato é assinado eletronicamente e declaram, expressamente, a validade deste Contrato, renunciando a produção de prova e qualquer discussão com relação à sua validade e exequibilidade em caso de conflito e disputas judiciais relacionadas ao presente Contrato, sendo a validade deste Contrato considerada matéria incontroversa para fins processuais, nos termos do Art. 190 do Código de Processo Civil.

10.6 O presente Contrato deverá ser regido exclusivamente pelas Leis da República Federativa do Brasil.

10.7 As Partes elegem o Foro Central da Comarca [redacted] para conhecer e dirimir quaisquer questões relacionadas ao presente Contrato, renunciando a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

[redacted]

10.8. Todos os Anexos mencionados neste Contrato farão parte integrante e indissociável ao presente Contrato, para todos os efeitos de direito. No caso de conflito entre as disposições desses documentos, deverão prevalecer, nesta ordem, as disposições (i) do Contrato; (ii) do Anexo I, (iii) do Anexo III, (iv) do Anexo IV e (iv) do Anexo II, (v) do Anexo V, (vi) do Anexo VI, (vii) do Anexo VII.

10.9. As Partes, em conjunto, decidiram que a assinatura do presente Contrato poderá ser realizada mediante plataforma de assinatura digital. Dessa forma, as Partes declaram e reconhecem a validade, para todos os fins, da assinatura digital deste Contrato, de tal forma que uma vez assinado digitalmente, o Contrato produzirá todos os seus efeitos de direito.

E por estarem justas e contratadas, assinam as Partes o presente Contrato, com a participação de 2 (duas) testemunhas.

[redacted] 6 de Agosto de 2020

APÊNDICE 2 / ANHANG 2

Contratos escrow em transações imobiliárias, extraídos dos processos judiciais publicamente acessíveis abaixo (anonimizados):

- Execução de título extrajudicial n. 1010320-93.2017.8.26.0100, 1ª vara de falências e recuperação judicial do Foro Central da comarca de São Paulo;
- Cumprimento de sentença n. 0031833-95.2021.8.26.0100, 28ª vara cível do Foro Central da comarca de São Paulo.

Escrow-Verträge in Immobiliengeschäften. Auszüge der öffentlichen Akte der untenstehenden Gerichtsverfahren (teilweise geschwärzt):

- Vollstreckungsklage Nr. 1010320-93.2017.8.26.0100, Landgericht von São Paulo, 1er Gerichtsbezirk für Insolvenzsachen des zentralen Gerichts;
- Schadensersatzklage Nr. 0031833-95.2021.8.26.0100, Landgericht von São Paulo, 28er Gerichtsbezirk für Zivilsachen des zentralen Gerichts.

1º ADITIVO AO CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DE CONTA VINCULADA, CELEBRADO EM 27 DE NOVEMBRO DE 2015, ENTRE [redacted]

Este Primeiro Aditamento é celebrado por e entre:

[redacted]

Sendo [redacted] denominadas em conjunto como "Partes".

CONSIDERANDO QUE:

(i) em 27 de novembro de 2015, as Partes, celebraram o Instrumento Particular de Garantia de Rentabilidade Mínima ("Contrato") para estabelecer as garantias que deverão ser constituídas pela [redacted] em favor do [redacted] como condição para que este, por sua vez, possa adquirir, por meio de operação a ser realizada no mercado de balcão organizado operacionalizado pela [redacted]

(ii) naquela mesma data, em atendimento ao disposto na Cláusula 3.3 do Contrato, as Partes celebraram o Contrato de Cessão Fiduciária e Administração de Conta Vinculada ("Contrato Conta Vinculada") sendo que as Partes desejam aditar e consolidar o Contrato Conta Vinculada para incluir os Fundos da Fram no Contrato, os

quais constarão, em conjunto com o [redacted] como beneficiários da garantia consistente na conta vinculada.

RESOLVEM as Partes, neste ato e na melhor forma de direito, celebrar este Aditamento, nos seguintes termos:

Cláusula I. Aditamentos

1.1. **Aditamentos e Consolidação do Contrato**. As Partes, neste ato, decidem aditar e consolidar o Contrato Conta Vinculada, com a finalidade de incluir os Fundos, abaixo qualificados como beneficiários da garantia objeto do Contrato Conta Vinculada, conjuntamente com o [redacted]

1.2. Em razão da alteração acima, o Contrato Conta Vinculada passará a ter a seguinte e nova redação:

"CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA E ADMINISTRAÇÃO DE CONTA VINCULADA

[redacted]

[redacted]

Sendo [redacted] denominadas em conjunto como "Partes".

[redacted] são doravante designadas em conjunto, como "Partes", e individualmente como "Parte",

Considerando que:

I. A [redacted] celebrou, nesta data, com [redacted] os Fundos da [redacted] e o [redacted] o *"Instrumento Particular de Garantia de Rentabilidade Mínima"* ("Contrato"), no qual a [redacted], em garantia de obrigações por ela assumidas no Contrato, assumiu a obrigação de celebrar o presente contrato de custódia de recursos financeiros para regular a movimentação da conta corrente de titularidade da [redacted]

II. Para esse fim a [redacted] abriu a conta corrente nº [redacted] ("Conta Vinculada"), na qual a [redacted] creditará o montante de [redacted], na data da liquidação financeira das Operações, conforme definidas no Contrato.

III. A [redacted] deseja ceder fiduciariamente ao [redacted] e aos Fundos da [redacted], na Proporção definida no Contrato, a Conta Vinculada e todos os recursos depositados na Conta Vinculada em garantia das obrigações principais, acessórias e moratórias, presentes e futuras, incluindo quaisquer multas e penalidades, por ela assumidas no âmbito do Contrato.

As Partes resolvem firmar o presente Contrato de Cessão Fiduciária e Administração d Conta Vinculada ("Contrato de Conta Vinculada"), nos termos e condições abaix definidos.

I. OBJETO DA CONTA VINCULADA

1.1. Para prestação de serviços objeto deste contrato, o [redacted] abriu a conta [redacted], em nome da [redacted], exclusivamente vinculada a este contrato ("Conta Vinculada"), na qual serão depositados pela [redacted] o montante de [redacted] na data da liquidação financeira das Operações definidas no Contrato.

1.2 O saldo da Conta Vinculada servirá de garantia do cumprimento das obrigações principais, acessórias e moratórias da [redacted], presentes e futuras, incluindo quaisquer multas e penalidades, assumidas no âmbito do Contrato ("Obrigações [redacted]").

1.3. O [redacted] prestará serviços de custódia e movimentação dos recursos financeiros da Conta Vinculada, nos temos deste Contrato de Conta Vinculada, podendo movimentar os recursos mantidos nesta conta exclusivamente para: (i) pagamento das Obrigações [redacted] (ii) transferência para a conta vinculada a ser aberta perante o [redacted], ou (iii) devolução à [redacted] ao final do Contrato, após quitação integral das Obrigações [redacted].

1.4. A [redacted] concordam, expressamente autorizam e declaram-se ciente de que a referida movimentação é exclusiva do [redacted].

1.5 Os recursos da Conta Vinculada poderão ser aplicadas em operações compromissadas ou CDBs [redacted], a exclusivo critério do [redacted] e sem necessidade de prévia aprovação da [redacted]

1.6. O [redacted] poderá movimentar a Conta Vinculada de maneira diversa da prevista neste instrumento na hipótese de ordem judicial ou mandamento legal ou regulamentar provenientes de órgãos governamentais, sendo que somente poderá movimentar a parcela requerida pelo órgão governamental na medida estritamente necessária para cumprir a ordem judicial ou mandamento legal ou regulamentar em questão, se comprometendo a comunicar, assim que possível, à [redacted] ao Fundo

[redacted] a referida obrigação, enviando a documentação correlata, a fim de possibilitar que a [redacted] adotem as providências que considerem necessárias ou cabíveis para a proteção de seus direitos.

II. PROCEDIMENTO DE MOVIMENTAÇÃO DE CONTA VINCULADA

2.1. O [redacted] movimentará a Conta Vinculada mediante recebimento de notificação conjunta da [redacted] orientando a movimentação em conformidade com a Cláusula 1.3 acima.

2.1.1 Neste ato, a [redacted] expressamente autoriza, de forma irretratável e irrevogável, o [redacted] a debitar os valores depositados na Conta Vinculada na forma que venha a ser determinada na notificação conjunta mencionada na Cláusula 2.1 acima.

III. REGISTRO EM CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS

3.1. A [redacted] obriga-se, às suas expensas, levar este contrato para registro em Cartório de Títulos e Documentos, no prazo de até 5 (cinco) dias a contar desta data, devendo comprovar o registro perante o [redacted] no prazo de até 10 (dez) dias após a assinatura deste instrumento.

IV. OBRIGAÇÕES DO [redacted]

4.1. O [redacted] obriga-se a:

4.1.1. Abrir a Conta Vinculada em nome da [redacted]

4.1.3 Mediante o recebimento da notificação conjunta mencionada na Cláusula 2.1 acima, transferir o saldo da Conta Vinculada, depois de descontados os custos necessários para o pagamento de despesas associadas ao encerramento da Conta Vinculada, para conta corrente que venha a ser indicada nos termos contidos na notificação;

4.1.4. Efetuar o encerramento da Conta Vinculada quando não houver mais saldo.

4.1.5 Em caso de divergência entre [redacted] não realizará qualquer movimentação na Conta Vinculada, até que ta divergência seja sanada.

V. CESSÃO FIDUCIÁRIA DA CONTA VINCULADA

5.1. Em garantia do fiel e integral cumprimento das obrigações principais, acessórias e moratórias, presentes e futuras, incluindo quaisquer multas e penalidades, assumidas pela [redacted] no âmbito do Contrato, as Obrigações [redacted] cede e transfere, neste ato, de forma irrevogável e irretratável, segundo os termos do artigo 66-B da Lei nº 4.728/65, com a nova redação dada pelo artigo 55 da Lei nº 10.931/04, do Decreto Lei nº 911/69 de 01 de outubro de 1969 e posteriores alterações, ao [redacted] e [redacted] em cessão fiduciária em garantia, sem qualquer custo para o [redacted], a propriedade fiduciária e o domínio resolúvel de todos e quaisquer recursos ou direitos, atuais ou futuros, sobre a Conta Vinculada de titularidade da [redacted] mantida junto ao [redacted]

5.2 Fica expressamente declarado, inclusive para os fins do artigo 1.362 do Código Civil, bem como do artigo 66-B da Lei nº 4.728/65 (alterado pela Lei nº 10.931/04), que:

- O valor da operação objeto do Contrato é de [redacted]
- Indexadores Pactuados: CDI
- O local de pagamento: [redacted]
- Data da operação: em até 3 dias a partir da presente data.
- Data do Vencimento: conforme clausula VII (Prazo)

5.3 A constituição da presente cessão não prejudicará e/ou afetará os demais direitos e garantias constituídos para assegurar o pagamento das obrigações principais, acessórias e moratórias, presentes e futuras, incluindo quaisquer multas e penalidades, assumidas pela [redacted] no âmbito do Contrato, devendo o [redacted] executarem este contrato e as demais garantias, isolada ou simultaneamente, de acordo com a ordem de prioridade e Proporção previstas no Contrato.

