Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 232/2014, 4A 610/2014

Urteil vom 30. März 2015

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Kolly, Bundesrichterinnen Hohl, Niquille,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
4A 232/2014
A._____ S.R.L (Rechtsnachfolgerin der
A2._____ SRL, vormals A3._____ S.p.A.),
vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Urs Leu und Marc Metzger,
Beklagte und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG (Rechtsnachfolgerin der B2._____ AG),
vertreten durch Rechtsanwalt Hans Ulrich Kobel,
Klägerin und Beschwerdegegnerin,

und
4A 610/2014
B._____ AG (Rechtsnachfolgerin der B2._____ AG),
vertreten durch Rechtsanwalt Hans Ulrich Kobel,
Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

A._____ S.R.L (Rechtsnachfolgerin der
A2._____ SRL, vormals A3._____ S.p.A.),
vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. Urs Leu und Marc Metzger,
Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Werkvertrag, Berichtigung eines Urteils,

Beschwerden gegen die Urteile vom 23. April 2010 und vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014
sowie den Entscheid vom 23. September 2014
des Handelsgerichts des Kantons Bern.

Sachverhalt:

A.

A.a. Die B3._____ AG schloss am 17. Mai 2005 mit dem Institut D._____ einen Werkvertrag (Totalunternehmervertrag) betreffend Erstellung eines neuen Bürogebäudes in Bern ab. Am 21. bzw. 30. Juni 2006 unterzeichneten die B3._____ AG und die A3._____ S.p.A., Italien, (Beklagte/Widerklägerin) als Subunternehmerin einen Werkvertrag über die Errichtung der Fassade für dieses Gebäude. In diesem Zusammenhang vereinbarten die Parteien die Einhaltung verschiedener Schlüsseltermine (Arbeitsbeginn, Zwischentermine, Endtermine). In der Folge kam es zu Auseinandersetzungen betreffend Einhaltung der Termine.

A.b. Mit Spaltungsvertrag vom 3. April 2006 übernahm die B2._____ AG (Klägerin/Widerbeklagte) von der B3._____ AG einen Teil des Vermögens. Der nicht übertragene Teil verblieb in der B3._____ AG, welche zuerst in B4._____ AG und schliesslich in B5._____ AG umfirmiert wurde.

A.c. Die B2._____ AG leistete am 10. Juli 2006 eine Anzahlung im Betrag von Fr. 1'100'000.–. Am 13. November 2006 verzichtete sie auf die weiteren Leistungen der Beklagten. Die gemäss Werkvertrag geschuldeten Fassaden wurden in der Folge durch die E._____ AG fertig gestellt bzw. neu erstellt.

B.

B.a. Mit Klage vom 9. Oktober 2008 beim Handelsgericht des Kantons Bern beantragte die B2._____ AG, die A3._____ S.p.A. sei zu verpflichten, ihr Fr. 6'796'866.45 plus Zins zu 5 % auf Fr. 1'100'000.– seit 10. Juli 2006, auf Fr. 500'000.– seit 25. Februar 2007, auf Fr. 350'000.– seit 22. Mai 2007, auf Fr. 500'000.– seit 12. Juli 2007 und auf Fr. 4'346'866.45 seit wann rechtens zu bezahlen.
Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und stellte widerklageweise das Begehren, die Klägerin sei zu verpflichten, ihr einen Fr. 1'778'129.95 übersteigenden Betrag nebst Verzugszins zu 5 % seit wann rechtens zu bezahlen.
Das Verfahren wurde in der Folge auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkt. Mit Urteil vom 23. April 2010 bejahte das Handelsgericht die Aktivlegitimation der Klägerin.
Mit Urteil vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014 verpflichtete das Handelsgericht sodann die Beklagte, der Klägerin/Widerbeklagten den Betrag von Fr. 3'611'000.– nebst Zins zu 5 % auf Fr. 1'100'000.– seit 10. Juli 2006 und auf Fr. 2'511'000.– seit 5. Februar 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (Disp.Ziff. 1). Weiter wies es die Widerklage ab (Disp.Ziff. 2). Die Gerichtskosten von Fr. 188'000.– auferlegte es zu einem Drittel der Klägerin/Widerbeklagten und zu zwei Dritteln der Beklagten/Widerklägerin (Disp.Ziff. 3). Die Beklagte/Widerklägerin wurde schliesslich verpflichtet, der Klägerin/Widerbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 166'944.20 zu bezahlen.

B.b. Die B._____ AG ersuchte am 27. März 2014 - in eigenem Namen und im Namen der B2._____ AG - das Handelsgericht um Berichtigung des Urteils vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014, indem als Klägerin/Widerbeklagte nicht B2._____ AG, sondern B._____ AG aufgeführt werde. Mit einem weiteren Gesuch vom 16. Mai 2014 stellte die B._____ AG - in eigenem Namen und im Namen der B2._____ AG - dem Handelsgericht den Antrag, das Urteil vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014 sei insofern zu berichtigen, indem als Beklagte/Widerklägerin nicht die A3._____ S.p.A., sondern die A2._____ SRL aufgeführt werde.
Das Handelsgericht trat mit Entscheid vom 23. September 2014 auf die zwei von der B2._____ AG erhobenen Gesuche nicht ein (Disp.Ziff. 1) und wies die zwei von der B._____ AG erhobenen Berichtigungsgesuche ab (Disp.Ziff. 2); unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der B._____ AG. Es stellte in tatsächlicher Hinsicht fest, mit Fusionsvertrag vom 25. März 2013 hätten die B2._____ AG und die B._____ AG fusioniert. Dieser Vorgang sei am 28. März 2013 ins Tagesregister des Handelsregisters eingetragen und am 4. April 2013 im SHAB publiziert worden. Gleichzeitig sei die durch Absorptionsfusion übertragende B2._____ AG im Handelsregister gelöscht worden. Auf Seite der Beklagten/Widerklägerin seien folgende gesellschaftsrechtlichen Veränderungen ausgewiesen: Die A3._____ S.p.A (Steuernummer

xxx) habe im April 2012 gleichzeitig eine Umwandlung - in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit der Firma A3._____ S.r.l. (Steuernummer xxx) - und eine Abspaltung durchgeführt. Im Rahmen der Abspaltung sei eine neue Aktiengesellschaft mit der Firma A3._____ S.p.A. gegründet worden. Die vorliegende Streitigkeit sei aber nicht in die neugegründete Aktiengesellschaft übertragen worden, sondern gemäss Spaltungsvertrag ausdrücklich bei der A3._____ S.r.l. verblieben. Diese habe sodann im August ihre Firma in A2._____ SRL (Steuernummer xxx) geändert, also ohne Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Identität. Im Oktober 2013 hätte die A2._____ SRL als übertragende Gesellschaft mit der A._____ S.R.L., einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung rumänischen Rechts mit Sitz in Bukarest, fusioniert, wobei diese Fusion ebenfalls im Oktober 2013 im italienischen Handelsregister eingetragen worden sei. Nach Eröffnung des Urteils vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014, nämlich am 7. Mai 2014, sei schliesslich die Löschung der A2._____ SRL im italienischen Handelsregister erfolgt. Aufgrund der geschilderten gesellschaftsrechtlichen Vorgänge - so die Vorinstanz weiter - seien Parteien im Berichtigungsverfahren die B._____ AG und die A._____ S.R.L.; die B2._____ AG sei dagegen untergegangen und daher nicht mehr rechtsfähig. Entsprechend trat sie auf deren Gesuche nicht ein. Die Berichtigungsgesuche der B._____ AG wies sie ab, weil keine irrtümliche Bezeichnung der Parteien stattgefunden habe, vielmehr seien dem Gericht die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge nicht zur Kenntnis gebracht worden. Das stelle aber keinen Berichtigungsgrund dar.

C.

C.a. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 7. April 2014 (Verfahren 4A 232/2014) beantragte die A2._____ SRL dem Bundesgericht, die Urteile des Handelsgerichts vom 13. Februar/30. August 2013/5. März 2014 (Ziff. 1-4 des Urteilsdispositivs) und vom 23. April 2010 (Ziff. 1-2 des Urteilsdispositivs) seien vollumfänglich aufzuheben. Die B2._____ AG sei zu verurteilen, ihr einen Betrag von Fr. 1'680'923.15 nebst Verzugszins zu 5 % seit 5. Januar 2009 zu bezahlen. Eventualiter seien die angefochtenen Urteile wie beantragt aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der B2._____ AG.
Die B._____ AG stellt mit Vernehmlassung - die sie in eigenem Namen und im Namen der B2._____ AG einreicht - den Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
In der Folge reichte die A._____ S.R.L., Bukarest, Rumänien, eine Replik ein, zu welcher die B._____ AG mit Duplik Stellung nimmt. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.
Mit Präsidialverfügung vom 26. Juni 2014 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt.
Am 23. Oktober 2014 stellte die B._____ AG die prozessualen Anträge, es sei davon Vermerk zu nehmen, dass B._____ AG Rechtsnachfolgerin der bisherigen Klägerin B2._____ AG sei, und die Parteibezeichnung der Beschwerdegegnerin/Klägerin sei auf B._____ AG zu ändern. Es sei ausserdem davon Vermerk zu nehmen, dass die A._____ S.R.L. Rechtsnachfolgerin der bisherigen Beschwerdeführerin/Beklagten A3._____ S.p.A. bzw. A2._____ SRL sei und es sei die Parteibezeichnung der Beschwerdeführerin/Beklagten auf A._____ S.R.L. zu ändern. Die A._____ S.R.L. beantragt, auf diese prozessualen Anträge sei nicht einzutreten, eventuell seien sie abzuweisen. Ausserdem stellte sie den Antrag, das Verfahren 4A 232/2014 sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im Verfahren 4A 610/2014 (vgl. nachfolgend C.b) zu sistieren.

