

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_67/2011

Urteil vom 7. Juni 2011
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,
Bundesrichter Corboz,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Konrad Jeker,
Beschwerdeführer,

gegen

X. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Othmar Gabriel,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Mäklervertrag,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 2. Kammer,
vom 29. November 2010.

Sachverhalt:

A.
A. _____ (Beschwerdeführer) führt ein Architekturbüro in Y. _____. In den Jahren 2003 bis 2006 war er an den Vertragsverhandlungen zum Verkauf des Areals "Z. _____" beteiligt, gemeinsam mit B. _____ und C. _____, mit denen er einen "Immopool", eine Art Netzwerk, bildete. Verkäuferin des Areals war die Aktiengesellschaft Q. _____. Auf ihrer Seite führte auch die R. _____ AG Vertragsverhandlungen. Ein Verkauf kam schliesslich zustande, wobei nach Darstellungen des Beschwerdeführers die S. _____ AG als Käuferin auftrat. Diese wurde zu 100 % von einer weiteren Gesellschaft gehalten, an welcher die X. _____ GmbH (Beschwerdegegnerin) zu 50 % beteiligt ist. Diese hat auf Seiten der Käuferschaft die Vertragsverhandlungen geführt. Der Kaufpreis betrug Fr. 8'550'000.--.

B.
Mit Klage vom 17. September 2008 beantragte der Beschwerdeführer dem Bezirksgericht Zofingen, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm Fr. 400'000.-- nebst Zins sowie Betreibungs-, Arrest- und Gerichtskosten zu bezahlen und in der gegen die Beschwerdegegnerin angehobenen Betreuung den Rechtsvorschlag zu beseitigen. Der Beschwerdeführer fordert damit eine Mäklerprovision für die Vermittlung des Kaufvertrags. In teilweiser Gutheissung der Klage sprach das Bezirksgericht dem Beschwerdeführer Fr. 342'000.-- nebst Zins zu und erteilte ihm in diesem Umfang in der erwähnten Betreuung definitive Rechtsöffnung. Das Bezirksgericht kam zum Ergebnis, die Parteien hätten konkludent einen Mäklervertrag abgeschlossen. Da der zwischen der Beschwerdegegnerin bzw. der von dieser gegründeten S. _____ AG und der Verkäuferin Q. _____ AG, vertreten durch die R. _____ AG, zustande gekommene Kaufvertrag aufgrund der Vermittlungstätigkeit des Beschwerdeführers zustande gekommen sei, schulde die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine Provision in der Höhe von 4 % des Verkaufspreises von Fr. 8'550'000.--, mithin Fr. 342'000.--.

C.

Das Obergericht des Kantons Aargau hiess die Appellation der Beschwerdegegnerin am 29. November 2010 gut und wies sowohl die Anschlussappellation des Beschwerdeführers als auch die Klage ab. Dieses Urteil wurde dem Beschwerdeführer am 17. Dezember 2010 zugestellt. Das Obergericht hielt dafür, der Umstand, dass der Beschwerdeführer den später abgeschlossenen Grundstückkaufvertrag vermittelt oder zumindest befördert und die Beschwerdegegnerin bei den Vertragsverhandlungen und der Projektevaluation unterstützt habe, genüge für sich allein und im Kontext der aktenkundigen Vorgänge nicht zur Annahme eines Mäklervertrags. Ausschlaggebend sei, dass der beweisbelastete Beschwerdeführer den Beweis, mit der Beschwerdegegnerin einen gültigen Mäklervertrag abgeschlossen zu haben, nicht erbracht und deshalb die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe (Art. 8 ZGB).

D.

Der Beschwerdeführer beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm Fr. 400'000.-- nebst 5 % Zins seit 13. Mai 2007 zu bezahlen. Ferner sei der Rechtsvorschlag in der gegen die Beschwerdegegnerin angehobenen Betreibung für diesen Betrag zu beseitigen und für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 200.-- die definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Obergericht verzichtet auf eine Stellungnahme. Der Beschwerdeführer hat, ohne dass ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet worden wäre, von sich aus eine kurze Replik eingereicht. Dazu hat sich die Beschwerdegegnerin mit Duplik vom 27. Mai 2011 vernehmen lassen. Diese Eingabe wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt.

Erwägungen:

1.