VI. DECLARAÇÕES DAS PARTES

6.1. As Partes possuem plena capacidade e legitimidade para celebrar este contrato e realizar todas as operações aqui previstas, inexistindo qualquer impedimento legal ou contratual para tanto; e

6.2. Este contrato é validamente celebrado e constitui obrigação legal, válida e vinculativa ao [redacted] de acordo com os seus termos e condições.

VII. PRAZO

7.1. Este Contrato é válido desde a presente data e até a transferência integral do saldo da Conta Vinculada nos termos da notificação conjunta da [redacted]

VIII. COMUNICAÇÕES

8.1. Toda e qualquer comunicação a ser trocada entre as Partes com respeito a qualquer assunto relativo ao presente instrumento deverá ser feita por escrito e enviada aos endereços indicados no Preâmbulo do presente instrumento, ou a outro endereço que vier a ser oportunamente comunicado pela Parte em questão.

Parágrafo Único – As comunicações serão consideradas entregues quando encaminhadas sob protocolo ou com "aviso de recebimento" para os endereços indicados no Preâmbulo.

IX. IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE

9.1 As Partes, obrigando-se por si e seus sucessores a qualquer título, acordam que todos os termos, condições, avenças, mandatos, pactos e compromissos assumidos neste instrumento são constituídos em caráter irrevogável e irretratável.

X. DISPOSIÇÕES GERAIS

10.1 Qualquer tolerância, exercício parcial ou concessão entre as Partes será sempre considerada mera liberalidade, e não configurará renúncia ou perda de qualquer direito, faculdade, privilégio, prerrogativa ou poderes conferidos (inclusive de

mandato), nem implicará novação, alteração, transigência, remissão, modificação o redução dos direitos e obrigações daqui decorrentes.

10.2. A invalidação ou nulidade, no todo ou em parte, de qualquer das cláusulas dest Contrato não afetará as demais, que permanecerão sempre válidas e eficazes até cumprimento, pelas Partes, de todas as suas obrigações aqui previstas. Ocorrendo declaração de invalidade ou nulidade de qualquer cláusula deste Contrato, as Parte desde já se comprometem a negociar, no menor prazo possível, em substituição cláusula declarada inválida ou nula, a inclusão, neste Contrato, de termos e condiçõe válidos que reflitam os termos e condições da cláusula invalidada ou nula, observada intenção e objetivo das Partes quando da negociação da cláusula invalidada ou nula o contexto em que se insere.

10.3. Todas e quaisquer despesas incorridas por qualquer das Partes para o registro deste Contrato deverão ser pagas pela [redacted] inclusive o registro deste Contrato perante os Cartórios de Registro de Títulos e Documentos competentes.

10.4. O presente Contrato integra e complementa, para todos os efeitos legais, o Contrato, sendo parte integrante e inseparável do mesmo, devendo ser interpretado em conjunto com tal documento.

10.5. Qualquer alteração dos termos e condições deste instrumento somente será considerada válida se formalizada por escrito, em instrumento próprio assinado pelas Partes.

10.6. A [redacted] outorga desde já ao [redacted] todos os poderes que se fizerem necessários à gestão e movimentação da Conta Vinculada, nos termos do presente Contrato, por meio de débitos e transferências. Em consequência fica o [redacted] investido de todos os poderes bastantes para a prática dos atos que julgue necessários à defesa, conservação, validade e execução da garantia ora constituída. Não obstante a outorga de poderes ora ajustada, fica o [redacted] exonerado de qualquer responsabilidade perante as demais Partes ou terceiros, na hipótese de omissão na prática desses atos.

10.7. O presente contrato é regido pelas leis brasileiras. As Partes elegem o foro central da comarca de [redacted] para dirimir as eventuais controvérsias oriundas deste instrumento, renunciando a qualquer outro por mais privilegiado que seja ou venha a ser.

E, por estarem justas e contratadas, as partes, obrigando-se por si e por seus sucessores, assinam o presente instrumento em 7 (sete) vias de igual teor e forma para um só efeito, na presença das 2 (duas) testemunhas abaixo assinadas.

[redacted] 1º de dezembro de 2015.

[redacted]

CONSIDERANDO QUE:

(a) o Cliente e o Beneficiário celebraram a Operação indicada no item 1 do Quadro II do Preâmbulo, e pretendem que o pagamento dos valores devidos em virtude da Operação seja efetuado na Conta de Depósito indicada no item 2 do Quadro II do Preâmbulo;

(b) o Cliente e o Beneficiário têm interesse em contratar o [redacted] para prestar serviços de depositário dos recursos financeiros depositados e/ou investidos na Conta de Depósito, para assegurar o fiel cumprimento de todas as obrigações assumidas na Operação;

(c) o [redacted] tem interesse em prestar os serviços de depositário dos recursos financeiros e investimentos da Conta de Depósito;

As Partes têm entre si justo e avençado o presente Contrato de Prestação de Serviços de Administração de Conta de Depósito ("Contrato"), que será regido pelas seguintes cláusulas e condições:

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

1.1. Pelo presente Contrato, o Cliente e o Beneficiário nomeiam o [redacted] e este, desde já, aceita essa nomeação, para atuar como depositário dos valores a serem creditados na Conta de Depósito, de acordo com os termos e condições deste instrumento.

1.2. A Conta de Depósito terá a finalidade específica de: (i) receber os recursos exclusivamente provenientes da Operação; (ii) realizar o pagamento da Remuneração, dos custos e demais despesas devidas ao [redacted], nos termos deste Contrato; (iii) realizar transferências e/ou pagamentos em razão e decorrentes da Operação se houver recursos disponíveis na Conta de Depósito, nos termos previstos neste Contrato, e (iv) eventual aplicação financeira, nos termos previstos na Cláusula Terceira abaixo.

1.3. O Cliente e o Beneficiário declaram ter ciência e concordar que a Conta de Depósito não poderá ser utilizada para operações, movimentações, recebimento de depósitos e créditos estranhos à sua finalidade prevista neste Contrato.

CLÁUSULA SEGUNDA – MOVIMENTAÇÃO DA CONTA DE DEPÓSITO

2.1. A Conta de Depósito será movimentada única e exclusivamente pelo [redacted], através de recebimento de instruções, nos termos indicados no item 3 do Quadro II do Preâmbulo deste Contrato e, por conseguinte, não serão emitidos talonários de cheques e cartões ou, ainda, não serão disponibilizados ao Cliente e ao Beneficiário quaisquer outros meios para movimentação da Conta de Depósito. Os valores depositados na Conta de Depósito não serão remunerados, nem atualizados monetariamente, salvo se investidos e/ou reinvestidos, na forma estabelecida na Cláusula Terceira abaixo.

2.2. A movimentação da Conta de Depósito caberá ao [redacted] mediante recebimento de instruções conforme a opção assinalada no item 3.1 do Quadro II do Preâmbulo, considerando que:
(i) ao optar por "[redacted]", as instruções de transferência serão formalizadas via [redacted] através de usuário devidamente credenciado no [redacted] para as respectivas funções;
(ii) ao optar por "Carta de Transferência", as instruções de transferência serão formalizadas por meio da entrega de carta conforme modelo constante no Anexo I ("Carta de Transferência");
(iii) ao optar por "Carta de Transferência e [redacted] (acesso restrito a extrato e saldo da Conta de Depósito)", as instruções de transferência serão formalizadas por meio da entrega da Carta de Transferência e será permitido o acesso ao extrato e saldo da Conta de Depósito via [redacted]

[redacted]

2.3. O Cliente e o Beneficiário declaram-se cientes de que as instruções por Carta de Transferência e/ou [redacted] serão realizadas com obediência à forma de movimentação definida no item 3.2 do Quadro II do Preâmbulo, explicitando que:
(i) ao optar por "unilateral pelo Cliente", as instruções de transferência serão definidas isoladamente pelo Cliente;
(ii) ao optar por "unilateral pelo Beneficiário", as instruções de transferência serão definidas isoladamente pelo Beneficiário;
(iii) ao optar por "bilateral (pelo Cliente e pelo Beneficiário)", as instruções de transferência serão definidas conjuntamente pelo Cliente e pelo Beneficiário.

2.4. O [redacted] é, neste ato, nomeado e constituído pelo Cliente, por meio dos representantes legais infra-assinados e com poderes para tanto, como seu procurador, em caráter irrevogável e irretratável, sendo essa cláusula de irrevogabilidade como condição do presente negócio, nos termos dos artigos 683 ao 686 do Código Civil Brasileiro, outorgando, para tanto, todos os poderes que se fizerem necessários, por mais especiais que sejam, em relação à Conta de Depósito, especialmente para movimentar, monitorar, acompanhar, reter, receber, dar quitação, debitar e creditar, realizar transferências e aplicações financeiras e transferir valores para outras contas, utilizando quaisquer das formas disponibilizadas, ou seja, por escrito de forma física ou e-mail e, ainda, através do [redacted] nos estritos termos deste Contrato.

2.5. O [redacted] a seu exclusivo critério, poderá solicitar a documentação pertinente à movimentação da Conta de Depósito, bem como qualquer outro documento e informação que entenda necessário, previamente à movimentação, liberação, aplicação ou resgate de qualquer recurso a favor do Beneficiário ou do Cliente.

2.6. O [redacted] somente acatará as instruções de transferências solicitadas nos termos deste Contrato para as contas previamente cadastradas pelo [redacted], informadas no item 3.3. do Quadro II do Preâmbulo deste Contrato ("Conta Destinatária").