C.b. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 23. Oktober 2014 (Verfahren 4A 610/2014) und Ergänzung vom 27. Oktober 2014 beantragt die B._____ AG, Dispositiv-Ziffer 2 des Entscheids des Handelsgerichts vom 23. September 2014 betreffend Berichtigung sei aufzuheben und das Urteil vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014 sei zu berichtigen, indem als Klägerin/Widerbeklagte nicht B2._____ AG, sondern B._____ AG aufgeführt wird, eventuell sei das Handelsgericht anzuweisen, die betreffende Berichtigung vorzunehmen. Sodann sei das Urteil vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014 zu berichtigen, indem als Beklagte/Widerklägerin nicht A3._____ S.p.A., sondern A2._____ SRL, Italien, aufgeführt wird; eventuell sei das genannte Urteil im Sinn der Revision entsprechend zu berichtigen, subeventuell sei die Vorinstanz anzuweisen, die betreffende Berichtigung allenfalls im Sinne der Revision vorzunehmen. Die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Entscheids vom 23. September 2014 (Kosten und Entschädigung) seien aufzu-

heben, die Gerichtskosten seien der Beklagten aufzuerlegen und diese zu verurteilen, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen; alles unter Kostenfolge. Ausserdem stellt sie den prozessualen Antrag, das Beschwerdeverfahren 4A 610/2014 bis zum Entscheid des Bundesgerichts in der Sache 4A 232/2014 zu sistieren.
Die A._____ S.R.L. beantragt Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der B._____ AG. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Stellungnahme.

C.c. Mit Verfügung vom 24. November 2014 wurden die Sistierungsbegehren in beiden Verfahren abgelehnt. Die Parteien haben in beiden Verfahren unaufgefordert weitere Eingaben eingereicht.

Erwägungen:

1.
Wenn an den Verfahren dieselben Parteien beteiligt sind und den Beschwerden der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, behandelt das Bundesgericht die verschiedenen Eingaben in der Regel in einem einzigen Urteil. Die Frage, auf welche Parteien das Urteil zu lauten hat, wird in beiden Verfahren aufgeworfen. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeverfahren 4A 232/2014 und 4A 610/2014 zu vereinigen.
Verfahren 4A 232/2014

2.
Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 139 III 133 E.1, 249 E. 1 S. 250, 252 E. 1.1).

2.1. Angefochten werden sowohl das Urteil des Handelsgerichts vom 23. April 2010 als auch das Urteil vom 13. Februar 2013/ 30.August 2013/5. März 2014. Letzteres ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, der das Verfahren abschliesst. Beim Urteil vom 23. April 2010, das die Aktivlegitimation der Klägerin bezüglich der von ihr geltend gemachten Forderung bejaht, handelt es sich um einen selbstständig eröffneten Vor- und Zwischenentscheid gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG. Dieser Entscheid war nicht direkt angefochten worden. Er ist durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar, auf dessen Inhalt er sich auswirkt (Art. 93 Abs. 3 BGG).

2.2. Die Beschwerde wurde von der A2._____ SRL eingereicht. Es ist unbestritten, dass es sich dabei lediglich um eine Änderung der Firma der Beklagen nach erfolgter Umwandlung handelt. Die Beschwerdelegitimation ist damit gegeben (Art. 76 BGG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keiner Bemerkung Anlass. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist - unter Vorbehalt einer hinlänglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

3.

3.1. Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Anforderungen an die Beschwerdebegründung (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53 mit Hinweis).
Die genannten Begründungsanforderungen gelten analog auch für die Beschwerdeantwort, soweit darin Kritik am angefochtenen Urteil geübt wird (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89 mit Hinweisen).

3.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substanziiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und erheblich sind (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Soweit sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen).
Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

4.

4.1. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die A2._____ SRL am 7. April 2014 zufolge Fusion mit der A._____ S.R.L. im italienischen Handelsregister gelöscht wurde. Damit gingen alle Rechte und Pflichten der A2._____ SRL auf die A._____ S.R.L. über und diese übernimmt ohne Weiteres die Stellung der übernommenen Gesellschaft im Prozess (Art. 71 BGG i.v.m. Art. 17 Abs. 3 BZP; Urteile des Bundesgerichts 4A 220/2013 vom 30. September 2013 E. 2; 2C 895/2008 vom 9. Juni 2009 E. 1.1, publ. in: RDAF 2009 II S. 522 ff.). Das Urteil des Bundesgerichts lautet daher auf die A._____ S.R.L. als Beklagte.

4.2. Das angefochtene Urteil nennt als Klägerin die B2._____ AG. Von Seiten der Klägerin wird beantragt, im Urteil des Bundesgerichts sei die Parteibezeichnung der Klägerin auf B._____ AG zu ändern.

4.2.1. Die Beklagte reicht mit ihrer Beschwerdeschrift selbst den Handelsregisterauszug der B2._____ AG ein und führt aus, diese Gesellschaft sei per 28. März 2013 infolge Fusion mit der B._____ AG untergegangen. Ein Rechtsübergang infolge Fusion führe zu einem Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 der eidgenössischen ZPO (SR 272; die ZPO findet allerdings auf das Verfahren vor der Vorinstanz keine Anwendung; vgl. E. 6 hiernach). Gestützt darauf hätte die Vorinstanz im vorinstanzlichen Verfahren über einen Parteiwechsel gemäss Art. 83 ZPO befinden müssen, was aufgrund der von der Klägerin unterlassenen Mitteilung unterblieben sei. Das angefochtene Urteil laute daher auf eine nicht existierende Partei und sei nichtig.
Die Klagpartei beruft sich ebenfalls auf die Fusion und behaftet die Beklagte bei deren Anerkennung. Da nun nur noch die B._____ AG existiere, sei auch nur diese Gegenpartei im Beschwerdeverfahren. Die Beschwerde sei somit bereits deshalb abzuweisen, weil sie die gelöschte Gesellschaft B2._____ AG als Beschwerdegegnerin anführe. Die Klagpartei macht geltend, weil das angefochtene Urteil wegen der im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens stattgefundenen Fusion auf eine falsche Partei laute, habe sie bei der Vorinstanz ein Berichtigungsgesuch gestellt. Nachdem das Berichtigungsgesuch abgewiesen worden war, stellte sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren die eingangs erwähnten (vgl. C.a hiervor) prozessualen Anträge. Die Beklagte erachtet diese als unzulässig, namentlich weil sie nach Abschluss des Schriftenwechsels und damit verspätet erfolgt seien und die Klagpartei grundsätzlich nicht befugt sei, Anträge zu stellen, wenn sie nicht selbst Beschwerde erhoben habe.

4.2.2. Die Fusion als Tatsache ist somit unbestritten. Dass im angefochtenen Entscheid nicht von diesem Sachverhalt ausgegangen wird, ist nicht entscheidend. Das Bundesgericht kann einen offensichtlich unrichtigen Sachverhalt von Amtes wegen berichtigen (Art. 105 Abs. 2 BGG). Nachdem beide Parteien übereinstimmend von der Fusion ausgehen, ist erstellt, dass das angefochtene Urteil auf einem offensichtlich unrichtigen Sachverhalt beruht. Die B._____ AG ist im Zeitpunkt der Fusion materiellrechtlich in die Stellung der B2._____ AG eingetreten. Die Fusion bewirkt zudem prozessrechtlich die Rechtsnachfolge im Prozess und zwar gestützt

auf Bundesrecht, unabhängig vom - hier grundsätzlich noch anwendbaren (vgl. E. 6 hiernach) - kantonalen Prozessrecht (Urteil des Bundesgerichts 4A 215/2009 vom 6. August 2009 E. 3.1; zit. Urteil 2C 895/2008 E. 1.1; Fabienne Hohl, Procédure civile, Bd. I, 2001, S. 130 f. Rz. 665 f.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, S. 206 § 13 Rz. 77). Dass auf einem angefochtenen kantonalen Entscheid noch - fälschlicherweise - die übernommene Gesellschaft aufgeführt wird, ändert nichts, da die Fusion von Gesetzes wegen eintritt und von Amtes wegen (bei entsprechender Kenntnis)
beachtet werden muss (zit. Urteil 2C 895/2008 E. 1.1 a.E.; Urteil 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006 E. 1.2.1 und 1.3 a.E.). Es wird nicht behauptet, der Prozess sei nach der Fusion von Personen geführt worden, die nicht zur Vertretung der Rechtsnachfolgerin berechtigt gewesen wären, sodass diese ihre prozessualen Rechte nicht hätte wahrnehmen können. Das Urteil des Bundesgerichts lautet daher auf die B._____ AG (als Rechtsnachfolgerin der B2._____ AG) als Klägerin. Hierfür bedurfte es der prozessualen Anträge der Klägerin nicht, und es kann offen bleiben, ob diese überhaupt zulässig waren.

5.
Es ist unbestritten, dass gemäss der im massgeblichen Werkvertrag vom 21./30. Juni 2006 enthaltenen Gerichtsstandsklausel die schweizerischen Gerichte bzw. die Gerichte des Kantons Bern örtlich zuständig sind und die Parteien die Anwendung des schweizerischen Rechts unter Ausschluss des Wiener Kaufrechts vereinbart haben.