Die Vorinstanz erachtete nicht für erwiesen, dass zwischen den Parteien ein Mäklervertrag geschlossen wurde. Zwar hat der Beschwerdeführer unstreitig den Abschluss des Kaufvertrages gefördert und gewisse Leistungen für die Beschwerdegegnerin erbracht. Diese unterstehen nach Ansicht der Vorinstanz indessen den Regeln des Auftrags oder des Werkvertrags. Diesbezüglich wies sie die Klage mangels hinreichender Substanziierung des Anspruchs auf Entschädigung ab.

1.1 Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Mäklervertrag steht im Allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 412 Abs. 2 OR). Der Mäklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR). Zu den objektiv wesentlichen Elementen des Mäklervertrages gehören die Entgeltlichkeit und die Erfolgsbedingtheit aufgrund der Tätigkeit des Mäklers - sei es zum Nachweis oder zur Vermittlung eines Vertrages. Zur Begründung des Mäklerlohnes hat der Mäkler zu beweisen, dass der im Mäklervertrag bezeichnete Hauptvertrag infolge seiner Bemühungen abgeschlossen worden ist (BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275; 124 III 481 E. 3a S. 482 f.).

1.2 Der Mäklervertrag kann durch konkludentes Verhalten abgeschlossen werden. Nach der Rechtsprechung untersteht ein Auftrag, der namentlich eine Vermittlungstätigkeit zum Gegenstand hat, jedoch nur dann den besonderen Regeln über den Mäklervertrag, wenn der Auftraggeber aus dem Verhalten des Beauftragten oder aus den Umständen eindeutig erkennen muss, dass der Beauftragte als Mäkler handelt. Das Verhalten des Mäklers muss hinreichend klar sein, damit das Schweigen des Auftraggebers als Zustimmung interpretiert werden kann (BGE 72 II 84 E. 1b S. 87; Urteile des Bundesgerichts 4C.328/2006 vom 16. Oktober 2007 E. 3.1; 4C.70/2003 vom 6. Juni 2003 E. 3.1, publ. in SJ 2004 I 257). Ist für den Auftraggeber aus den Umständen nicht offensichtlich, dass die auf den Erfolg eines Vertragsschlusses gerichtete Tätigkeit als Mäkelei ausgeübt wird, obliegt es dem Beauftragten, ausdrücklich klar zu stellen, dass er ein vom Abschluss des zu vermittelnden Vertrags abhängiges Honorar beanspruchen werde (zit. Urteil 4C.328/2006 E. 3.5). Ein Mäklervertrag liegt nur vor, wenn der Auftraggeber in seiner Eigenschaft als Vertragspartner des Mäklers die Vergütung leistet. Eine allfällige Leistung eines Dritten - etwa des Grundstückverkäufers oder des Werkunternehmers als Vertragspartner des Auftraggebers in dem zu vermittelnden Kauf- oder Werkvertrag - ist keine Gegenleistung für die Vermittlungstätigkeit im Rahmen eines Mäklervertrags, sondern fände ihren Rechtsgrund in einem anderen Rechtsverhältnis (Urteil des Bundesgerichts 4C.17/2003 vom 28. Januar 2004 E. 3.2.2, publ. in: Pra 93/2004 Nr. 117 S. 659). Daraus folgt, dass

der Beauftragte nebst seiner Mäklertätigkeit auch klarzustellen hat, welche der Parteien des zu vermittelnden Vertrages, gegebenenfalls welche Drittperson, er als seinen Auftraggeber bzw. als Gegenpartei des betreffenden Mäklervertrages betrachtet.

1.3 Ob zwischen den Prozessparteien ein Mäklervertrag abgeschlossen wurde bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist. Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG gebunden ist. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann

höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632 mit Hinweisen). Will der Beschwerdeführer Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten, muss er substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind (BGE 136 I 184 E. 1.2 S. 187; 133 III 462 E. 2.4 S. 466).

1.4 Der Beschwerdeführer stützt seine Beschwerde im Wesentlichen auf zwei Argumentationsstränge.

1.4.1 Er ist einerseits der Auffassung, die Vorinstanz habe nicht alle für die Beantwortung der Frage, ob ein Mäklervertrag abgeschlossen wurde, wesentlichen Umstände berücksichtigt. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, der erste Kontakt zwischen den Parteien habe in der Zustellung von Informationen durch den Beschwerdeführer vom 4. Juni 2003 bestanden. Sie habe übersehen, dass der Beschwerdeführer stets geltend gemacht habe, bereits bei einem früheren Kontakt in Thun/Gwatt von der Beschwerdegegnerin beauftragt worden zu sein, ein Grundstück für die Beschwerdegegnerin in der Schweiz zu vermitteln und dass er seine Bemühungen gestützt auf diesen ausdrücklich mündlich erteilten Auftrag erbracht habe.