2.7. Para possibilitar o envio de instruções escritas por Carta de Transferência e Instrução de Investimento abaixo definida e conforme previsto neste Contrato, o Cliente e o Beneficiário nomeiam e constituem as pessoas indicadas no Anexo II deste Contrato ("Pessoas Autorizadas"), como únicas e exclusivas responsáveis pelo envio de tais instruções ao [redacted] para, agindo individualmente, praticar todos os atos necessários e relativos à Conta de Depósito, conforme previsto neste Contrato, responsabilizando-se, em caráter irrevogável e irretratável, por todos os atos praticados pelas Pessoas Autorizadas, bem como por sua substituição/exclusão e pela veracidade das informações constantes do Anexo II ("Termo de Pessoas Autorizadas").

2.7.1. A alteração das Pessoas Autorizadas deverá ser imediatamente comunicada ao [redacted] conforme modelo do Anexo III ("Notificação de Alteração de Pessoas Autorizadas"), devidamente assinado pelo Cliente ou pelo Beneficiário, conforme o caso, sendo de exclusiva responsabilidade do Cliente e do Beneficiário as consultas e os atos realizados pelas Pessoas Autorizadas até a sua efetiva substituição.

2.7.2. O [redacted] desde que observados os termos e condições do presente Contrato, poderá se pautar nas instruções que lhe sejam enviadas nos termos deste Contrato e que tenha motivo para acreditar que seja documento autêntico firmado ou apresentado pelo Cliente ou pelo Beneficiário, não estando obrigado a examinar ou investigar a autenticidade, validade, precisão ou conteúdo de referidos documentos. O [redacted] não é responsável por quaisquer atos ou omissões amparadas em tais documentos.

2.8. Todas as funcionalidades, condições de uso e responsabilidades quanto ao [redacted] decorrentes do presente Contrato encontram-se descritas nos Termos e Condições de Uso do [redacted] – Produto Conta de Depósito – Banco [redacted] ("Termo"), que integram o presente Contrato como Anexo IV, e na

[redacted]

Política de Privacidade e Termos e Condições de Uso do [redacted] disponibilizada no Dayconnect e no *Site* do [redacted] ("Política").

2.8.1. O Cliente e o Beneficiário declaram ter lido e entendido o Termo e a Política, bem como expressam sua concordância e declaram, com a celebração do presente Contrato, que utilizarão todas as suas ferramentas de acordo com a legislação vigente, com o Termo, a Política e às condições particulares que sejam aplicáveis.

2.8.2. O Cliente e o Beneficiário estão cientes e concordam que o Termo e a Política poderão ser alterados pelo [redacted], a qualquer tempo, mediante divulgação das novas condições no *Site* do [redacted] representando a utilização do [redacted] como anuência às novas condições.

2.8.3. O Beneficiário, neste ato, declara-se ciente de que: (i) a concessão de acesso ao [redacted] está adstrita ao objeto deste Contrato, e (ii) indenizará o Cliente, em caráter exclusivo, pelos danos decorrentes do uso indevido do [redacted] e pela divulgação das informações relativas à Conta de Depósito.

2.9. Todas as informações relativas à Conta de Depósito, inclusive os relatórios e extratos e saldos de acompanhamento e da movimentação da Conta de Depósito, contendo as posições das aplicações financeiras, quando houver, estarão disponíveis no [redacted] conforme as regras estipuladas neste Contrato.

2.9.1. O Cliente autoriza o [redacted] a fornecer ao Beneficiário todas as informações referentes a qualquer movimentação e o saldo da Conta de Depósito, incluindo saldos e extratos, contendo as posições das aplicações financeiras, quando houver, renunciando ao direito de sigilo bancário em relação a tais informações, de acordo com o inciso V, parágrafo 3º, artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001.

CLÁUSULA TERCEIRA – INVESTIMENTOS PERMITIDOS

3.1. Durante a vigência deste Contrato, o [redacted] poderá investir e reinvestir os recursos depositados na Conta de Depósito em uma ou mais modalidades dos investimentos estabelecidas no item 4.1 do Quadro II do Preâmbulo ("Investimentos Permitidos"), desde que tenha recebido notificação por escrito no modelo constante no Anexo V ("Instrução de Investimento"), devidamente assinada por uma Pessoa Autorizada do Cliente e/ou por uma Pessoa Autorizada do Beneficiário, nos termos definidos no item 4.2 do Quadro II do Preâmbulo.

3.1.1. Caso qualquer dos Investimentos Permitidos indicados na Instrução de Investimento não esteja disponível, o [redacted] deverá comunicar o Cliente e o Beneficiário, por escrito por meio dos endereços eletrônicos indicados no Anexo I ou neste Contrato, tão logo seja possível e não deverá realizar qualquer investimento com os recursos depositados na Conta de Depósito.

3.1.2. Quaisquer juros ou outros rendimentos recebidos em relação a cada Investimento Permitido serão apropriados aos recursos depositados na Conta de Depósito e quaisquer prejuízos incorridos sobre cada Investimento Permitido serão de responsabilidade do Cliente.

3.2. Quaisquer Instruções de Investimento recebidas pelo [redacted] somente serão processadas se o pagamento da remuneração devida ao [redacted] até a data do recebimento da referida instrução estiver totalmente em dia, e no mesmo dia quando recebidas em dia útil até às 11h. Após às 11h serão tratadas como se tivessem sido recebidas pelo [redacted] no dia útil seguinte, de forma que o [redacted] não terá qualquer obrigação de investir ou reinvestir os recursos depositados na Conta de Depósito no dia do recebimento da instrução.

[redacted]

3.3. As Partes reconhecem que o [redacted] não terá qualquer responsabilidade por qualquer perda, prejuízo, reinvindicação, demanda, dano, tributo ou despesa decorrentes de qualquer Investimento Permitido, ou por qualquer transferência ou liquidação dos recursos depositados na Conta de Depósito. O [redacted] será isento de qualquer responsabilidade ou obrigação, caso o resultado do Investimento Permitido ou o resultado da liquidação do investimento seja inferior ao que poderia ter sido de outra forma obtido pelo Cliente e/ou Beneficiário e/ou demais Partes, se houverem, se tal investimento ou liquidação não tivesse ocorrido, a menos que, em qualquer dos casos acima, tal perda, reinvindicação, demanda, dano, tributo ou despesa tenha resultado de dolo do [redacted] conforme reconhecido em sentença judicial transitada em julgado, proferida por juízo competente.

3.4. As Partes reconhecem que o [redacted] não atua como um gestor ou consultor de investimentos com respeito a qualquer seleção de investimentos, nos termos deste Contrato.

3.5. O [redacted] poderá vender, liquidar ou resgatar os Investimentos Permitidos sempre que receba instrução nos termos da cláusula 3.5.1. abaixo, e desde que seja possível o resgate, observados os prazos mínimos de cada aplicação, se for o caso, sendo que todos os recursos relacionados a tal(is) resgate(s) estarão sujeitos aos termos e condições previstos neste Contrato.

3.5.1. A notificação acima referida deverá emitida nos termos do modelo previsto no Anexo VI ("Instrução de Liquidação ou Resgate"), mencionando os Investimentos Permitidos que serão liquidados ou resgatados, e estar assinada por uma Pessoa Autorizada do Cliente e/ou uma Pessoa Autorizada do Beneficiário, nos termos definidos no item 4.3 do Quadro II do Preâmbulo.

CLÁUSULA QUARTA – OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES

4.1. Em razão deste Contrato, o Cliente obriga-se a: **(a)** manter aberta a Conta de Depósito e a Conta Destinatária do Cliente, durante a vigência deste instrumento; **(b)** somente utilizar os recursos creditados e/ou depositados na Conta de Depósito para o cumprimento das obrigações assumidas, em razão e decorrentes da Operação, nos termos aqui mencionados; **(c)** ter na Conta de Depósito recursos suficientes para que o [redacted] efetue as transferências de todos os valores em razão e decorrentes da Operação, nos termos deste Contrato; **(d)** arcar com todos os encargos tributários e/ou despesas de qualquer outra natureza decorrentes da execução dos serviços objeto deste Contrato, e **(e)** cumprir todos os termos e condições deste Contrato.

4.2. Em razão deste Contrato, o Beneficiário obriga-se a: **(a)** manter aberta a Conta Destinatária do Beneficiário, durante a vigência deste instrumento, e **(b)** cumprir todos os termos e condições deste Contrato.

4.3. O [redacted] é mero depositário dos recursos creditados na Conta de Depósito, não lhe cabendo qualquer prestação de serviços de agente fiduciário ou de garantias nem qualquer obrigação de arrecadação ou cobrança de quaisquer valores devidos a qualquer das Partes, por uma à outra ou por quaisquer terceiros, de modo que o [redacted] não será responsabilizado, em hipótese alguma, pela validade, legitimidade e exatidão das ordens de resgate e transferência efetuadas em conformidade com qualquer instrução feita nos termos do presente Contrato.

4.4. O [redacted] **observará e cumprirá ordem expedida por autoridade judicial, arbitral, regulatória, autorregulatória ou outra competente, especialmente determinando a penhora, o arresto, o bloqueio e/ou a liberação de valores retidos na Conta de Depósito, comunicando com a maior brevidade possível o Cliente e o Beneficiário sobre a existência de referida ordem, exceto se proibido por lei ou pela ordem em questão, estando, por conseguinte, isento de qualquer**

[redacted]

responsabilidade por eventuais prejuízos incorridos pelas Partes em virtude do cumprimento de referida ordem.

4.5. O [redacted] em nenhuma hipótese será responsável por cumprir instruções de liberação ou transferências caso: **(a)** não receba na Conta de Depósito recursos suficientes para acatar a transferência; **(b)** na hipótese de se tratarem de instruções por escrito, não estejam assinadas nos termos determinados no presente Contrato; ou **(c)** na data da transferência os recursos da Conta de Depósito tenham sido bloqueados por ordem judicial.

4.6. Todas as obrigações do [redacted] estão expressamente definidas neste Contrato, inexistindo qualquer outra responsabilidade, direito ou obrigação, implícito ou não. Nenhuma obrigação aqui estabelecida será, de forma alguma, interpretada contra o [redacted], o qual não está obrigado ou vinculado a qualquer disposição ou obrigação pactuada em instrumentos firmados entre o Cliente e o Beneficiário e/ou quaisquer terceiros.