6.
Die Klage wurde im Jahr 2008 eingereicht, vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011. Das kantonale Verfahren in der Hauptsache fand daher nach dem Gesetz vom 7. Juli 1918 über die Zivilprozessordnung des Kantons Bern (ZPO/BE) statt (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

7.
Die Vorinstanz erkannte im auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkten Zwischenentscheid vom 23. April 2010, die B5._____ AG (vormals B4._____ AG) habe rechtsgültig sämtliche Forderungen aus dem Werkvertrag an die Klägerin abgetreten.

7.1. Am 27. August 2008 trat die B5._____ AG mit der nachstehenden Abtretungserklärung
"folgende Forderungen ab:

- Sämtliche allfällige Forderungen aus dem Werkvertrag zwischen B3._____ AG und A3._____ S.p.A., Italien, betreffend Neubau D._____, betreffend BKP-Nr. 215.2 Fassadenbau.
Die Zedentin ist der Auffassung, die vorgenannten Forderungen stünden bereits ohne die vorliegende Abtretung der B2._____ AG zu, gestützt auf die Fusion mit Spaltung, gemäss der die Zessioniarin durch Universalsukzession Rechtsnachfolgerin der Zedentin geworden ist. Um jeden Zweifel zu beseitigen, werden hiermit die Ansprüche der B5._____ AG (vormals B4._____ AG, vormals B3._____ AG) an die B2._____ AG abgetreten, soweit diese Ansprüche noch der Zedentin zustehen sollten."

7.2. Was die Beklagte gegen die Gültigkeit dieser Zession vorbringt, ist offensichtlich unbehelflich. So rügt sie, eine Zession setze voraus, dass der Zedent wisse oder davon ausgehe, über die Forderung verfügen zu können. Vorliegend sei die Zedentin aber davon ausgegangen, die abgetretene Forderung stehe ihr gar nicht zu und entsprechend habe sie keinen Verfügungswillen gehabt.
Die Zession erfolgte für den Fall, dass die Forderung der Zedentin noch zusteht. Die Zedentin hatte offensichtlich den Willen, diese Eventualforderung abzutreten. Dass eine Forderung im Zeitpunkt des Verfügungsgeschäfts (Zession) (noch) nicht besteht, hindert die Gültigkeit der Zession nicht; daher sind künftige oder bedingte Forderungen abtretbar (EUGEN SPIRIG, Zürcher Kommentar, 1993, N. 35 f. zu Art. 164 OR; DANIEL GIRSBERGER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N. 36 zu Art. 164 OR). Umso mehr ist eine Forderung abtretbar, die nach der vorinstanzlichen Feststellung der Zedentin im Zeitpunkt der Zession tatsächlich zustand, und die Zedentin einzig unsicher war, ob dies durch das Gericht auch so festgestellt werde.
Weiter macht die Beklagte geltend, die Abtretungserklärung weise nicht die nötige Bestimmtheit auf, denn danach seien "sämtliche allfälligen Forderungen aus dem Werkvertrag zwischen B3._____ AG und A3._____

S.p.A. " abgetreten worden, wobei nicht einmal das Datum des Vertrages angegeben worden sei. Dass das Datum des Vertrages nicht angegeben wurde, ist unwesentlich. Die Beklagte macht denn auch nicht geltend, es sei nicht klar gewesen, welcher Vertrag gemeint sei. Ebenso ist ohne Weiteres bestimmbar, welche Forderungen erfasst sind - nämlich sämtliche Forderungen aus diesem Vertrag.
Die Vorinstanz bejahte somit zu Recht die Aktivlegitimation der Klägerin. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit sie sich gegen den Zwischenentscheid vom 23. April 2010 richtet.

8.
Nach den Feststellungen der Vorinstanz sah der Werkvertrag vom 21./30. Juni 2006 folgende Zwischen- und Endtermine vor:

- 2. August 2006 Montagebeginn Holz
- 31. Oktober 2006 Holz/Metallfassade Bau dicht 50 % der Pfosten/Riegelfassade ohne Glas
- 28. Februar 2007 Vollendung der Arbeiten.

Die Vorinstanz stellte fest, dass die Parteien an ihrer Sitzung vom 11. August 2006 den Montagebeginn einvernehmlich vom 2. August 2006 auf den 28. August 2006 verschoben hatten, jedoch ausdrücklich festhielten, dass diese neue und endgültige Terminabsprache keinen Einfluss auf die vertraglich vereinbarten Endtermine habe. Der hier relevante Zwischentermin vom 31. Oktober 2006 sei im Protokoll vom 11. August 2006 nicht erwähnt worden. An der Sitzung vom 11. August 2006 sei weiter vereinbart worden, die Beklagte werde bis am 30. August 2006 ein Detailprogramm mit ersichtlichen Zeitphasen sowie der Personeneinsatzplanung abliefern. Ein solches Bauprogramm ("programma lavori"), datierend vom 21. September 2006, sei an der Sitzung vom 25. (recte: 22.) September 2006 besprochen worden. Auch diesem Bauprogramm lasse sich keine Verschiebung des Zwischentermins vom 31. Oktober 2006 entnehmen. Dem Bauprogramm könne zwar entnommen werden, dass die Termine für die Abdichtungen der Holz/Alu-Fassade ("Lavori di impermeabilizzazione elementi legno-alluminio") auf den 29. November 2009 hinausgeschoben, jedoch die Termine für die Fertigstellung der Montage der Holz/Metall-Fassade (Ziffer 8 des Bauprogramms: "Verglasung Holz-Alu Elemente") und 50 % der Pfosten/Riegel-Fassade (Ziffern 10 und 11 des Bauprogramms) per Ende Oktober belassen wurden. Die Begriffe "Bau dicht" (Werkvertrag) und "Abdichtungen" (Bauprogramm) meinten nicht das Gleiche, wobei die Abdichtung weiter gehe als die Schliessung des Gebäudes (Bau dicht) und demzufolge später erfolge. Sie stützte sich dabei auf eine Auskunft des Gutachters F._____ und des Zeugen G._____. Im Übrigen sei ein Bauprogramm nicht verbindlich; es habe rein technischen Charakter und beinhalte nicht eine Vereinbarung der Parteien über Terminverschiebungen. Massgeblich seien daher der Zwischentermin vom 31. Oktober 2006 und der Endtermin vom 28. Februar 2007.
Die Vorinstanz stellte sodann fest, unbestritten sei es zu Verzögerungen gekommen. Diese habe die Beklagte zu vertreten, da sie sie verschuldet habe. Mit Blick auf die Schadensberechnung müsse sich die Klägerin jedoch wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten ein gewisses Mitverschulden anrechnen lassen. Darüber hinaus erachtete es die Vorinstanz als erwiesen, dass sowohl die Holz/Metall- als auch die Pfosten/Riegel-Fassade (gravierende) Mängel aufgewiesen hätten. Die durch die Beklagte ausgeführten Arbeiten an den beiden Fassadenteilen seien daher mängelbehaftet und nicht fristgerecht gewesen.

9.
Die Beklagte rügt in verschiedener Hinsicht eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts:

9.1. Dabei geht es zunächst um die werkvertraglichen Zwischentermine.

9.1.1. Die Beklagte sieht einen Widerspruch darin, dass die Vorinstanz einerseits feststelle, der werkvertragliche Zwischentermin Montagebeginn Holz sei einvernehmlich vom 2. August 2006 auf den 28. August 2006 verschoben worden, andererseits aber annehme, eine Vereinbarung über die Verschiebung der werkvertraglichen Zwischen- und Endtermine sei nicht getroffen worden. Ein derartiger Widerspruch ist jedoch nicht ersichtlich. Zwar trifft zu, dass es sich beim Montagebeginn Holz am 2. August 2006 in der Terminologie gemäss Werkvertrag Ziffer 6.1 um einen Zwischentermin handelt. Es ist aber offensichtlich, dass die Vorinstanz bei der von der Beklagten gerügten Formulierung, wonach es nicht zu einer Einigung über die Verschiebung der Zwischentermine gekommen sei, den Montage beginn (2. August 2006) nicht als Zwischentermin versteht.

9.1.2. Die Beklagte rügt sodann die vorinstanzliche Feststellung, wonach der Zwischentermin "31.10.06 Holz/Metall Bau dicht" nicht einvernehmlich auf Ende November 2006 geändert worden sei.

9.1.2.1. Diese Feststellung beruhe auf einer offensichtlich falschen Beweiswürdigung. Sie führt auf mehreren Seiten aus, inwiefern verschiedene Beweismittel hätten anders gewürdigt werden müssen. Willkür (vgl. E. 3.2 a.E. hiervor) legt sie damit aber nicht dar. So wenn sie unter Zitierung je einer einzelnen Aussagepassage geltend macht, die beiden der Klägerin nahestehenden Zeugen hätten vorerst ein Einverständnis mit der Terminverschiebung bestätigt und erst auf Nachfrage ihre Aussage abgeschwächt. Die Nachfrage des Gerichts erfolgte aber mit Hinweis auf die Nachfristansetzung, die offenbar nach Ansicht der Vorinstanz nicht erklärbar war, wenn die Klägerin bereits mit einer Terminverschiebung einverstanden gewesen wäre. Wenn die Vorinstanz in der insgesamten Würdigung der Aussagen unter diesen Umständen davon ausgeht, ein Einverständnis mit Terminverschiebungen sei durch die Zeugen nicht bestätigt worden, ist das nicht willkürlich, zumal die Beklagte auf die erwähnte Nachfristansetzung nicht hinreichend eingeht und nicht erklärt, weshalb die Klägerin der Beklagten eine Nachfrist bis zum 10. November 2006 hätte ansetzen sollen, wenn der Termin bereits einvernehmlich hinter dieses Datum verschoben worden wäre. Das Gleiche gilt
hinsichtlich des von ihr angeführten Indizes, dass das angebliche Einverständnis der Klägerin mit der Verschiebung vor dem Hintergrund zu verstehen sei, dass letztere ihrerseits unmittelbar zuvor eine Terminerstreckung mit der Bestellerin vereinbaren konnte.