1.4.2 Zum Anderen schliesst der Beschwerdeführer aus der zwischen den Parteien ausgetauschten Korrespondenz tatsächlich und nach dem Vertrauensprinzip auf den Abschluss des von ihm behaupteten Vertrages.

1.4.3 Die Korrespondenz der Parteien umfasst insbesondere einen am 4. März 2004 der Beschwerdegegnerin übermittelten mit "Musterbrief/Absichtserklärung" überschriebenen Briefentwurf, zu dem er im Begleitbrief bemerkte: "Beilage: Musterbrief/Absichtserklärung gem. Vorgaben der Gemeinde T._____ und der Verkäuferin Q._____ AG". Der Musterbrief nannte als Absender die Beschwerdegegnerin und als Empfänger D._____ von der R._____ AG, die für die Verkäuferschaft handelte (vgl. Sachverhaltserwägung A hiervor). Er enthielt im Wesentlichen ein Gesuch um Reservation des Projektareals für sechs Monate. Ferner wurde darin das Grundstück umschrieben und explizit aufgeführt: "Kaufpreis CHF 10'600'000.-- inkl. Vermittlerprovision." Mit Telefax vom 4. März 2004 hielt E._____ als Vertreter der Beschwerdegegnerin hierauf zunächst fest, der Gesamtpreis sei 10,0 Mio. CHF und nicht 10,6 Mio. CHF gewesen, und die Herren B._____ und C._____ hätten bei diesem Projekt nichts zu tun. Ausserdem fragte er den Beschwerdeführer, wie hoch seine Vermittlungsprovision sei, um wen es sich bei D._____ handle und wer diesen bezahle. Am 26. März 2004 stellte der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin eine Kopie der Vereinbarung zwischen der Eigentümerin des Grundstücks und der Gemeinde T._____ zu. Die gestellten Fragen beantwortete er wie folgt:

"1.) Kaufpreis Sfr. 10'200'000.-- zuzüglich Sfr. 400'000.- Vermittlungs- provision / Grundstückspreis kann event. noch verhandelt werden.

2.) fr.400'000.-- she. Abs. 1.

3.) B._____ und C._____ sind in unserem Immo-Pool

4.)"

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, gemäss dem angefochtenen Entscheid komme niemand ausser der Beschwerdegegnerin als Partei des Mäklervertrages in Betracht. Da die Beschwerdegegnerin die Höhe der Provision erfragt und nicht dagegen remonstriert habe, sei sowohl tatsächlich als auch nach dem Vertrauensprinzip vom Abschluss eines Mäklervertrages auszugehen.

1.5 Die Vorinstanz stützt sich unter Anderem auf eine E-Mail vom 24. Juli 2003 von B._____, der auf Seiten des Klägers in dessen "Immobol" in die Verhandlungen involviert gewesen sei, an D._____ von der R._____ AG. B._____ habe erklärt, als "Vermittler der Investoren" benötige er nun vom "Landbesitzer" eine offizielle Verkaufsabsichtserklärung und gleichzeitig "eine Vereinbarung über die Vermittlungskommission seitens des Verkäufers, zahlbar innert 30 Tagen nach Vertragsunterzeichnung durch den Verkäufer". D._____ habe geantwortet, eine Vermittlungsprovision gehe zu Lasten der Käuferin und der Verkaufspreis betrage CHF 10.2 Mio. Die Vorinstanz rechnete die E-Mail dem Beschwerdeführer zu, der sich nicht davon distanziert habe, und schloss daraus in tatsächlicher Hinsicht, der Beschwerdeführer sei in diesem Zeitpunkt nicht der Auffassung gewesen, dass ihn mit der Beschwerdegegnerin ein Mäklervertrag nach Art. 412 OR verbinde.