4.7. O Daycoval não deverá utilizar recursos próprios, ou incorrer em quaisquer responsabilidades, financeiras ou de qualquer outra natureza durante o cumprimento de suas obrigações oriundas deste Contrato.

4.8. Em nenhuma circunstância, o [redacted] deverá ser responsabilizado **(a)** por agir de acordo ou tomar por base qualquer instrução ou documento assinado pelo Cliente e/ou pelo Beneficiário, bem como pelas Pessoas Autorizadas, **(b)** por quaisquer perdas ou danos indiretos, imprevistos de qualquer natureza, punitivos, perdas de lucros ou lucros cessantes, independentemente da forma e do fato dessas perdas e danos terem ou não sido não previsíveis ou estimados, **(c)** pelos atos ou omissões das pessoas que foram nomeadas pelo Cliente e pelo Beneficiário como seus procuradores ou representantes legais, e **(d)** pelo investimento ou reinvestimento de quaisquer recursos mantidos na Conta de Depósito, incluindo, sem limitação, qualquer responsabilidade por quaisquer atrasos no investimento ou reinvestimento, ou por qualquer prejuízo em relação a juros ou rendimentos causados por esses atrasos.

4.9. O [redacted], na qualidade de depositário da Conta de Depósito, compromete-se a desempenhar única e exclusivamente as funções previstas no presente Contrato e a recusar-se a acatar qualquer comunicação por escrito na forma física ou e-mail e, ainda por meio do [redacted] inclusive do Cliente e/ou do Beneficiário, que contrariem as disposições deste Contrato, incumbindo-lhe, para segurança, reter todo e qualquer valor existente na Conta de Depósito, reconhecendo e aceitando as Partes, desde já, que esta retenção e aquela recusa serão legítimas e perdurarão até que seja sanada e resolvida a contrariedade apontada.

4.10. Após a liquidação integral de todas as obrigações assumidas na Operação, o Cliente e o Beneficiário se comprometem a comunicar tal fato ao [redacted] conforme modelo constante no Anexo VII ao presente Contrato ("Carta de Resilição Contratual e Encerramento da Conta de Depósito"), ficando o [redacted] automaticamente liberado de suas obrigações aqui estabelecidas, independentemente de qualquer outra formalidade.

CLÁUSULA QUINTA – REMUNERAÇÃO

5.1. O Cliente pagará ao [redacted], pela prestação dos serviços objeto deste Contrato, e até o efetivo encerramento da Conta de Depósito, os valores estabelecidos no Quadro III do Preâmbulo deste Contrato, nos termos e condições ali especificados.

5.2. Os valores deverão ser pagos líquidos de quaisquer tributos e devidamente atualizados pelo índice de atualização previsto no Quadro III do Preâmbulo, ou outro índice de atualização monetária que, por

[redacted]

disposição legal, vier a substituí-lo e, na sua ausência, por índice estabelecido consensualmente entre as Partes.

5.3. O Cliente e o Beneficiário, neste ato, autorizam o [redacted] até o integral cumprimento de todas as obrigações assumidas neste Contrato, a: (i) debitar da Conta de Depósito e da(s) conta(s) indicada(s) no Preâmbulo, sem qualquer ordem de precedência, todos os valores que sejam devidos sob este Contrato; e (ii) resgatar antecipada e independentemente de prévia comunicação ao Cliente e/ou ao Beneficiário todos os ativos financeiros e/ou valores mobiliários emitidos e/ou custodiados pelo [redacted] ou empresas integrantes de seu grupo econômico ("Grupo [redacted]") para o Cliente, e utilizar todos os valores decorrentes desse resgate para a liquidação os valores devidos sob este Contrato.

5.4. Se o Cliente deixar de pagar qualquer uma de suas obrigações decorrentes deste Contrato na data de vencimento, incorrerá em mora automática e independentemente de notificação, e sobre os valores por ele devidos incidirão juros moratórios de 15% (quinze por cento) ao mês, capitalizados mensalmente, calculados desde a referida data de vencimento até a data do integral pagamento dos valores devidos, e multa moratória de 2% (dois por cento), sem prejuízo de todas as custas, despesas e honorários advocatícios em que o [redacted] venha a incorrer para a preservação, defesa ou satisfação de seus direitos.

CLÁUSULA SEXTA – VIGÊNCIA, DENÚNCIA E RESOLUÇÃO

6.1. Este Contrato é celebrado por prazo indeterminado, podendo ser rescindido por qualquer das Partes, por qualquer motivo, mediante envio de aviso prévio por escrito assinado pelo Cliente, em conjunto com o Beneficiário, ou pelo [redacted], com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

6.2. Caso a iniciativa da rescisão do Contrato seja do [redacted] o Cliente e o Beneficiário deverão, no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da notificação do [redacted] nomear, de comum acordo, um sucessor para assumir as funções desempenhadas pelo Daycoval no âmbito deste Contrato.

6.2.1. Na hipótese de não ser indicado um sucessor para substituir o [redacted], dentro do prazo acima estipulado, o [redacted] procederá à liquidação de todos os investimentos eventualmente existentes, transferirá o saldo dos recursos depositados para a Conta Destinatária do Cliente indicada no item 3.3 do Quadro II do Preâmbulo, encerrará a Conta de Depósito e estará inteira e imediatamente livre e desobrigado em relação às obrigações previstas no presente Contrato.

6.2.2. Na hipótese de nomeação de um sucessor, o Cliente deverá indicar ao [redacted] por escrito e com anuência do Beneficiário, no prazo máximo de 10 (dez) dias contados do aviso prévio de rescisão enviado pelo [redacted], conta corrente para onde devem ser transferidos os recursos depositados na Conta de Depósito. Caso não haja indicação da conta no prazo estipulado anteriormente, o [redacted] procederá à liquidação de todos os investimentos eventualmente existentes, transferirá o saldo dos recursos depositados para a Conta Destinatária do Cliente indicada no item 3.3 do Quadro II do Preâmbulo, encerrará a Conta de Depósito e estará inteira e imediatamente livre e desobrigado em relação às obrigações previstas no presente Contrato.

6.3. Este Contrato poderá ser resolvido imediatamente, a critério da Parte inocente ou prejudicada, além dos casos previstos em lei, nas seguintes hipóteses:

a) se qualquer Parte descumprir obrigação prevista neste Contrato e, após ter sido notificada por escrito pela outra parte, deixar de corrigir seu inadimplemento no prazo de 2 (dois) dias, contado do recebimento da aludida notificação;
b) em caso de pedido ou requerimento de falência, recuperação judicial ou extrajudicial de qualquer uma das Partes, ou

[redacted]

c) caso os recursos financeiros, por qualquer motivo, venham a ser bloqueados, retidos, ou, de alguma forma, sejam impedidos de ser creditados na Conta de Depósito, inclusive, mediante liminar deferida, ou, qualquer outra decisão judicial, que impossibilite ou impeça a execução dos serviços ora contratados pelo [redacted];

6.4. Adicionalmente, este Contrato será considerado automaticamente extinto e o [redacted] liberado de todas as suas obrigações, independentemente de qualquer notificação, distrato ou formalidade, nas seguintes hipóteses: **(i)** caso todos os recursos depositados na Conta de Depósito tenham sido transferidos; ou **(ii)** caso a Conta de Depósito permaneça por mais de 60 (sessenta) dias com saldo igual ou inferior ao equivalente ao valor estipulado no item 1 do Quadro III do Preâmbulo deste Contrato.

6.5. Nos casos mencionados nas cláusulas 6.4 e 6.5 acima, fica o [redacted] expressamente autorizado pelo Cliente e pelo Beneficiário a imediatamente proceder à liquidação de todos os investimentos eventualmente existentes, transferir eventual saldo para a Conta Destinatária do Cliente indicada no item 3.3 do Quadro III do Preâmbulo e encerrar a Conta de Depósito, estando inteiramente livre e desobrigado em relação às obrigações previstas no presente Contrato.

CLÁUSULA SÉTIMA - DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1. O Cliente e o Beneficiário deverão indenizar, defender, eximir, manter indene e, quando aplicável, reembolsar o [redacted] em relação a todos e quaisquer prejuízos, indenizações, responsabilidades, danos, desembolsos, adiantamentos, tributos ou despesas (inclusive honorários e despesas de advogados) pagos ou incorridos pelo [redacted] direta ou indiretamente, independentes de sua natureza, decorrentes do exercício das funções objeto deste Contrato.

7.2. Nenhuma das Partes será responsável perante as demais nas hipóteses de prejuízo ou incapacidade em desempenhar suas obrigações neste Contrato em decorrência de caso fortuito e força maior, nos termos do artigo 393 do Código Civil Brasileiro, incluindo, mas não limitado a qualquer ato ou disposição de qualquer futura lei ou regulamento ou autoridade governamental, incêndio, inundações, greve, falhas de sistemas, transmissão ou equipamentos ou outras causas justificadamente alheias a seu controle.

7.3. O Cliente e o Beneficiário autorizam o [redacted] até o integral cumprimento de todas as obrigações assumidas neste Contrato, a debitar da Conta de Depósito e da(s) conta(s) indicada(s) no Preâmbulo, sem qualquer ordem de precedência, todas as tarifas atuais ou que venham a ser previstas ou estabelecidas pelo [redacted] de acordo com as normas do Banco Central do Brasil, constantes na tabela de tarifas vigente, bem como taxas e despesas relativas a este Contrato.

7.4. A invalidade, ilicitude ou inexequibilidade de qualquer disposição deste Contrato não deverá afetar, de qualquer maneira, a validade, legalidade ou exequibilidade de quaisquer outras disposições. Caso qualquer disposição do presente Contrato seja considerada inválida ou inexequível, as disposições remanescentes não deverão ser afetadas e permanecerão em pleno vigor e efeito.

7.5. A eventual tolerância, tácita ou expressa, por qualquer das Partes quanto a qualquer infração ou descumprimento das disposições deste Contrato, sejam principais ou acessórias, em hipótese alguma configurará renúncia a essas disposições e/ou disposições correlatas, ou novação deste Contrato, podendo, a Parte adimplente, a qualquer momento, exigir o cumprimento das disposições descumpridas.

7.6. Este Contrato constitui a totalidade do acordo entre as Partes com relação ao seu objeto e sucede a todo entendimento ou contrato anterior, verbal ou escrito, entre as Partes.