9.1.2.2. Eine willkürliche Beweiswürdigung sieht die Beklagte allerdings auch darin, dass die Vorinstanz nicht aus Position 16 des Arbeitsprogramms vom 21. September 2006 (Abdichtungen Holz-Alu/Lavori di impermeabilizzazione elementi legno-alluminio) eine Verschiebung des Zwischentermins vom 31. Oktober 2006 für "Holz/Metallfassade Bau dicht" auf den 29. November 2006 abgeleitet hat. Die Vorinstanz habe die von ihr zitierte Aussage im Ergänzungsgutachten F._____ vom 30. November 2012 offensichtlich falsch gewürdigt. Der Gutachter habe nicht festgestellt, dass klar zwischen "Bau dicht" und "Abdichtung" zu unterscheiden sei und die Abdichtung weiter gehe, als der Zustand "Bau dicht". Im Gegenteil folge aus den Feststellungen des Gutachters, dass der Zustand "Bau dicht" die vorherige Durchführung der Abdichtungsarbeiten voraussetze, da dieser Zustand, wie der Gutachter bestätige, erst erreicht sei, wenn das Gebäude "dicht" sei. Insoweit habe die Vorinstanz den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Gestützt darauf sei auch die vorinstanzliche Würdigung der Zeugenaussage G._____ offensichtlich unrichtig. Dieser habe insbesondere nicht bestätigt, dass der Zustand "Bau dicht" gemäss dem Arbeitsprogramm am 30. Oktober
2006 vorgesehen gewesen wäre. Er habe vielmehr von "Schliessung des Gebäudes" gesprochen, wobei nicht erstellt sei, ob er diesem Begriff die Bedeutung von "Bau dicht" oder eine andere Bedeutung zugemessen habe. Entsprechend sei die Feststellung der Vorinstanz, dass die Termine für die Fertigstellung der Holz/Metall-Fassade gemäss Ziffer 8 des Arbeitsprogramms per Ende Oktober 2006 belassen worden seien, offensichtlich falsch.
Auch damit zeigt die Beklagte keine willkürliche Beweiswürdigung auf. Zwar trifft zu, dass der Gutachter F._____ allgemeine Definitionen der Begriffe "Bau dicht " bzw. "Schliessung des Gebäudes " machte und andererseits den Begriff der Abdichtungsarbeiten gemäss der Norm SIA 274 umschrieb und insbesondere auf die konkrete Fragestellung zur Umschreibung "Verglasung Holz-Alu Elemente" gemäss Position 8 des Arbeitsprogramms nicht einging. Jedoch ist die Würdigung der Vorinstanz nicht willkürlich, denn sie berücksichtigte gleichzeitig die Aussage des Zeugen G._____, und dieser bestätigte, dass Position 8 die Schliessung des Gebäudes meinte. Dass sie dabei dem vom Zeugen verwendeten Begriff "Schliessung des Gebäudes" die gleiche Bedeutung zumass wie "Bau dicht", ist ebenfalls offensichtlich nicht willkürlich, hat doch auch der Gutachter F._____ die Begriffe synonym verwendet. Vor diesem Hintergrund sind auch die Ausführungen der Beklagten, es sei die Klägerin gewesen, die das Arbeitsprogramm mit den geänderten Terminen ihrer Aktennotiz über die Sitzung vom 22. September 2006 beigelegt habe und der Rechtsvertreter der Klägerin habe sich noch im Schreiben vom 26. Oktober 2006 darauf berufen, nicht geeignet, die Beweiswürdigung
der Vorinstanz als im Ergebnis offensichtlich unhaltbar auszuweisen.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz betreffend die Vereinbarung des werkvertraglichen Zwischentermins vom 31. Oktober 2006 bzw. dessen Verschiebung die Beweise nicht willkürlich gewürdigt hat. Auf die ergänzenden Ausführungen der Vorinstanz zu einer vom zuständigen Projektleiter der Beklagten ver-

fassten E-Mail vom 17. Oktober 2006 (es sei klar, dass die Beklagte "unter diesen Umständen die Termine nicht einhalten" könne), aus der die Vorinstanz schloss, die Beklagte sei entweder selbst nicht von einer einvernehmlichen Verschiebung der Termine ausgegangen oder habe, falls sich die E-Mail auf die Termine im Bauprogramm beziehe, zugestanden, selbst diese späteren Termine nicht einhalten zu können, braucht damit nicht mehr eingegangen zu werden.

9.2. Eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts rügt die Beklagte auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Feststellungen zu den Verzögerungen und deren Verursachung.

9.2.1. Die Vorinstanz hielt fest, grundsätzlich seien sich die Parteien einig, dass Verzögerungen im Baufortschritt eingetreten seien. Die Ursachen und Auswirkungen derselben seien jedoch umstritten. Die Beklagte anerkennt, dass sie in Bezug auf die Holz/Metall-Fassade Verzögerungen gegenüber dem ursprünglichen werkvertraglichen Terminprogramm nicht bestritten habe. Hingegen habe sie ausdrücklich bestritten, dass auch in Bezug auf die Pfosten/Riegel-Fassade eine Verzögerung vorgelegen habe. Am 31. Oktober 2006 seien mehr als die vertraglich vereinbarten 50 % (ohne Glas) vorhanden gewesen.
Die Ausführungen der Vorinstanz sind ungenau. Es trifft zu, dass sie an der von der Beklagten zitierten Stelle nicht zwischen den beiden Fassadenteilen unterscheidet. An anderer Stelle, hinsichtlich der Kosten für Zusatzarbeiten von Drittunternehmern, stellte sie aber explizit fest, die Beklagte habe den Verzug hinsichtlich der Pfosten/Riegel-Fassade bestritten. Dass die Vorinstanz nicht von einem Verzug betreffend die Pfosten/Riegel-Fassade ausging, zeigen auch ihre Ausführungen unter dem Titel "Gesamtverzicht/Teilverzicht", wo sie prüfte, ob die Klägerin berechtigt war, auf die vertraglichen Leistungen insgesamt zu verzichten oder nur betreffend die Holz/Metall-Fassade. Diese Ausführungen, welche die Vorinstanz im Hinblick auf die Rechtsfolgen aus Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 366 Abs. 1 OR (Verzug) machte, ergäben keinen Sinn, wenn die Vorinstanz auch betreffend die Pfosten/Riegel-Fassade von einem Verzug der Beklagten ausgegangen wäre. Eine Verzögerung betreffend die Pfosten/Riegel-Fassade wurde durch die Vorinstanz nicht festgestellt. Die Klägerin ihrerseits rügt keine unvollständige Feststellung des Sachverhalts (vgl. E. 3.2 hiervor). Für das Bundesgericht steht damit verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG) fest, dass
hinsichtlich der Pfosten/Riegel-Fassade beim Zwischentermin vom 31. Oktober 2006 keine Verzögerung bestand.

9.2.2. Die Vorinstanz hat hinsichtlich des Verschuldens bzw. der Verursachung der Verzögerungen bei der Montage der Holz/Metall-Fassade massgeblich auf die eingereichten Urkunden und den Zeugen H._____ abgestellt, da dieser als Vertreter der Bauherrin D._____ im Gegensatz zu den übrigen Zeugen neutral sei. Gestützt darauf erachtete sie die Beklagte als verantwortlich für die Verzögerungen.

9.2.2.1. Der Zeuge H._____ habe das Verschulden für die Verzögerungen der Beklagten angelastet (" in Bezug auf A3._____ sehr viele Versp ä tungen gesehen "). In diesem Zusammenhang habe der Zeuge H._____ festgestellt, dass Termine und auch diesbezügliche Zusicherungen durch die Beklagte vermehrt nicht eingehalten worden seien und diese auch das notwendige Personal auf der Baustelle nicht eingesetzt habe. Dabei könne, so der Zeuge H._____, eine Rolle gespielt haben, dass es zwischen den eingesetzten Arbeitern zu Problemen in der Verständigung gekommen sei.
Was die Beklagte dagegen vorbringt, begründet keine willkürliche Beweiswürdigung. Sie rügt, die Aussage " Wir haben in Bezug auf A3._____ sehr viele Versp ä tungen erlebt " beziehe sich nur auf die von A3._____ gelieferten Werkteile, beinhalte jedoch keine Antwort auf die Frage, wer die Verspätungen verschuldet habe. Dies mag zutreffen, wenn die zitierte Aussage isoliert und nicht im Zusammenhang gewürdigt wird. Die Beklagte übergeht aber die weiteren von der Vorinstanz angeführten Angaben des Zeugen. So namentlich seinen Hinweis, dass sie nicht das notwendige Personal auf der Baustelle eingesetzt habe und es zu Problemen zwischen den eingesetzten Arbeitern gekommen sei. Wenn die Vorinstanz aus der Aussage insgesamt ableitete, der Zeuge H._____ habe das Verschulden der Beklagten an den Verzögerungen bestätigt, ist dies nicht willkürlich. Daran ändert auch nichts, dass er an anderer Stelle angab, sie hätten von allen Subunternehmern gehört, diese hätten "Probleme mit B._____" gehabt; auch das Verhältnis der Bauherrin zur Klägerin sei "äusserst problematisch" gewesen und sie hätten den Eindruck gehabt, diese habe "im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht realisiert (...), dass das Projekt nicht zu hundert Prozent

durchgeplant war". Zwar mag sich daraus - wie im Übrigen auch aus der Aussage des von der Beklagten zitierten Zeugen I._____ - ergeben, dass seitens der Klägerin Planungsmängel bestanden. Doch vermag die Beklagte mit diesen lediglich allgemeinen Hinweisen nicht darzutun, dass die vorinstanzliche Würdigung der konkreten, auf die Verzögerungen bei der von ihr geschuldeten Werkerstellung bezogenen Aussagen des Zeugen H._____ geradezu willkürlich wäre. Unbehelflich ist schliesslich der weitere Einwand, als nicht direkt in den Bau involvierter Jurist habe der Zeuge H._____ die Frage des Verschuldens nicht beurteilen können. Nach den Feststellungen der Vorinstanz gehörte der Zeuge zu den seitens der Bauherrin für den Bau Verantwortlichen, der auch in die Besprechungen mit der Beklagten betreffend Zeitplanung und Qualität einbezogen war. Es ist nicht ersichtlich und die Beklagte substanziiert dies auch nicht, weshalb er in dieser Funktion die Verursachung der Verspätungen nicht hätte beurteilen können.