1.6 Bezüglich dieser Feststellung erhebt der Beschwerdeführer keine hinreichend begründete Sachverhaltsrüge (Art. 97 BGG), weshalb das Bundesgericht grundsätzlich darauf abzustellen hat (Art. 105 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f. mit Hinweisen). Gehen beide Parteien tatsächlich übereinstimmend davon aus, in diesem Zeitpunkt bestehe kein Vertrag, bleibt für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kein Raum. Insoweit kommt den vor diesem Zeitpunkt erfolgten Geschehnissen keine Bedeutung zu. Selbst wenn diese objektiv für das Bestehen eines Mäklervertrages sprechen sollten, hat der Beschwerdeführer selbst tatsächlich nicht auf das Bestehen eines Vertrages geschlossen. Mangels Prozessrelevanz war die Vorinstanz nicht gehalten, sich mit diesen Ereignissen näher auseinanderzusetzen. Die diesbezüglichen Rügen des Beschwerdeführers gehen ins Leere.

1.7 Bei der Beurteilung der Geschehnisse nach diesem Zeitpunkt ist zu beachten, dass aus dem zit. Urteil 4C.17/2003 nicht abgeleitet werden kann, die Person, die den Mäkler beauftragt und ihm für die Provision haftet, müsse zwingend mit der Person identisch sein, die wirtschaftlich die Kosten für die Provision zu tragen hat. Der Verkäufer kann einen Mäkler beauftragen und im durch diesen vermittelten Kaufvertrag die geschuldete Provision zum Kaufpreis hinzuschlagen. Aus der Tatsache, dass gemäss den der Beschwerdegegnerin zugestellten Entwürfen diese wirtschaftlich die Provision zu tragen hatte, folgt daher weder in tatsächlicher Hinsicht noch nach dem Vertrauensprinzip zwingend, dass sie auch die Vertragspartnerin eines allfälligen bezüglich des Kaufobjekts bestehenden Mäklervertrages ist.

1.7.1 Mit der Wendung "Kaufpreis inkl. Vermittlerprovision" wird klargestellt, dass es wirtschaftlich letztlich der Käufer ist, der mit dem Kaufpreis auch die Provision bezahlt, da der Kaufpreis auch diese umfasst. Das hat indessen noch keinerlei rechtliche Konsequenzen für die Frage, wer Partei des der Provision zugrunde liegenden Mäklervertrages und auf dieser Grundlage dem Mäkler gegenüber entschädigungspflichtig ist. Dass die Beschwerdegegnerin gestützt auf die Auskünfte des Beschwerdeführers damit rechnen musste, dass letztlich die Käuferschaft finanziell mit der Mäklerprovision belastet wird, bedeutet somit nicht, sie hätte sich deswegen rechtlich als Vertragspartnerin des Mäklers begreifen müssen. Der Beschwerdeführer durfte daher aus ihrem anschliessend geäusserten Interesse an der Höhe der Provision nicht ableiten, die Beschwerdegegnerin sehe sich als Auftraggeberin des Mäklervertrages. Ebenso nahe wenn nicht näher lag die Annahme, die Beschwerdegegnerin wolle sich über die Zusammensetzung des Kaufpreises Klarheit verschaffen, um ihre Verhandlungsposition besser einschätzen zu können. Der Kaufpreis erwies sich anschliessend laut Antwort des Beschwerdeführers denn auch als noch verhandelbar. Unter diesen Umständen durfte

die Beschwerdegegnerin in guten Treuen annehmen, der im Kaufpreis für das Grundstück eingeschlossene Mäklerlohn sei im Rahmen des Kaufvertrages geschuldet. Der Schriftverkehr der Parteien führt demnach nicht zum normativen Schluss auf das Zustandekommen eines Mäklervertrages unter ihnen und beweist auch nicht, dass sie tatsächlich miteinander einen Mäklervertrag geschlossen haben. Es reicht nicht aus, dass der Beschwerdeführer offen legte, dass ihm für seine Vermittlungsdienste eine Entschädigung zustand. Wenn er eine solche aufgrund eines mit der Beschwerdegegnerin geschlossenen Mäklervertrages erwartete, hätte er auch dies deutlich kundtun müssen. Dass er dies konkludent getan hätte, hat die Vorinstanz nach dem Gesagten bundesrechtskonform verneint. Insoweit hält das angefochtene Urteil einer Prüfung im Lichte von Art. 412 OR stand.