[redacted]

7.6.1. O Cliente tem ciência e concorda, para todos os efeitos de direito, que as disposições deste Contrato prevalecem aos termos constantes nas Cláusulas e Condições de Abertura de Conta de Depósito – Pessoa Jurídica e respectiva Ficha Cadastral naquilo que for divergente.

7.7. Este Contrato não poderá ser alterado, aditado, complementado ou modificado de outra forma, a menos que a alteração seja por escrito e assinada pelos representantes legais de todas as Partes.

7.8. O Cliente e o Beneficiário declaram e garantem ao [redacted] sob pena de rescisão deste Contrato e indenização por todas as perdas e danos que o [redacted] possa vir a incorrer que **(i)** são verdadeiras as informações prestadas sobre a licitude da origem de sua renda, faturamento e patrimônio, e estarem cientes do art. 11, II da Lei n.º 9.613/98, com as alterações introduzidas, inclusive, pela Lei n.º 12.683/12 (dever das instituições financeiras de comunicação ao Coaf de operações e propostas de operações suspeitas), e dos arts. 297, 298 e 299 do Código Penal, **(ii)** observam a legislação ambiental aplicável, ressalvadas as discussões de boa-fé iniciadas nas esferas judiciais e administrativas e suas respectivas decisões, ainda que liminares, **(iii)** observam a legislação trabalhista, especialmente as normas relativas à saúde e segurança ocupacional e à inexistência de trabalho análogo ao escravo ou infantil, **(iv)** monitoram suas atividades de forma a identificar e mitigar impactos ambientais não antevistos no momento da assinatura deste Contrato, e **(v)** monitoram seus fornecedores diretos e relevantes no que diz respeito a impactos ambientais, legislações social e trabalhista, normas de saúde e segurança ocupacional, bem como a existência de trabalho análogo ao escravo ou infantil, e **(vi)** adotam **(a)** procedimentos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicam efetivamente políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, conforme definidos pela Lei n.º 12.846/2013, e **(b)** regras, procedimentos e controles internos de gestão do relacionamento com terceiros, proporcionais ao risco de corrupção envolvido, com a finalidade de subsidiar a decisão quanto ao estabelecimento e manutenção ou não desse relacionamento, incluindo a avaliação de fornecedores, prestadores de serviços, parceiros comerciais, donatários e patrocinados, de acordo com o perfil e o propósito do relacionamento.

7.9. O Cliente, o Beneficiário, seus representantes e todos os signatários deste instrumento, por meio deste:
(i) autorizam o [redacted] a tratar, conforme definição da Lei n.º 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados ("LGPD"), todas as informações sobre eles, e fazer o uso compartilhado, dentro do [redacted], dessas informações, para, por exemplo, as seguintes finalidades e atos a elas relacionados: (a) identificação e qualificação das pessoas acima mencionadas, (b) verificação da adequação de produtos e serviços ao perfil dessas pessoas e oferta de produtos e serviços a elas, (c) apresentação de propostas, contratação e cumprimento de contratos, (d) avaliação e acompanhamento de situação econômico-financeira, (e) cumprimento de obrigações legais, regulatórias e de autorregulação, (f) exercício regular de direitos, (g) prevenção e identificação de fraudes e identificação, prevenção e gerenciamento de riscos à segurança, e
(ii) declaram-se cientes de que o Grupo [redacted] possui uma política relacionada ao cumprimento da LGPD disponível em seu site de [redacted] a qual indica os direitos das pessoas mencionadas acima e relacionados à LGPD.

7.10. As Partes obrigam-se por si, seus sucessores e cessionários, ao fiel cumprimento deste Contrato.

7.11. O Cliente e o Beneficiário, de modo irrevogável, (i) admitem como válidos e aceitam como meio de comprovação de autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica os métodos de identificação cuja utilização tenha-lhes sido solicitada pelo [redacted], como, por exemplo, certificados emitidos ou não pela ICP-Brasil, senha eletrônica, código de autenticação emitido por dispositivo pessoal ou identificação biométrica, e (ii) reconhecem como válidas e eficazes as operações e comunicações realizadas pelos meios eletrônicos acima mencionados.

[redacted]

7.12. Todas as notificações relacionadas a este Contrato serão realizadas por escrito e entregues pessoalmente, por meio de correspondência enviada com aviso de recebimento aos endereços informados no Preâmbulo, ou por meio eletrônico, enviadas para o endereço eletrônico também indicados no Preâmbulo deste Contrato.

7.12.1. As Partes obrigam-se a (i) manter as informações do Preâmbulo atualizadas até a extinção deste Contrato; e (ii) notificar imediatamente a demais Partes de qualquer alteração nessas informações, conforme o disposto na cláusula acima.

7.12.2. O Cliente e o Beneficiário, para fins de notificação, citação ou intimação, nos termos dos artigos 190, 246, inciso V e 513 § 2°, inciso III do Código de Processo Civil, informam os endereços eletrônicos indicados no Preâmbulo.

7.13. É expressamente vedado ao Cliente e ao Beneficiário ceder ou transferir, total ou parcialmente, os direitos e obrigações decorrentes deste Contrato, salvo com autorização prévia e por escrito do [redacted] O [redacted] poderá ceder ou transferir, total ou parcialmente, os direitos e obrigações decorrentes deste Contrato ao [redacted] independentemente de anuência do Cliente e do Beneficiário.

7.14. As Partes elegem o foro da Comarca [redacted] com renúncia a qualquer outro por mais privilegiado que seja, para dirimirem quaisquer controvérsias oriundas deste Contrato.

Estando justas e acordadas, assinam as Partes o presente Contrato em 03 (três) vias, de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo assinadas.

[redacted] 11 de maio de 2021

APÊNDICE 3 / ANHANG 3

Contratos escrow em transações de M&A, extraídos dos processos judiciais publicamente acessíveis abaixo (anonimizados):

- Mandado de segurança n. 1056604-38.2019.8.26.0053, 7ª vara de fazenda pública do Foro Central da comarca de São Paulo;

- Ação ordinária n. 0321751-69.2017.8.19.0001, 5ª vara cível da comarca do Rio de Janeiro.

Escrow-Verträge in M&A-Transaktionen. Auszüge der öffentlichen Akte der untenstehenden Gerichtsverfahren (teilweise geschwärzt):

- Widerspruch gegen Verwaltungsakt Nr. 1056604-38.2019.8.26.0053, Landgericht von São Paulo, 7er Gerichtsbezirk für Steuersachen des zentralen Gerichts;

- Ordentliche Klage Nr. 0321751-69.2017.8.19.0001, Landgericht von Rio de Janeiro, 5er Gerichtsbezirk für Zivilsachen.

[redacted]

CONTRATO DE CUSTÓDIA DE RECURSOS FINANCEIROS
(garantia de "Contrato de Compra e Venda de Ações")

[redacted]

Considerando que:

[redacted]

II. os **Vendedores**, **Compradora** [redacted] de titularidade dos **Vendedores**, na proporção estabelecida no **Contrato de Compra e Venda**, representativas de 100% (cem por cento) do capital social votante da Companhia e de 95,84% (noventa e cinco inteiros e oitenta e quatro centésimos por cento) do capital social total da Companhia;

III. os **Vendedores** acordaram em indenizar a **Compradora** em relação a todas e quaisquer Perdas sofridas pelas Partes Indenizáveis da Compradora, nos termos das Cláusulas 7.1 e 7.2 do **Contrato de Compra e Venda**, conforme tais termos encontram-se definidos em referido instrumento ("Contingências"), e de acordo com os procedimentos ali estabelecidos;

[redacted]

IV. a quantia de [redacted] correspondente a parte do Preço de Compra, será depositada pela **Compradora** na conta vinculada mencionada no subitem 1.2, abaixo, aberta em seu nome perante o [redacted] para garantia do pagamento dos valores relacionados às **Contingências**, conforme previsto no **Contrato de Compra e Venda**;

V. as Partes pretendem contratar o [redacted] mediante a assinatura do presente "Contrato de Custódia de Recursos Financeiros" ("Contrato") para prestar serviços de custódia de recursos financeiros, cujos direitos dele decorrentes são empenhados para garantia das obrigações referidas no item anterior ("Créditos Empenhados").

As Partes ajustam o seguinte.

1. OBJETO

1.1 O [redacted] prestará à **Compradora** serviços de custódia de recursos financeiros e administração dos **Créditos Empenhados.**

1.2 Para prestação de serviços objeto deste contrato o [redacted] abrirá conta vinculada n.º [redacted], em nome da **Compradora**, exclusivamente vinculada a este Contrato, na qual serão depositados os **Créditos Empenhados** e efetuadas as respectivas movimentações ("Conta Vinculada").

1.3 A Compradora efetuará, nesta data, Transferência Eletrônica Disponível – TED, no valor de [redacted] para a **Conta Vinculada** aberta em seu nome perante o [redacted] exclusivamente vinculada a este Contrato, por meio da qual serão realizadas as movimentações aqui previstas.

1.3.1 Os termos e condições previstos neste Contrato somente produzirão efeitos após a confirmação do recebimento da TED – Transferência Eletrônica Disponível na **Conta Vinculada**.

1.4 O [redacted] movimentará a **Conta Vinculada** em estrita obediência a este Contrato, e a **Compradora** e os **Vendedores** concordam e declaram-se cientes de que a referida movimentação é exclusiva do [redacted]

1.5 O [redacted] poderá movimentar a **Conta Vinculada** de maneira diversa da prevista neste Contrato, na hipótese de ordem judicial, mandamento legal ou regulamentar provenientes de órgãos governamentais.

1.5.1. O [redacted] enviará comunicação à **Compradora** e aos **Vendedores**, tão logo seja possível, caso recepcione ordem judicial, mandamento legal ou regulamentar, salvo proibição neste sentido.

1.6 A **Compradora**, neste mesmo ato, autoriza o [redacted] a fornecer aos **Vendedores** todas as informações referentes a qualquer movimentação e o saldo da **Conta Vinculada**, renunciando, portanto, ao direito de sigilo bancário em relação a tais informações, de acordo com o inciso V, parágrafo 3º, artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001.

[redacted]

2. PENHOR DE DIREITOS

2.1 A **Compradora** constitue, neste mesmo ato, em favor dos **Vendedores**, penhor dos direitos sobre os **Créditos Empenhados**, cuja administração será realizada pelo [redacted] na forma prevista neste Contrato.