9.2.2.2. Betreffend die von der Beklagten bereits vorinstanzlich geltend gemachte Mitverantwortung der Klägerin für die Verzögerungen führte die Vorinstanz aus, dass sich in den Dokumenten ab August 2006 keine Rügen der Beklagten gegenüber der Klägerin finden liessen, dass letztere die eingetretenen Verzögerungen zu vertreten habe, insbesondere dass sie ihren Informationspflichten nicht nachgekommen wäre oder Genehmigungen oder Freigaben zu spät erteilt hätte. Einzig kurz moniert worden sei die fehlende Freigabe der Detailplanung mit Schreiben vom 4. und 9. August 2006. Vielmehr habe sich die Beklagte in ihren diversen Schreiben ab August 2006 so geäussert, dass davon ausgegangen werden könne, sie habe in jenem Zeitpunkt die Verantwortung für die Verzögerung übernommen. Daraus, dass die E._____ AG, die von der Klägerin mit der Ersatzvornahme beauftragt wurde, ihrerseits mit Schreiben vom 6. März 2008 verspätete Freigaben durch die Klägerin gerügt habe, könne die Beklagte nichts für sich ableiten, da sich diese Rüge nicht auf den Zeitraum der Zusammenarbeit zwischen ihr und der Klägerin beziehen dürfte.
Die Beklagte rügt diese Sachverhaltsfeststellung als offensichtlich unrichtig und unvollständig. Sie habe in ihrem zweiten Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz einlässlich ausgeführt, dass sie die Klägerin auch im Zeitraum ab August 2006 wiederholt betreffend Verletzung von Mitwirkungspflichten und den daraus resultierenden zeitlichen Folgen abgemahnt habe. Sie verweist sodann auf vier Schreiben vom 13. und 14. September 2006 bzw. vom 9. und 10. Oktober 2006. Eine Ergänzung des Sachverhalts setzt voraus, dass die Beklagte darlegt, entsprechende Tatsachenbehauptungen bei der Vorinstanz prozesskonform eingebracht zu haben (vgl. E. 3 hiervor). Die Beklagte verweist auf ihre Vorbringen an der mündlichen Hauptverhandlung. Selbst wenn man davon ausgeht, sie habe sich prozesskonform auf die von ihr genannten Schreiben berufen, würde dies der Beklagten nichts nützen, da sie auf die konkreten Auswirkungen der behaupteten Fehlverhalten der Klägerin auf die Nichteinhaltung der Frist nicht hinreichend eingeht. Dies wäre aber notwendig, um darzulegen, dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist.
Hinsichtlich des von der Vorinstanz erwähnten Schreibens der E._____ AG vom 6. Mä rz 2008 macht die Beklagte nur geltend, es liege "auf der Hand ", dass die von der E._____ AG geschilderten Umstände in identischer Weise auch die Beklagte betroffen hätten. Damit behauptet sie nicht einmal selbst, dass die Vorinstanz das Schreiben willkürlich gewürdigt hätte. Insbesondere macht sie nicht geltend, dass sich das Schreiben entgegen der Annahme der Vorinstanz auf den Zeitraum der Zusammenarbeit zwischen ihr und der Klägerin bezogen habe. Sie rügt in diesem Zusammenhang auch eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), weil die Vorinstanz ihrem Antrag auf Edition sämtlicher Korrespondenz zwischen der Klägerin und der E._____ AG durch letztere nicht stattgegeben hatte, sondern lediglich drei einzeln bezeichnete Schreiben herausverlangte. Das in der Folge eingereichte Schreiben vom 6. März 2008 zeige, dass die Klägerin der E._____ AG in verschiedener Hinsicht eine Schlechterfüllung des Werkvertrages vorwarf und Werklohnforderungen in Abrede stellte bzw. ihrerseits Schadenersatzforderungen gegen die E._____ AG geltend machte. Damit sei erwiesen, dass der herausverlangten Korrespondenz "grösste
streitrelevante Bedeutung" zukomme. Weshalb damit die streitrelevante Bedeutung der Korrespondenz mit einer Drittfirma, die erst in einem späteren Zeitpunkt tätig wurde, erwiesen sein soll, liegt aber nicht auf der Hand. Jedenfalls zeigt die Beklagte mit dieser allgemein gehaltenen Kritik nicht in hinreichend substanziierter Weise (vgl. E. 3.1 hiervor) auf, inwiefern der angefochtene Entscheid gegen den verfassungsmässigen Anspruch verstösst. Auf die Rüge ist deshalb nicht einzutreten.
Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vorinstanz hinsichtlich der Frage, wer die Verzö gerungen verursacht und zu vertreten hat, keine willkü rliche Beweiswürdigung vorgeworfen und auf die Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV nicht eingetreten werden kann.

9.3. Die Vorinstanz nahm an, der Klägerin sei ein gewisses Mitverschulden (insbesondere durch Verletzung von Mitwirkungspflichten) vorzuwerfen.

9.3.1. Namentlich könne gestützt auf das Gutachten F._____ als erstellt gelten, dass die Klägerin die Beklagte nicht genügend überwacht habe. Es sei "gut nachvollziehbar", dass bei einer solchen Überwachung Probleme allenfalls schon frühzeitig hätten erkannt werden können. Die Klägerin habe auch das Risiko mitzutragen, wenn sie für die Erstellung der Holz/Metall-Fassade einen nicht voll qualifizierten Unternehmer unter Vertrag genommen habe. Schliesslich stellte die Vorinstanz fest, die Klägerin habe auch bei der Planung der Pfosten/Riegel-Fassade und der Holz/Metall-Fassade "gewisse Fehler" gemacht. Dies werde aber "relativiert" durch die Aussage des Sachverständigen J._____, der die fehlerhafte Planung der Holz/Metall-Fassade einzig der Beklagten zugeschoben habe, und die Ausführungen des Sachverständigen F._____, nach welchem nicht festgestellt werden könne, ob die Planungsmängel betreffend Pfosten/Riegel-Fassade nicht auch von der Beklagten zu vertreten seien. Die Vorinstanz erachtete das Mitverschulden der Klägerin jedoch nicht als kausal für die Verzögerungen. Da bei einer besseren Überwachung der Schaden gemäss dem Gutachter F._____ um 10-20 % hätte reduziert werden können, gestand die Vorinstanz der Beklagten
eine Reduktion um 15 % auf den geltend gemachten Kosten für Zusatzarbeiten der Drittunternehmen von Fr. 1'414'000.–, den Ersatzvornahmekosten der E._____ AG von Fr. 4'226'000.– sowie dem Eigenaufwand der Klägerin von Fr. 213'000.– zu.

9.3.2. Die Beklagte wendet ein, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, wenn sie einerseits die Verletzung von Mitwirkungspflichten festgestellt habe, dann aber trotzdem davon ausgehe, diese hätten sich nicht auf die zeitgerechte Erbringung der werkvertraglichen Leistungen ausgewirkt. Dass ein entsprechender Zusammenhang bestehe, entspreche "der Gerichtsnotorietät". Mit diesem pauschalen Hinweis auf die Gerichtsnotorietät vermag die Beklagte nicht darzutun, dass die Würdigung der Vorinstanz, die im konkreten Fall keine Auswirkung auf die zeitliche Abwicklung zu erkennen vermochte, willkürlich wäre.

9.3.3. Die Klägerin ihrerseits ist zwar der Auffassung, sie treffe auch mit Bezug auf die Schadensberechnung kein Mitverschulden, weil es ihr namentlich nicht obliege, den Unternehmer zu überwachen. Sie stellt in der Beschwerdeantwort aber keinen expliziten Antrag, den vorgenommenen Abzug von 15 % zu reduzieren für den Fall, dass sich die Beschwerde als begründet erweisen sollte. Daher ist auf ihre diesbezüglichen Vorbringen nicht weiter einzugehen.

9.4. Die Vorinstanz stellte fest, dass die Holz/Metall-Fassade schwerwiegende Mängel aufwies. Die Beklagte rügt diese Feststellung als offensichtlich unrichtig.