1.7.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei nicht ersichtlich, wer neben der Beschwerdegegnerin als Auftraggeber im behaupteten Mäklervertrag sonst noch in Frage gekommen wäre, zumal die Verkäuferin des Grundstücks dafür von vornherein ausscheide, wie die Vorinstanz festgestellt habe. Der Beschwerdeführer lässt dabei ausser Acht, dass eine derartige Feststellung mit Blick auf die Auslegung der Erklärungen nach dem Vertrauensprinzip nur relevant sein könnte, wenn

die Beschwerdegegnerin bei Erhalt der Schreiben des Beschwerdeführers gewusst hätte, dass die Verkäuferin keinesfalls Partei des Mäklervertrages sein konnte. Entsprechendes hat die Vorinstanz indessen nicht festgestellt. Dass gemäss der Korrespondenz der Prozessparteien die Provision von der Käuferschaft zu leisten war, betrifft zudem in erster Linie die Frage, von wem die Provision wirtschaftlich zu tragen ist. Daraus kann, wie dargelegt, nicht zwingend darauf geschlossen werden, wer Vertragspartei ist.

1.7.3 Inwiefern die Beschwerdegegnerin der Mitteilung der Höhe der Vermittlungsprovision hätte entnehmen müssen, der Beschwerdegegner erblicke in ihr - der Beschwerdegegnerin - die Auftraggeberin des Mäklervertrags, ist nicht nachvollziehbar. Somit kann der Beschwerdeführer auch aus der fehlenden Reaktion auf die betreffende Auskunft nichts für seinen Standpunkt ableiten. Dieses Verhalten belegt vielmehr in tatsächlicher Hinsicht, dass die Beschwerdegegnerin annahm, Abmachungen hierüber seien *res inter alios acta*.

1.7.4 Schliesslich führt der Beschwerdeführer an, die Beschwerdegegnerin habe immer wieder Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Kauf des fraglichen Grundstücks verlangt, von denen sie nicht habe annehmen können, der Beschwerdeführer erbringe sie unentgeltlich. Dass die Parteien nie über den Ersatz für diese Aufwendungen gesprochen hätten, könne nur heissen, dass beide angenommen hätten, die Aufwendungen würden im Rahmen des Mäklervertrages erbracht und mit der Provision abgegolten. Auch mit diesem Einwand dringt der Beschwerdeführer nicht durch. Wer Auftraggeber des Mäklervertrages sein soll, ergibt sich aus dem Wissen um die Entgeltlichkeit der Leistungen nicht. Soweit der Beschwerdeführer anführt, es sei inkonsequent, wenn die Vorinstanz eine Einigung über einen Auftrag für bestimmte Leistungen annehme, nicht aber für den Mäklervertrag, da dieser eine Unterart des Auftrags bilde, verkennt er die wesentlichen Unterschiede zwischen dem einfachen Auftrag und dem Mäklervertrag, bei welchem das Entgelt nur bei Erfolg, aber dafür in der Regel unabhängig vom konkreten Aufwand geschuldet ist (vgl. BGE 131 III 268 E. 5.1.2 S. 275 f.).

2.

Der Beschwerdeführer sieht sodann seinen Anspruch auf einen verfassungsmässigen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV) sowie auf Replik und auf ein faires Verfahren verletzt, was einen Verstoss gegen Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK bedeuten würde.

2.1 Den Verstoss gegen Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK sieht der Beschwerdeführer darin, dass er zu der vom 13. Dezember 2010 datierenden Kostennote der Gegenpartei nie habe Stellung nehmen können und von deren Inhalt erst nach dem Erlass des angefochtenen Entscheids Kenntnis erhalten habe. Darüber hinaus macht er geltend, aus handschriftlichen Vermerken an bestimmten, näher bezeichneten Aktenstellen gehe hervor, dass telefonische Kontakte zwischen Vorinstanz und Beschwerdegegnerin stattgefunden hätten, welche ihm vorenthalten worden seien.

2.1.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV steht den Parteien das rechtliche Gehör zu. Es dient einerseits der Klärung des Sachverhaltes, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht der betroffenen Person, sich vor Erlass eines ihn belastenden Entscheids zur Sache, jedenfalls zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können, wenn dieses geeignet ist, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen. Dieser Anspruch ist formeller Natur, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGE 135 I 187 E. 2.2 E. S. 190 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung ist jedoch selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung dann abzusehen, wenn und soweit diese zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390 mit Hinweis).