2.1.1 A **Compradora**, a suas expensas, levará este Contrato para registro em Cartório de Títulos e Documentos, no prazo até 5 (cinco) dias a contar desta data, devendo comprovar o registro perante o [redacted] no prazo até 15 (quinze) dias após a assinatura deste Contrato.

2.1.2 O valor máximo da obrigação garantida corresponde àquele indicado no subitem 1.3 acima acrescido da remuneração verificada em razão das aplicações realizadas na **Conta Vinculada**, nos termos previstos neste Contrato.

2.1.3 O prazo acordado entre as Partes para liberação dos **Créditos Empenhados** é de 6 (seis) anos, prorrogando-se pelo prazo necessário à liquidação das **Contingências**, conforme mecânica prevista no **Contrato de Compra e Venda**, ao término do qual o saldo não comprometido dos **Créditos Empenhados** será transferido para as contas correntes de titularidade dos **Vendedores**, conforme indicadas ao [redacted] na qual deverão ser depositados os valores remanescentes dos **Créditos Empenhados** na seguinte proporção: 37,2% (trinta e sete inteiros e dois décimos por cento) para a [redacted] e 62,80% (sessenta e dois inteiros e oitenta décimos por cento) para o [redacted].

2.1.4 Os **Créditos Empenhados** correspondem ao saldo disponível na **Conta Vinculada** mais aplicações realizadas, e sua liberação será efetuada exclusivamente na forma prevista no item 3 abaixo.

2.1.5. A **Compradora** reconhece que os **Créditos Empenhados** somente poderão ser utilizados para liquidação das **Contingências** e pagamento da Remuneração ou quaisquer outros custos e despesas decorrentes deste Contrato, ressalvado o disposto na Cláusula 7.4.1 abaixo, não servindo para pagamento de obrigação de natureza diversa ou de mesma natureza, mas ainda não exigível.

2.1.6. Os **Vendedores** expressamente autorizam a **Compradora** a proceder à excussão extrajudicial dos **Créditos Empenhados**, nos termos ajustados neste contrato.

3. LIBERAÇÃO DOS CRÉDITOS EMPENHADOS

3.1 A liberação dos **Créditos Empenhados** será realizada mediante:

3.1.1 notificação entregue ao [redacted] na forma do Anexo I, devidamente assinada, em conjunto, pelos representantes legais da **Compradora**, pelos representantes legais da [redacted] e pelo [redacted] (ou seu respectivo representante legal), solicitando que o [redacted] libere, no dia útil subsequente ao seu recebimento, os **Créditos Empenhados**, na forma especificada na notificação, inclusive para os fins da Cláusula 10.2.1 abaixo;

3.1.2 notificação emitida pela **Compradora** e entregue ao [redacted] na forma do Anexo II, informando a existência de decisão final judicial ou arbitral, com a certificação do trânsito em julgado, que contenha obrigação de pagamento em dinheiro pelos **Vendedores** e/ou pelos Intervenientes Vendedores, às Partes Indenizáveis da Compradora (conforme termos definidos no **Contrato de Compra e Venda**); ou

[redacted]

3.1.3 ordem judicial, determinando a penhora, ou o confisco dos **Créditos Empenhados.**

3.2 Além dos documentos relacionados no subitem 3.1.2, a **Compradora** deverá encaminhar ao [redacted] comprovantes de que os **Vendedores** foram previamente comunicados por escrito, pela **Compradora**, sobre a respectiva decisão ou ordem judicial.

3.3 Nas notificações enviadas ao [redacted] na forma dos itens 3.1.1 e 3.1.2 acima deverá constar a conta-corrente de titularidade da **Compradora**, na qual deverão ser depositados os valores devidos, relativos às **Contingências**, no prazo até 1 (um) dia útil, a contar do recebimento da notificação, ficando tal transferência também desde já autorizada pelos **Vendedores**, em caráter irrevogável e irretratável. O [redacted] executará a notificação e não será responsável por validar e identificar nenhum documento anexo.

3.4 Os valores referidos no subitem 3.3 acima, a partir do recebimento da notificação, pelo [redacted] até a realização do depósito na conta-corrente indicada, não serão, de nenhuma forma, por ele remunerados ou investidos.

3.5 As hipóteses de liberação previstas nos itens 3.1.1, 3.1.2 e 3.1.3 acima são as únicas hipóteses de liberação dos **Créditos Empenhados** permitidas por este Contrato.

4. OBRIGAÇÕES DO [redacted]

4.1 O [redacted] obriga-se a:

(i) abrir a **Conta Vinculada** referida no subitem 1.2 acima, em nome da Compradora;

(ii) administrar o saldo disponível da **Conta Vinculada,** conforme os parâmetros definidos no Anexo III deste contrato; e

(iii) disponibilizar acesso ao [redacted] à **Compradora** e aos **Vendedores**.

4.2 O [redacted] não terá responsabilidade em relação ao **Contrato de Compra e Venda** ou qualquer outro instrumento celebrado entre a **Compradora** e os **Vendedores**, não devendo, sob nenhum pretexto ou fundamento, ser chamado a atuar como árbitro com relação a qualquer controvérsia surgida entre as Partes ou intérprete das condições ali estabelecidas, circunscrevendo-se, pois, as responsabilidades do [redacted] ao âmbito deste Contrato.

4.3 O [redacted] terá o direito de confiar em qualquer laudo arbitral, ordem, sentença, atestado, demanda, notificação, termo ou outro tipo de instrumento escrito que lhe for entregue conforme aqui previsto, sem que fique obrigado a verificar a autenticidade ou a exatidão dos fatos neles declarados ou sua adequação.

4.4 O [redacted] cumprirá todas as disposições constantes das notificações e documentos recepcionados, desde que estejam de acordo com as determinações deste Contrato e a legislação aplicável. O [redacted] não será responsável por validar qualquer documento anexo à notificação.

4.4.1 O [redacted] poderá encaminhar qualquer instrução que considere, a seu exclusivo critério, ilegal, imprecisa, ambígua, litigiosa, controversa ou de outro modo inconsistente com qualquer disposição deste Contrato ou com outra instrução à **Compradora** e/ou aos **Vendedores**, conforme o caso, para que estes

[redacted]

solucionem a ilegalidade, imprecisão, ambiguidade, litígio, controvérsia ou inconsistência. O [redacted] terá o direito de se abster de cumprir qualquer instrução até (i) que a ilegalidade, imprecisão, ambiguidade ou inconsistência seja sanada, ou o litígio/controvérsia seja solucionado (ii) que receba uma ordem judicial ou arbitral expressa nesse sentido.

4.5 O [redacted] não será responsável caso, por força de decisão judicial ou arbitral, tome ou deixe de tomar qualquer medida que de outro modo seria exigível.

4.6 O [redacted] não prestará declaração quanto ao conteúdo, à validade, ao valor, à autenticidade, ou à possibilidade de cobrança de qualquer duplicata, ou título, ou outro documento, ou instrumento por ele detido ou a ele entregue, em relação a este contrato.

4.7 O [redacted] não está obrigado a verificar a veracidade da notificação que lhe for entregue e não será, de nenhuma forma, responsabilizado por eventuais fatos danosos dela decorrentes, desde que tal notificação esteja de acordo com os parâmetros estabelecidos neste contrato.

4.8 O [redacted] não será responsável se os valores depositados na **Conta Vinculada** forem bloqueados por ordem administrativa ou judicial, emitida por autoridade à qual o [redacted] esteja sujeito, entre outras, Banco Central do Brasil, Conselho Monetário Nacional e Secretaria da Receita Federal.

5. CONTINGÊNCIA

5.1 O [redacted] compromete-se a manter local para seus funcionários, bem como procedimentos, sistemas e meios de telecomunicação adequados para impedir interrupções na prestação dos serviços em decorrência de falhas em seus próprios sistemas.

5.2 A despeito de adotar procedimentos de contingenciamento para problemas em seus sistemas, o [redacted] não se responsabiliza por eventuais interrupções na prestação dos serviços decorrentes de suspensões ou falhas nos sistemas, recursos ou infra-estrutura das concessionárias de serviços públicos, sobretudo de telecomunicações.

6. CONFIDENCIALIDADE

6.1 As Partes, seus dirigentes, funcionários e representantes a qualquer título manterão sigilo a respeito de todas as informações a que tiverem acesso em decorrência da execução deste Contrato.

6.2 São consideradas confidenciais, para os fins deste contrato, todos os documentos, informações gerais, comerciais ou operacionais, avaliações, análises, interpretações ou outros dados que não tenham sido publicados de modo lícito e sem violação deste Contrato, designadas em conjunto ou isoladamente "Informações Confidenciais", concernentes às Partes, seus clientes e pessoas ou entidades com as quais mantenham relacionamento.

6.3 Não são consideradas Informações Confidenciais aquelas que sejam:

(a) ou se tornem de domínio público sem a interferência de qualquer Parte;

[redacted]

[redacted]

(b) de conhecimento de qualquer Parte ou de seus representantes antes do início das negociações que resultaram neste Contrato;

(c) reveladas por qualquer Parte à outra em caráter não confidencial.

6.4 As Partes somente poderão revelar a terceiro qualquer Informação Confidencial mediante prévia autorização escrita da Parte proprietária da Informação Confidencial.

6.5 Se qualquer Parte, por determinação de autoridade pública ou em decorrência de ordem judicial ou arbitral, tiver de revelar qualquer Informação Confidencial, procederá como segue:

(a) imediatamente dará notícia à Parte proprietária da Informação Confidencial a respeito da ordem da autoridade pública ou do juiz ou árbitro, exceto se da intimação constar vedação nesse sentido;

(b) prestará todas as informações e subsídios que possam ser necessários para que o titular da informação confidencial, a seu critério, possa defender-se contra a divulgação de qualquer informação confidencial.

6.6 É vedada a utilização das Informações Confidenciais para qualquer outro fim que não:

(a) a normal execução deste Contrato;

(b) a manutenção de registros e arquivos exigidos pela legislação.

6.7 Além de constituir infração contratual, a violação do dever de confidencialidade, inclusive aquela cometida por seus funcionários, dirigentes e representantes a qualquer título, obriga a Parte infratora ao pagamento de indenização pelos prejuízos causados à Parte proprietária da Informação Confidencial.

6.8 O pagamento de indenização não desobriga as Partes, seus dirigentes, funcionários e representantes a qualquer título, de continuarem cumprindo, no que cabível, o dever de confidencialidade, conforme disposto neste Contrato.