9.4.1. Die Vorinstanz stellte wesentlich auf das Gutachten J._____ ab, welches im Rahmen eines von der Klägerin eingeleiteten Verfahrens betreffend vorsorgliche Beweiserhebung (Art. 222 ff. ZPO/BE) erstellt worden war. Es stellte fest, dass die Elemente der Holz-Metallkonstruktion - Holzrahmen, Unterkonstruktion und Dichtungssystem (Luftdichtigkeit und Schlagregendichtigkeit) - weder die Tragfähigkeit und Gebrauchstauglichkeit, noch die vertraglich getroffenen Vereinbarungen erfüllten. Der Experte bestätigte seine Ergebnisse sodann auch in einer mündlichen Einvernahme, in der er sich auch mit den Einwänden des Privatgutachters K._____ betreffend die Vorgehensweise bei der Erstellung des Gutachtens auseinandersetzte.

9.4.2. Ein Gutachten unterliegt wie jedes Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung, die das Bundesgericht auf Willkür hin überprüft (vgl. E. 3.2 hiervor). In Fachfragen darf das Gericht nur aus triftigen Gründen von einem Gerichtsgutachten abweichen. Es hat zu prüfen, ob sich auf Grund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen (BGE 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198 f. mit Hinweis).

9.4.3. Die vorinstanzliche Würdigung des Gutachtens J._____ hält einer Willkürprüfung stand. Die Beklagte beruft sich vor allem erneut auf das von ihr eingeholte Privatgutachten K._____. Dieser kritisierte die Vorgehensweise des Experten und stützte sich dabei auf seine Beobachtungen anlässlich der Prüfung der Fassadenteile durch den Gutachter J._____. Seine Kritik, auf welche die Beklagte erneut Bezug nimmt, betrifft denn auch die Vorgehensweise betreffend die Messungen, die Vorbereitung der Elemente auf die Luftdurchlässigkeitsprüfung (einfaches Klebeband), das Anbringen der Sprühvorrichtung, die Einhaltung der Normen bei der Prüfung auf Luft- und Schlagregendichtigkeit. Diese Kritik betrifft das Dichtungssystem. Mit den Feststellungen des Gutachtens J._____ betreffend die grundsätzlichen Konstruktionsmängel (Unterkonstruktion, Holzrahmen) setzt sich das Privatgutachten K._____ nicht auseinander, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt. Der Gutachter erklärte anlässlich seiner Einvernahme vor Vorinstanz, die von ihm festgestellten Mängel seien grundsätzlicher Art gewesen und hätten nicht einfach damit zusammengehangen, dass die Fassade noch nicht fertig erstellt war. Die Holzrahmen wären nicht mehr zu korrigieren
gewesen und auch das Stossprofil sei eine Fehlkonstruktion gewesen und ohne Möglichkeit zur Aufnahme der Gebäudetoleranzen. Ein ganz schwerer Mangel sei gewesen, dass die Verschraubungen der Holzelemente in das Hirnholz der tragenden Holzprofile erfolgt seien und die Randabstände der Schrauben zu klein gewesen seien. Auf diese und weitere vom Gutachter J._____ angeführte grundsätzlichen Mängel, auf welche die Vorinstanz Bezug nimmt, geht die Beklagte nicht ein. Damit liegen keine genügenden Rügen vor (vgl. E. 3 hiervor).
Nicht weiter substanziiert ist auch der Einwand, das Gutachten sei erst am 28. Februar 2007 erstellt worden (Datum der Expertise) und es sei daher möglich, dass zwischenzeitlich Änderungen an den Fassadenteilen stattgefunden hätten. Auch darauf ist nicht einzutreten. Im Übrigen ist der Einwand offensichtlich unbehelflich. Die Holz/Metall-Fassade wurde im Rahmen der Ersatzvornahme vollständig beseitigt und neu erstellt. Die Annahme, die Klägerin hätte ihrerseits vor der Begutachtung noch einmal Aufwand betrieben, ergibt keinen Sinn. Die bloss theoretische Möglichkeit derartiger Veränderungen ohne konkrete Hinweise darauf, dass tatsächlich Änderungen vorgenommen worden wären, führt überdies nicht dazu, dass es willkürlich wäre, auf das Gutachten abzustellen.

9.5. Die Vorinstanz erachtete auch die Pfosten/Riegel-Fassade als mangelhaft. Eine Nachbesserung hätte weder wirtschaftlich noch qualitativ Sinn gemacht.

9.5.1. Hinsichtlich der Pfosten/Riegel-Fassade war keine vorsorgliche Feststellung der Mängel durchgeführt worden. Das Gutachten J._____ beschränkte sich auf die Holz/Metall-Fassade, weil der Gutachter von der Klägerin den ausdrücklichen Auftrag bekommen hatte, Pfosten/Riegel auszuklammern. Nach den Feststellungen der Vorinstanz begründete der Zeuge L._____ dies damit, die Klägerin sei damals davon ausgegangen, das Material bei der Pfosten/Riegel-Fassade sei in Ordnung. Pfosten/Riegel sei das Fachgebiet der Beklagten gewesen und es habe in jenem Bereich Referenzobjekte gegeben.
Die Vorinstanz stützte ihre Einschätzung der Pfosten/Riegel-Fassade als mangelhaft auf den Zeugen M._____, ehemaliger Abteilungsleiter des technischen Büros der E._____ AG. Dieser hatte als wesentliche Mängel angegeben, es habe massive Montageungenauigkeiten gegeben und die vereinbarten U-Werte der Isoliergläser seien nicht erfüllt gewesen. Zu den U-Werten ergänzte der Zeuge, die E._____ AG habe aufgrund einer Information des Planungsbüros N._____, die ihnen versehentlich zugestellt worden sei, ersehen können, welche technischen Eigenschaften die Gläser aufgewiesen hätten. Die Distanz zwischen den Gläsern sei grösser als 20 mm gewesen. Mit der verwendeten Argonfüllung sei der deklarierte U-Wert von 1.1 W/m2K nicht möglich gewesen, was ihnen drei unabhängige Glashersteller bestätigt hätten. Auch hätten die Beschichtungen der Gläser zwischen Position 2 und 3 gewechselt, was nicht akzeptierbar sei.
Die Vorinstanz stellte auf den Zeugen M._____ ab und nicht auf die abweichende Aussage des Zeugen O._____, Berater der Beklagten, weil letzterer "eine gewisse Nähe " zur Beklagten aufweise, während der Zeuge M._____ "keinen direkten Bezug zu einer der beiden Verfahrensparteien " habe und keine Abhängigkeit zur E._____ AG bestehe, da er nicht mehr dort arbeite. Die Vorinstanz verwies darauf, seine Aussagen deckten sich grösstenteils mit den Ausführungen der E._____ AG in deren Schreiben vom 4. Mai 2007.
Zusätzlich berief sich die Vorinstanz auf das gerichtliche Gutachten F._____, dessen Gegenstand aber nicht die Erfassung der Mängel, sondern die Beurteilung der Begründetheit und Angemessenheit der entstandenen Mehrkosten war. F._____ habe insbesondere in Bezug auf die technische Spezifikation der von der Beklag-

ten gelieferten Gläser bestätigt, dass mit einem Scheiben-Zwischenraum von 22 mm ein Wert von 1.2 erreicht worden sei. Mit einem Scheiben-Zwischenraum von 20 mm habe der geforderte U-Wert von 1.1 W/m2K nicht erreicht werden können.

9.5.2. Die Beklagte rügt, auf die Aussagen des Sachverständigen F._____ hätte die Vorinstanz zum vornherein nicht abstellen dürfen, da dieser die Fassade zu keinem Zeitpunkt begutachtet habe. Konkret zu den U-Werten macht sie - im Zusammenhang mit der Schadenermittlung und der Frage der Weiterverwendung der von der Beklagten in die Holz/Metall-Fassade eingebauten Isoliergläser - geltend, F._____ habe auch diesbezüglich ungeprüft die Angaben der E._____ AG übernommen, die ihrerseits nicht aufgrund einer konkreten Prüfung durch ein anerkanntes Prüfinstitut zustande gekommen seien, sondern aus generellen, nicht dokumentierten "Abklärungen" der E._____ AG abgeleitet worden seien. Diese unbelegten Behauptungen der E._____ AG stünden sodann diametral im Widerspruch zur Aussage im Gutachten J._____, der bestätigt habe, dass der U-Wert der Isoliergläser 1.1 W/m2K betragen habe.

9.5.3. Zwar trifft zu, dass der Gutachter F._____ die Aussage des Zeugen M._____ sowie die Einschätzungen der E._____ AG als nachvollziehbar bezeichnet. Der Gutachter setzt sich im Wesentlichen aber mit der Frage auseinander, ob der E._____ AG hätte zugemutet werden können, die von der Beklagten bereits geleisteten Arbeiten weiterzuverwenden. Mit Blick auf die Mangelhaftigkeit der Arbeiten selbst beruft sich der Gutachter aber im Wesentlichen auf die Einschätzung der E._____ AG beziehungsweise den Zeugen M._____. So antwortete er auf die Ergänzungsfrage, ob die ungenügenden Isolierwerte durch Messung verifiziert worden seien, ihm seien keine solchen bekannt. Er habe sich aber durch Glaslieferanten bestätigen lassen, dass bei einem Scheibenzwischenraum vom 22 mm der geforderte U-Wert von 1.1 W/m2K nicht erreicht werde. Die für die Mangelhaftigkeit entscheidende Prämisse, dass der Zwischenraum tatsächlich 22 mm war, wurde vom Gutachter nicht überprüft und bestätigt. Es ist in diesem Zusammenhang nicht nachvollziehbar, weshalb das von der Vorinstanz erwähnte Schreiben des Planungsbüros N._____, aus dem sich die technischen Werte angeblich ergeben hätten, nicht zugrunde gelegt wurde. Insgesamt bleibt unklar, ob der Gutachter konkrete Indizien vorfand, die auch unabhängig von der Einschätzung der E._____ AG für eine mangelhafte Ausführung der Arbeiten der Beklagten an der Pfosten/Riegel-Fassade sprechen. Nur unter dieser Voraussetzung können seine Ausführungen willkürfrei als Bestätigung der Aussage des Zeugen M._____ und der Einschätzung der E._____ AG gewertet werden.