2.1.2 Sollte aufgrund der Unterlassung, die Honorarnote dem Beschwerdeführer vorzulegen, der Vorinstanz eine Gehörsverletzung vorzuwerfen sein, könnte diese jedenfalls nicht als schwerwiegend eingestuft werden, zumal sich nach der im Entscheidzeitpunkt anwendbaren kantonalen Regel die Bemessung der Parteientschädigung ohnehin nach dem Anwaltstarif richtete (BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 1998, N. 5 zu § 100 ZPO/AG). Dass die Vorinstanz die Entschädigung zu hoch bemessen hätte, macht der Beschwerdeführer nicht geltend, und eine Aktennotiz, auf welche der Beschwerdeführer verweist, deutet darauf hin, dass das Gericht die Honorarnote als eher zu tief beurteilt hat. Was der Beschwerdeführer dagegen hätte einwenden wollen, zeigt er nicht ansatzweise auf. Vor diesem Hintergrund darf mit Fug angenommen werden, eine Rückweisung würde einen Leerlauf bedeuten,

weshalb davon abzusehen ist. Dasselbe gilt mit Bezug auf die telefonischen, aktenmässig dokumentierten Kontakte, über welche der Beschwerdeführer offenbar nicht orientiert wurde, denn diese bestanden im Wesentlichen in Verzichtserklärungen der Beschwerdegegnerin, einerseits mit Bezug auf ein früher gestelltes Begehren um Einforderung der Honorarnote des Gegenanwaltes und andererseits auf Durchführung einer Appellationsverhandlung.

2.2 Zur Begründung der Rüge der Verletzung von Art. 30 BV trägt der Beschwerdeführer vor, in den Akten finde sich kein Hinweis darauf, dass der im Rubrum genannte Obergerichter Richli überhaupt am Entscheid mitgewirkt habe. Fest stehe zudem, dass jedenfalls der Kostenentscheid nicht in der gesetzlich vorgesehenen Dreierbesetzung gefällt worden sei, und dass die Sache am angeblichen Urteilsdatum des 29. November 2010 mangels Vorliegens der Kostennote noch nicht spruchreif sein konnte. An diesem Tag, an welchem die Beschwerdegegnerin ihren Verzicht auf öffentliche Verhandlung erklärt habe, müsse das schriftlich motivierte Urteil bereits vorgelegen haben. Das Obergericht habe somit nicht unvoreingenommen und unabhängig entschieden.

2.2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt. Der Anspruch der Parteien auf richtige Zusammensetzung des Gerichts ist auch Teilgehalt des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV (BGE 127 I 128 E. 4c S. 132).

2.2.2 In seiner Argumentation verkennt der Beschwerdeführer, dass am Tage der Urteilsfällung auch eine mündliche Beratung stattgefunden haben kann. Das Urteil muss damals noch keineswegs ausformuliert gewesen sein. Selbst wenn an diesem Tage bereits ein Urteilsentwurf vorgelegen hätte, wäre daraus nicht auf eine Voreingenommenheit des Gerichts zu schliessen, konnte doch anlässlich der Beratung davon abgewichen werden. Der blosser Umstand, dass die Honorarnote noch nicht vorlag, hinderte nicht daran, in der Sache bereits zu urteilen, das Urteil entsprechend zu datieren und dennoch den Entscheid über die Nebenfolgen vorzubehalten. Dass nicht alle mitwirkenden Gerichtspersonen die Kostennote visiert haben, bedeutet nicht zwingend, dass sie den Entscheid über die Parteientschädigung nicht mitgetragen haben. Was die Kritik an der Zusammensetzung des Spruchkörpers anbelangt, wäre das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel zulässig, da erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gab (Art. 99 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer stellt zwar die Richtigkeit des Rubrums in Frage, beruft sich aber für seine Kritik an der gehörigen Besetzung - abgesehen von der fehlenden Visierung, die für sich allein zum Beweis nicht genügt - auf keinerlei Beweismittel (z. B. Befragung der beteiligten Richter bzw. der Gerichtsschreiberin, schriftliche Auskunft, etc.). Derartige Abklärungen von Amtes wegen vorzunehmen, ist aber nicht Sache des Bundesgerichts. Die Rüge der Verletzung von Art. 30 BV ist daher unbegründet.

3.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 7'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 8'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 2. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. Juni 2011

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Luczak