6.9 Qualquer que seja a causa de rescisão ou resilição do Contrato, as Partes continuarão obrigadas, por si e por seus dirigentes, funcionários e representantes a qualquer título, a respeitar o dever de confidencialidade mesmo após o seu encerramento, sob pena de indenizar os prejuízos causados.

6.10 Sem prejuízo do disposto acima, as Partes poderão divulgar as Informações Confidenciais que sejam obrigadas a divulgar em virtude de cumprimento de Lei, de qualquer regulamentação aplicável ou por determinação de autoridade judicial ou administrativa.

[redacted]

[redacted]

7. REMUNERAÇÃO DO [redacted]

7.1 Pelos serviços prestados nos termos deste Contrato, o [redacted] fará jus a uma remuneração, nos valores abaixo especificados, a qual será paga por meio de débito na **Conta Vinculada**, desde já autorizado pelas Partes ("Remuneração"):

a) [redacted], no 10º dia do mês subsequente à assinatura deste Contrato; e

b) [redacted], mensalmente, no 10º (décimo) dia do mês subsequente à assinatura deste contrato.

7.2 Os valores constantes do *caput* acima serão reajustados, observando-se a periodicidade anual, segundo a variação do IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado), ou, na sua falta, do IGP-DI (Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna), ambos publicados pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

7.3 A **Compradora** e os **Vendedores** autorizam, desde já, o resgate dos recursos aplicados na **Conta Vinculada** para pagamento da **Remuneração**.

7.3.1 Caso não haja recursos suficientes na **Conta Vinculada** para pagamento da Remuneração, os valores devidos ao [redacted], deverão ser pagos pelos **Vendedores**, na mesma proporção indicada no subitem 2.1.3 acima, no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar do recebimento, pelos **Vendedores**, de notificação do [redacted] nesse sentido.

7.4 A **Compradora** compromete-se a encaminhar ao [redacted] até o dia 28 de fevereiro de cada ano o Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e de Retenção de Imposto de Renda na Fonte – Pessoa Jurídica referente aos pagamentos pelos serviços prestados em decorrência deste Contrato no ano anterior.

7.4.1 Na eventualidade da **Compradora** deixar de enviar ao [redacted] o comprovante mencionado na cláusula 7.4, ou enviá-lo intempestivamente, a **Compradora** arcará com multa correspondente a duas vezes o valor da parcela mensal definida na cláusula 7.1, cujo pagamento será efetuado diretamente pela **Compradora** junto ao [redacted], sendo vedada a utilização dos valores da **Conta Vinculada** para pagamento da multa prevista nesta Cláusula.

8. MULTA E JUROS MORATÓRIOS

8.1 Se houver atraso no pagamento de qualquer débito previsto neste contrato, a Parte em mora pagará juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano e multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o valor do débito corrigido pela variação do IGPM/FGV ou, na sua falta, do IGP-DI/FGV ou, na falta de ambos, do IPC/FIPE.

9. REPARAÇÃO DE DANOS

9.1 As Partes obrigam-se a responder pela reparação dos danos causados uma à outra, ou a terceiros, relacionados com os serviços ora contratados, inclusive danos à imagem, motivados por violação de segredo profissional e confidencialidade.

[redacted]

9.2 Estão incluídos nos danos previstos na cláusula anterior os gastos e prejuízos decorrentes de condenações, multas, juros e outras penalidades impostas por leis, regulamentos ou autoridades fiscalizadoras em processos administrativos ou judiciais, bem como os honorários advocatícios incorridos nas respectivas defesas.

9.3 A Parte infratora reembolsará, no prazo máximo de 5 (cinco) dias a contar do aviso que lhe for enviado, acompanhado dos respectivos comprovantes e demonstrativos, o valor correspondente a eventuais prejuízos causados à outra Parte, inclusive o relativo a custas e honorários advocatícios, atualizado com base na variação do IGPM/FGV ou, na sua falta, do IGP-DI/FGV ou, na falta de ambos, do IPC/FIPE, desde a data do desembolso até a do ressarcimento, na mora, de juros de 12% (doze por cento) ao ano e multa de 10% (dez por cento).

10. VIGÊNCIA

10.1 Este contrato é celebrado pelo prazo de 6 (seis) anos contados da presente data, prorrogando-se automaticamente na forma da Cláusula 2.1.3 acima, ficando a cargo da **Compradora** e/ou dos **Vendedores** informar ao [redacted] sobre o efetivo término do **Contrato de Compra e Venda**.

10.1.1 A **Compradora** e os **Vendedores** concordam, desde já, que, independentemente da data constante da cláusula 10.1 acima, enquanto o [redacted] não for devidamente notificado do final da vigência do **Contrato de Compra e Venda** a Remuneração prevista na cláusula 7.1 continuará sendo cobrada.

10.2 Este Contrato poderá ser denunciado pelo [redacted] mediante aviso prévio de 60 (sessenta) dias, enviado às demais Partes.

[redacted]

10.2.1 Na hipótese de denúncia deste Contrato pelo [redacted], a **Compradora**, em conjunto com os **Vendedores**, na forma da Cláusula 3.1.2 acima, deverá indicar, no prazo da denúncia, conta corrente para onde devem ser transferidos os recursos depositados na **Conta Vinculada**.

10.3 Após liquidadas as obrigações decorrentes deste Contrato, a **Conta Vinculada** entrará em regime de encerramento nos termos da regulamentação em vigor, e uma vez concluído o regime de encerramento, a **Conta Vinculada** será automaticamente encerrada, ficando o [redacted] desde já autorizado a tomar todas as providências necessárias para tanto.

10.4 Este contrato somente entrará em vigor após a assinatura de todas as Partes e recepção, pelo [redacted] das respectivas vias assinadas.

11. RESOLUÇÃO

11.1 Este Contrato poderá ser resolvido, a critério da Parte inocente ou prejudicada, nas seguintes hipóteses:

(a) se qualquer Parte descumprir obrigação prevista neste Contrato e, após ter sido notificada por escrito pela outra Parte, deixar, no prazo de 15 (quinze) dias contado do recebimento da aludida notificação, de corrigir seu inadimplemento ou de pagar à Parte prejudicada os danos comprovadamente causados; [redacted]

(b) se qualquer Parte descumprir obrigação prevista neste Contrato e, após ter sido notificada por escrito pela outra Parte, deixar, no prazo de 15 (quinze) dias contado do recebimento da aludida

[redacted]

notificação, de indenizar à Parte prejudicada os danos comprovadamente causados quando não for mais possível o cumprimento da obrigação ou seu cumprimento não satisfizer os interesses da Parte prejudicada;

(c) imediatamente, mediante simples aviso, se a outra parte requerer ou por qualquer outro motivo encontrar-se sob processo de recuperação judicial, tiver decretada sua falência ou sofrer liquidação ou intervenção judicial ou extrajudicial; e

(d) descredenciamento do [redacted] para o exercício das atividades previstas neste Contrato.

12. TOLERÂNCIA

12.1 A tolerância de uma das Partes quanto ao descumprimento de qualquer obrigação pela outra Parte não significará renúncia ao direito de exigir o cumprimento da obrigação, nem perdão, nem alteração do que foi aqui contratado.

13. COMUNICAÇÕES

13.1 A comunicação oral e escrita entre as Partes será feita exclusivamente por intermédio dos representantes de cada uma, relacionados no Anexo IV, nos respectivos endereços ali indicados e poderá ser feita por meio de cartas protocoladas, *fac-símile* ou *e-mail*.

13.2 As Partes poderão alterar os representantes acima referidos, a qualquer tempo, desde que a outra Parte seja avisada por escrito e confirmada por ligação telefônica com antecedência mínima de 1 (um) dia útil.

14. CESSÃO

14.1 Fica vedada a cessão dos direitos e transferência das obrigações decorrentes deste contrato sem anuência da outra Parte, ressalvada a hipótese de o [redacted] ceder total ou parcialmente a empresa pertencente ao seu conglomerado econômico e desde que o cessionário esteja autorizado pelos órgãos reguladores a exercer as atividades decorrentes deste Contrato.

15. DISPOSIÇÕES GERAIS

15.1 Este contrato é firmado sem obrigação de exclusividade, extensivo a herdeiros e sucessores a qualquer título.

15.2 As Partes não poderão usar os nomes e marcas uma da outra, salvo mediante autorização prévia, por escrito, da Parte detentora do nome ou marca que será utilizada.

15.3 O recolhimento dos tributos incidentes sobre esta contratação será realizado pela Parte definida como contribuinte pela legislação tributária, na forma nela estabelecida.

15.4 Os **Vendedores** e a **Compradora** deverão adotar todos os procedimentos necessários para a correta formalização da garantia.

[redacted]

[redacted]

15.5 Termos iniciados em letras maiúsculas e que não tenham sido de outra forma definidos neste Contrato terão o significado que lhes é atribuído no **Contrato de Compra e Venda**.

15.6 Os Anexos I, II, III e IV, rubricados pelas Partes, integram este contrato.

15.7 As Partes obrigam-se a enviar ao [redacted] juntamente com as vias assinadas deste instrumento, documentação societária e pessoal das Partes deste Contrato, para fins de validação de poderes.

15.8 Os Créditos Empenhados não poderão ser utilizados para pagamento de obrigações, penhora, ônus ou gravames de qualquer natureza da Compradora.

16. SOLUÇÃO AMIGÁVEL DE CONFLITOS

16.1. Para a solução amigável de conflitos relacionados à prestação de serviços pelo [redacted] objeto deste Contrato, sugestões, reclamações ou pedidos de esclarecimentos poderão ser direcionados ao atendimento comercial, dias úteis das 9 às 18h. Se necessário, utilize o [redacted] todos os dias, 24h, ou o Fale Conosco [redacted]. Se desejar a reavaliação da solução apresentada após utilizar esses canais, recorra à [redacted] dias úteis, das 9 às 18h, [redacted] Deficientes auditivos ou de fala, dias úteis, das 9 às 18h, [redacted]

17. FORO

17.1 Fica eleito o foro da Comarca [redacted]

Este contrato é assinado em 4 (quatro) vias.

[redacted] 21 de março de 2013.