9.5.4. Für die Vorinstanz war ausschlaggebend, dass der Zeuge M._____ "keinen direkten Bezug zu einer der beiden Verfahrensparteien" habe und keine Abhängigkeit zur E._____ AG bestehe, da er nicht mehr dort arbeite. Die Vorinstanz stellte auch darauf ab, seine Aussagen deckten sich grösstenteils mit den Ausführungen der E._____ AG in deren Schreiben vom 4. Mai 2007. Dieses Schreiben wurde indessen vom Zeugen M._____ mitunterzeichnet, und zwar in einem Zeitpunkt, in dem er in einem Abhängigkeitsverhältnis zur E._____ AG stand, die (wie auch der Zeuge selbst als verantwortlicher Abteilungsleiter) ein Eigeninteresse daran hatte, die gewählte Vorgehensweise (Abbruch und Neuerstellung der Pfosten/Riegel-Fassade) und die dadurch verursachten Kosten von allein rund Fr. 1.254 Mio. für Regiearbeiten für die Pfosten-Riegel-Fassade zu rechtfertigen. Im Zeitpunkt der Zeugenaussage bestand das Abhängigkeitsverhältnis zur Arbeitgeberin zwar nicht mehr, ein Abweichen vom Schreiben vom 4. Mai 2007 betreffend die Mangelhaftigkeit der Arbeiten der Beklagten hätte indessen das Eingeständnis beinhaltet, dass der Zeuge in dem Schreiben falsche Angaben gemacht und die Klägerin so getäuscht hätte. Insoweit bleibt ein Eigeninteresse des Zeugen, an einer allenfalls infolge des damaligen Abhängigkeitsverhältnisses unzutreffenden Version festzuhalten, auch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

9.5.5. Damit hat die Vorinstanz die Befangenheit des Zeugen offensichtlich vor einem falschem Hintergrund gewürdigt. Das Eigeninteresse des Zeugen ist keineswegs geringer, als dasjenige des Zeugen O._____, bei dem die Vorinstanz selbst lediglich von einer "gewissen Nähe" zur Beklagten ausgeht. Hinzu kommt, dass im Gutachten J._____ in der Tat bestätigt wird, dass der U-Wert der Isoliergläser 1.1 W/m2K betragen habe. Der Gutachter bezieht sich zwar nicht auf die Pfosten/Riegel-Fassade, sondern ausschliesslich auf die Holz/Metall-Fassade. Dennoch lässt diese Aussage auch Zweifel an der Mangelhaftigkeit der Pfosten/Riegel-Fassade entstehen, ist doch kaum nachvollziehbar, weshalb die Beklagte bei der Holz/Metall-Fassade, für

die sie über keine Erfahrung verfügte, vertragskonforme Fenster verwendet haben sollte, nicht aber für die Fassade, auf die sie spezialisiert war. Die Klägerin hat wie erwähnt den Gutachter J._____ angehalten, die Pfosten/Riegel-Fassade von der Begutachtung auszunehmen. Noch Ende 2006 ging sie nach den Feststellungen der Vorinstanz selbst davon aus, dieser Fassadenteil sei mängelfrei. Auch im Hinblick darauf ist nicht nachvollziehbar, weshalb die ausgeführten Arbeiten an der Pfosten/Riegel-Fassade später
als wertlos dargestellt wurden. Die Vorinstanz hätte den Zeugen mit diesen Einwänden konfrontieren müssen.

9.5.6. Die Annahme einer vollumfänglichen Mangelhaftigkeit der Fassade erweist sich aufgrund der vorliegenden Beweise als willkürlich. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Ergänzung der Beweiserhebung und neuer Beurteilung. Für die Mangelhaftigkeit ist entscheidend, ob die Beklagte die Pfosten/Riegel-Fassade gestützt auf die bereits begonnenen Arbeiten hätte mängelfrei vollenden können, nicht der Nutzen, den die vorhandenen Arbeiten für ein Drittunternehmen haben, das die Arbeit fortführen soll. Ob die Arbeiten insoweit wertlos sind, kann für die Höhe des Schadenersatzes eine Rolle spielen, nicht aber in Bezug auf die Mangelhaftigkeit der Arbeit der Beklagten.

9.6. Da sich im Rahmen der Rückweisung allenfalls eine neue Schadensberechnung ergibt, ist vorliegend auf die diesbezüglichen Rügen nicht einzugehen.

10.
Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Klägerin könne ihre Ansprüche nicht auf Art. 366 Abs. 2 OR stützen, weil die Klägerin der Beklagten gegenüber eine Ersatzvornahme nicht rechtsgenüglich angedroht habe. Dies wird von der Klägerin, die sich vorinstanzlich auch auf diese Bestimmung berufen hatte, nicht gerügt. Darauf ist somit nicht weiter einzugehen (vgl. E. 3.1 hiervor). Zu prüfen bleibt, ob und wenn ja inwieweit die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR erfüllt sind.

11.
Beginnt der Unternehmer das Werk nicht rechtzeitig oder verzögert er die Ausführung in vertragswidriger Weise oder ist er damit ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande, dass die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist, so kann der Besteller, ohne den Liefertermin abzuwarten, vom Vertrage zurücktreten (Art. 366 Abs. 1 OR). Die Vorinstanz nahm an, dass die Beklagte ohne Schuld der Klägerin ihre Arbeiten nicht rechtzeitig begonnen, die Werkausführung sich verzögert und sie die vertraglich vereinbarten Zwischentermine nicht eingehalten habe.

11.1. Die Beklagte rügt zu Recht, dass die erste Tatbestandsvariante von Art. 366 Abs. 1 OR (nicht rechtzeitiger Beginn) nicht gegeben ist. Die Vorinstanz ging selbst davon aus, der Montagebeginn sei in gegenseitigem Einverständnis auf den 28. August 2006 verschoben worden (vgl. E. 9.1 hiervor).
Die Vorinstanz durfte jedoch nach den vorstehenden Ausführungen zum Beweisergebnis willkürfrei davon ausgehen, die Beklagte habe den Zwischentermin vom 31. Oktober 2006 betreffend die Holz/Metall-Fassade nicht eingehalten. Auf die in diesem Zusammenhang zusätzlich erhobene Rüge betreffend die Verbindlichkeit von Bauprogrammen muss daher nicht mehr eingegangen werden. Art. 6.1 des Werkvertrages vom 21./30. Juni 2006 bestimmt ausdrücklich, dass es sich bei diesem Zwischentermin um einen Verfalltag nach Art. 102 Abs. 2 OR handelt. Die Beklagte kam somit am 31. Oktober 2006 mit dieser Teilleistung in Verzug, ohne dass es noch einer Mahnung der Klägerin bedurft hätte. Ist somit wegen Nicht-Einhaltung eines verbindlichen Zwischentermins Herstellungsverzug im Sinn von Art. 366 Abs. 1 OR betreffend die Holz/Metall-Fassade gegeben (BGE 46 II 248 E. 2 S. 251; GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 10 zu Art. 366 OR; Alfred Koller, Berner Kommentar, 1998, N. 195 und 203 zu Art. 366 OR), kann offen bleiben, ob diesbezüglich die dritte Tatbestandsvariante dieser Bestimmung - dass die rechtzeitige Beendigung nicht mehr voraussehbar war - ebenfalls erfüllt gewesen wäre, was die Beklagte wegen der mitberücksichtigten
Mängelhaftigkeit der Holz/Metall-Fassade bestreitet, da sie der Auffassung ist, Art. 366 Abs. 1 OR regle einen Tatbestand der zeitlich nicht gehörigen Erfüllung und erfasse andere Leistungsstörungen, namentlich die Schlechtleistung, nicht.

11.2. Auf die Rüge der Beklagten, das Merkmal ”ohne Schuld des Bestellers” gemäss Art. 366 Abs. 1 OR

sei entgegen der Vorinstanz nicht erfüllt, da diese selbst ein gewisses Mitverschulden der Klägerin festgestellt habe, ist nicht weiter einzugehen, nachdem sich ergeben hat, dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach das Verhalten der Klägerin keine Auswirkungen auf die zeitliche Abwicklung hatte, nicht willkürlich ist (vgl. E. 9.3 hiervor).
Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang weiter eine Verletzung der Regeln über die Beweislast geltend, wenn die Vorinstanz ausführe, die Beklagte habe nicht beweisen können, dass die Klägerin Verzögerungen zu vertreten habe. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut (”ohne Schuld des Bestellers ”) folge, dass das fehlende Verschulden von der Klägerin zu beweisen sei. Die Rüge ist unbegründet. Die Vorinstanz hat willkürfrei festgestellt, die Beklagte habe den Verzug zu vertreten. Hierfür war die Klägerin beweisbelastet. Hat sie diesen Beweis erbracht, obliegt ihr nicht der negative Beweis, dass sie kein Verschulden trifft.

12.
Liegt eine der drei Tatbestandsvarianten von Art. 366 Abs. 1 OR vor, kann der Besteller von seinem Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR Gebrauch machen. Immerhin muss er dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist setzen (BGE 46 II 248 E. 2 S. 251), sofern nicht die Voraussetzungen von Art. 108 OR gegeben sind (Urteil des Bundesgerichts 4A 96/2014 vom 2. September 2014 E. 3.1 mit Hinweisen).