CONTRATO DE GESTÃO DE RECURSOS DEPOSITADOS EM CONTA GARANTIA

Pelo presente instrumento particular, as partes abaixo identificadas e qualificadas:

[redacted]

[redacted] doravante denominados conjuntamente "**AGENTES ESCROW**"; e

[redacted]

[redacted] doravante denominados "**COMPRADORES**", e

[redacted]

doravante denominados "**VENDEDORES**";

sendo os **COMPRADORES** e os **VENDEDORES** denominados em conjunto simplesmente **PARTES**

CONSIDERANDO QUE:

(a) os **COMPRADORES**, em virtude do Contrato de Compra e Venda de Ações firmado entre as **PARTES** em 03 de abril de 2014 ("Contrato") que estabelece em sua cláusula 5.3.2., como uma das

formas de garantia do adimplemento das obrigações dos **COMPRADORES** a realização de depósitos de recursos em garantia;

(b) os depósitos mensais a serem realizados são os direitos econômicos advindos da locação do imóvel em nome dos **COMPRADORES** localizado [redacted] eventualmente atualizado na forma do contrato de locação;

(c) as **PARTES** concordaram em nomear os **AGENTES ESCROW** como depositários, para que estes gerenciem os recursos depositados pela [redacted] ou pelos **COMPRADORES** na conta corrente de garantia, nos termos e condições estabelecidos pelas Partes nesse instrumento;

(d) Os **AGENTES ESCROW** abrirão uma conta corrente bancária conjunta, dentro de 30 (trinta) dias da assinatura do presente, doravante denominada simplesmente "**CONTA**", que será utilizada para manter e gerenciar os recursos depositados em garantia pela [redacted] ou pelos **COMPRADORES,** de acordo com os termos e condições estabelecidos pelas **PARTES** no presente contrato;

RESOLVEM as **PARTES**, de boa-fé, celebrar o presente **CONTRATO DE GESTÃO DE RECURSOS DEPOSITADOS EM CONTA GARANTIA,** doravante denominado simplesmente "**INSTRUMENTO**", que será regido pelos seguintes termos e condições, que se obrigam a respeitar, cumprir e fazer cumprir, por si, seus herdeiros, bens e sucessores a qualquer título, a saber:

1. Este **INSTRUMENTO** tem por objeto regular a gestão de recursos a serem depositados pela [redacted] ou pelos **COMPRADORES** na **CONTA**, no valor mensal de [redacted] eventualmente atualizado na forma do contrato de locação, referente aos direitos econômicos advindos do contrato de locação do imóvel localizado na [redacted]

1.1. Os recursos depositados na **CONTA** pela [redacted] ou pelos **COMPRADORES** serão geridos pelos **AGENTES ESCROW**, sendo estes os únicos autorizados a movimentar a **CONTA**, sempre em conjunto. As **PARTES** não poderão, em nenhuma hipótese, movimentar diretamente a **CONTA**, com o que estes, desde já, concordam em caráter irrevogável e irretratável.

1.2. As **PARTES** nomeiam, neste ato, os **AGENTES ESCROW** como depositários da **CONTA** e os **AGENTES ESCROW** aceitam, neste ato, sua nomeação como tal, nos termos deste **INSTRUMENTO**.

1.3. O primeiro depósito será devido no dia 10 do mês sucessivo a assinatura do presente, e os demais depósitos no mesmo dia dos meses subsequentes. Eventuais atrasos para abertura da conta corrente não isentarão os COMPRADORES dos depósitos a serem realizados.

2. A **CONTA** será gerida pelos **AGENTES ESCROW** em conjunto, sendo que qualquer movimentação da **CONTA** somente será possível mediante a assinatura de ambos.

3. Os **AGENTES ESCROW** deverão investir os recursos depositados na **CONTA** em aplicações de renda fixa, sem risco (CDB), sendo, neste ato, expressamente vedado aos **AGENTES ESCROW** qualquer investimento de recursos em aplicações de risco.

3.1. Eventuais rendimentos oriundos das aplicações efetuadas com os recursos depositados na **CONTA**, serão mantidos vinculados à **CONTA** e reaplicados.

4. Os **COMPRADORES** declaram e garantem aos **AGENTES ESCROW** que:

(a) a origem dos depósitos e o objeto da transação comercial mantida entre os **COMPRADORES** e a [redacted] é lícito, juridicamente possível, não fere nenhuma norma, lei, normativo e/ou regulamentação em vigor, em especial aqueles relativos à prevenção de crimes de lavagem de dinheiro e que os depósitos estão livres de impostos e taxas, tendo sido recolhidos todos os tributos incidentes sobre os mesmos, os quais declaram expressamente conhecer e entender;

(b) os seus respectivos representantes legais que assinarão o presente **INSTRUMENTO**, estão devidamente autorizados à prática de tal ato, de acordo com os seus documentos societários;

(c) estão cientes de que os recursos depositados na **CONTA** somente poderão ser movimentados nas hipóteses previstas nesse **INSTRUMENTO**, não cabendo nenhum direito de arrependimento e/ou rescisão do contrato;

4.1. Os **COMPRADORES** isentam os **AGENTES ESCROW** de toda e qualquer responsabilidade pelo correto cumprimento das obrigações dispostas neste **INSTRUMENTO** e assumem a obrigação de indenizar os **AGENTES ESCROW** por toda e qualquer perda e/ou prejuízo sofrido em virtude do descumprimento das declarações acima prestadas.

5. Os **AGENTES ESCROW** não farão jus a qualquer remuneração pela gestão da **CONTA,** vez que o presente Instrumento está vinculado a realização de outros negócios jurídicos.

6. Observado o disposto abaixo, este **INSTRUMENTO** vigorará até o integral cumprimento da obrigação de pagamento, pelos **COMPRADORES** do preço de compra estabelecido no "Contrato" em favor dos **VENDEDORES.**

6.1. Após a efetiva quitação do preço de compra do "Contrato" dada pelos **VENDEDORES** por escrito, os **AGENTES ESCROW** transferirão o saldo da **CONTA** aos **COMPRADORES** e, sucessivamente, promoverão o seu encerramento.

6.2. Os **AGENTES ESCROW** transferirão, total ou parcialmente, recursos da **CONTA** aos **VENDEDORES,** a qualquer momento e na medida em que forem necessários, sem limite de tempo ou valor, para indenizar os **VENDEDORES** caso ocorra alguma das hipóteses estabelecidas no "Contrato", bem como nas seguintes hipóteses:

(a) inadimplemento pelos **COMPRADORES** na realização do depósito mensal na **CONTA** do valor de [redacted] eventualmente corrigido na forma do contrato de locação, por 03 (três) meses, consecutivos ou não;

(b) inadimplemento pelos **COMPRADORES** no pagamento do preço de compra das ações previstas no "Contrato", por 03 (três) meses, consecutivos ou não;

(c) rescisão antecipada do "Contrato" ou seus contratos acessórios (contrato de cessão fiduciária de recebíveis comerciais da [redacted] e escritura de alienação fiduciária);

(d) demanda administrativa ou judicial, de qualquer natureza, contra os **VENDEDORES**, que atinja o seu patrimônio;

(e) qualquer prejuízo apurado pelos **VENDEDORES** oriundo do inadimplemento da obrigação dos **COMPRADORES** previstas no "Contrato" de manter os **VENDEDORES** indenes por qualquer contingência, ocultas ou não.

6.3. Os **AGENTES ESCROW** promoverão no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a notificação enviada pelos **VENDEDORES**, com cópia aos **AGENTES ESCROW**, a transferência dos valores indicados na correspondência que relata a infração contratual e solicita a transferência dos recursos para a conta corrente indicada pelos **VENDEDORES.**

6.4. O não cumprimento do prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento da notificação para a transferência dos valores ou a recusa injustificada por qualquer dos **AGENTES ESCROW** no atendimento da solicitação dos **VENDEDORES** e/ou **COMPRADORES**, enseja a incidência de multa diária pelo tempo de descumprimento no valor de [redacted] a ser paga exclusivamente pelo **AGENTE ESCROW** que deu causa em favor do credor da transferência, conforme o caso.

6.4.1. Os **COMPRADORES** respondem solidariamente com o **AGENTE ESCROW** [redacted] em caso de inadimplemento de suas obrigações, incluindo a multa prevista nesta cláusula.

6.5. Em caso de total pagamento e adimplemento das condições previstas no "Contrato", os **COMPRADORES** notificarão os **AGENTES ESCROW** para em 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento da notificação, realizarem a transferência dos valores. O não cumprimento ou a recusa injustificada por qualquer dos **AGENTES ESCROW** no atendimento da solicitação dos **COMPRADORES**, enseja a incidência de multa diária pelo tempo de descumprimento no valor de [redacted] a ser paga exclusivamente pelo **AGENTE ESCROW** que deu causa em favor do credor da transferência, conforme o caso.

6.5.1. Os **VENDEDORES** respondem solidariamente com o **AGENTE ESCROW** [redacted] em caso de inadimplemento de suas obrigações, incluindo a multa prevista nesta cláusula.

7. Se qualquer disposição deste **INSTRUMENTO** for considerada ilegal, inválida ou inexeqüível, as disposições remanescentes permanecerão em pleno vigor e efeito.

8. O presente **INSTRUMENTO** obriga as Partes, seus herdeiros e sucessores a qualquer título, sendo celebrado em caráter irrevogável e irretratável.

9. Fica vedada a cessão total ou parcial do presente **INSTRUMENTO** sem prévio e expresso consentimento, manifestado por escrito, de todas as Partes.

10. Qualquer alteração do presente **INSTRUMENTO** somente poderá ser realizada mediante instrumento escrito assinado por todas as Partes.

11. Todas as notificações e outras comunicações a serem dirigidas às Partes, nos termos deste **INSTRUMENTO**, serão elaboradas por escrito e entregues pessoalmente ou enviadas via carta registrada, telegrama ou fax, com aviso de recebimento para os endereços, exceto se outro endereço for comunicado por uma parte às outras, por escrito:

[redacted]

11.1. As notificações e comunicações previstas acima somente serão consideradas válidas e eficazes (a) mediante confirmação de recebimento no número correto, no caso de documentos transmitidos via fac-símile; (b) mediante recibo de entrega, no caso de documentos entregues pessoalmente; e (c) no caso de documentos enviados por serviço de courier, no dia de sua entrega efetiva.

12. As Partes elegem o foro da Cidade [redacted], para dirimir qualquer litígio oriundo do presente **INSTRUMENTO**, renunciando expressamente a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.