12.1. Die Klägerin macht geltend, entgegen der Vorinstanz sei eine Fristansetzung überhaupt nicht nötig gewesen, da die Voraussetzungen von Art. 108 OR erfüllt gewesen seien, nachdem die Beklagte nicht bereit gewesen sei, innert Frist ein brauchbares Werk zu liefern. Damit ergänzt sie den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt, ohne die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsergänzung (vgl. E. 3.2 hiervor) nachzuweisen. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

12.2. Die Beklagte rügt die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Nachfrist angemessen gewesen sei, als offensichtlich unrichtig.

12.2.1. Nach den Feststellungen der Vorinstanz setzte die Klägerin mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 eine Nachfrist bis zum 10. November 2006 an, während der die Beklagte die per 31. Oktober 2006 eingetretenen Verzögerungen nicht bereinigte. Während der Nachfrist habe diese nicht gegen die Dauer der Frist protestiert. Erst am 14. November 2006, nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 13. November 2006 (vorerst per Fax) auf die weiteren Leistungen verzichtet hatte, habe die Beklagte einen Gegenvorschlag betreffend eine Erstreckung des Bauprogramms gemacht und mitgeteilt, dass sie eine Verspätung betreffend den Zwischentermin vom 31. Oktober 2006 habe; die weiteren Termine der Phase 2 vom 15. Dezember 2006 und 15. Januar 2007 würden sich damit um maximal 15 Tage verschieben. Erst mit Schreiben vom 16. November 2006 habe sie die in Aussicht gestellte Schadenersatzforderung zurück gewiesen und dies unter anderem mit einer zu kurzen Nachfrist begründet. Die Vorinstanz hielt fest, bei einer zu kurzen Nachfrist sei der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet zu protestieren. Nach einer Lehrmeinung (ALFRED KOLLER, a.a.O., N. 323 f. und 333 ff. zu Art. 366 OR) könne ein Protest unterbleiben bei einer offensichtlich zu kurzen Nachfrist. Die
Nachfrist von 15 Tagen ab Fristansetzung bzw. 10 Tagen ab dem 31. Oktober 2006 sei aber nicht offensichtlich zu kurz gewesen, zumal die Beklagte selber in ihrem Schreiben vom 14. November 2006 von einem Rückstand von maximal 15 Tagen ausgegangen sei. Die Beklagte hätte somit umgehend gegen die Nachfrist protestieren müssen. Es könne offen gelassen werden, ob ihre Reaktionen nach Ablauf der Nachfrist überhaupt einen genügenden Protest beinhaltet hätten, da ein solcher jedenfalls nicht umgehend und damit verspätet gewesen wäre. Die Beklagte habe somit nicht nachgewiesen, dass die angesetzte Frist zu kurz gewesen sei.

12.2.2. Nach Rechtsprechung und Lehre hat sich der Schuldner, dem eine zu kurze Frist angesetzt wird, hiergegen beim Vertragsgegner umgehend zu verwahren und ihn um eine Verlängerung der Frist anzugehen; tut er das nicht, so ist anzunehmen, er sei mit der ihm gesetzten Frist einverstanden (BGE 116 II 436 E. 2 S. 440; 105 II 28 E. 3b S. 34 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 4A 603/2009 vom 9. Juni 2010 E. 2.3; 4C.216/2000 vom 11. Dezember 2000 E. 4a; François Chaix, Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl. 2012, N. 18 zu Art. 366 OR; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N. 16 zu Art. 366 OR; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. Aufl. 2011, S. 265 f. Rz. 667; Theodor Bühler, Zürcher Kommentar, 1998, N. 36 zu Art. 366 OR).
Es kann offen gelassen werden, ob bei offensichtlich zu kurzen Fristen ausnahmsweise auf einen Protest ver-

zichtet werden kann. Die Rechtsfrage der Angemessenheit der Nachfrist beurteilt sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab (BGE 103 II 102 E. 1b S. 106 mit Hinweisen). Die Umstände, aufgrund derer über die Angemessenheit der Nachfrist zu entscheiden ist, gehören zu der Feststellung des Sachverhalts, die das Bundesgericht nur nach Massgabe von Art. 105 BGG überprüfen kann. Die Vorinstanz hat namentlich darauf abgestellt, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 14. November 2006 selbst den Rückstand auf maximal 15 Tage geschätzt habe. Die Beklagte rügt zwar, damit habe die Vorinstanz das genannte Schreiben falsch verstanden. Sie legt aber nicht rechtsgenüglich dar, dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz willkürlich wäre. Diese durfte daher darauf abstellen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Nachfrist als angemessen betrachtete.

12.2.3. Die Beklagte macht geltend, die Fristansetzung sei nur zum Schein erfolgt. Damit beruft sie sich sinngemäss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Bestellerin. Nach den eigenen Angaben der Klägerin hat diese zwar bereits vor Ablauf der Nachfrist bei der E._____ AG eine Offerte eingeholt; daraus folgte aber nicht zwingend, dass die Fristansetzung nur zum Schein erfolgte.

12.2.4. Schliesslich kann die Beklagte nichts daraus ableiten, dass die Klägerin während der Nachfrist noch Nachträge der Beklagten genehmigte. Sie macht geltend, dieses Verhalten sei im Widerspruch zum Anwaltsschreiben vom 26. Oktober 2006 gestanden und will damit sinngemäss dartun, sie sei in treuwidriger, also rechtsmissbräuchlicher Art davon abgehalten worden, gegen die zu kurze Nachfrist zu protestieren. Dies ist jedoch nicht ersichtlich, hat die Klägerin doch nur, so lange die Nachfrist lief, ihre eigenen Arbeiten weitergeführt, wie bereits die Vorinstanz zu Recht feststellte. Nicht ersichtlich ist auch, was sich aus den Hinweisen auf die Abrufung der Bankgarantien einen Tag nach der Auflösung des Werkvertrages für das vorliegende Verfahren ergeben soll.

12.2.5. Die Beklagte beruft sich sodann auch insoweit auf eine Verletzung der Regeln zur Beweislast. Die Vorinstanz habe ihr vorgehalten, sie habe nicht nachgewiesen, dass die angesetzte Nachfrist zu kurz gewesen sei. Beim Erfordernis der angemessenen Nachfrist handle es sich aber um ein Tatbestandserfordernis von Art. 366 Abs. 1 OR, weshalb die Beweislast die Klägerin treffe. Auch diese Rüge ist unbegründet. Die Bestellerin muss die Umstände der Nachfristansetzung beweisen. Kommt das Gericht aber zum Schluss, die Frist erscheine angesichts der Umstände als angemessen, ist es an der bestreitenden Unternehmerin Umstände darzulegen und zu beweisen, welche die Nachfrist unangemessen erscheinen lassen.

13.
Die Klägerin war demnach nach Ablauf der Nachfrist berechtigt, unverzüglich auf die nachträgliche Leistung zu verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten (Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR).
Die Beklagte macht geltend, die Parteien hätten diese gesetzliche Regelung vertraglich geändert. Sie führt aus, die Parteien hätten gemäss Art. 6.4 des Werkvertrages vom 21./30. Juni 2006 zur Sicherung der Termine eine Konventionalstrafe von Fr. 50'000.– pro Kalenderwoche, insgesamt jedoch höchstens Fr. 500'000.– vereinbart. Der Maximalbetrag entspreche zehn Kalenderwochen. Daraus ergebe sich, dass die Parteien auf die gesetzlichen Rechtsfolgen aus dem Verzug verzichteten, solange die Verzögerungen zehn Wochen nicht überstiegen.
Entgegen der Klägerin hat sich die Beklagte nicht erstmals vor Bundesgericht auf diesen Punkt berufen, sondern den Einwand schon in ihrer Klageantwort vorgebracht, worauf sie zutreffend verweist. Die Vorinstanz ist darauf nicht eingegangen. Eine Rückweisung wegen ungenügender Begründung (Art. 112 Abs. 3 BGG) kann aber unterbleiben. Gemäss Art. 98 Abs. 3 der von den Parteien als anwendbar erklärten SIA-Norm 118, Ausgabe 1977/1991, (vgl. Art. 2.10 des Werkvertrages) befreit die Konventionalstrafe nicht von der Einhaltung der "anderen vertraglichen Verpflichtungen". Unabhängig von der vereinbarten Konventionalstrafe standen der Klägerin somit die Möglichkeiten gemäss Art. 107 Abs. 2 OR offen. Dass die Parteien bei Verspätung pro Zeiteinheit eine Konventionalstrafe vereinbaren, bedeutet nicht, dass eine Auflösung des Vertragsverhältnis ausgeschlossen wäre (vgl. Gaspard Couchepin, La clause pénale: étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, 2008, S. 339 ff. Rz. 1685 ff. allgemein und S. 342 f. Rz. 1700 ff. für die bei Nichteinhaltung von Zwischenterminen vereinbarte Konventionalstrafe), und auch aus der Angabe einer Höchstgrenze folgt dies nicht zwingend.

14.
Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe, obwohl sie von einem Rücktritt gemäss Art. 109 OR ausgegangen sei, das positive Vertragsinteresse zugesprochen und damit Bundesrecht verletzt.

14.1. Die Beklagte macht geltend, es treffe insbesondere nicht zu, dass sich die Klägerin nach Erklärung des Rücktritts gemäss Art. 109 OR in ihrem Schreiben vom 13. November 2006 für das positive Vertragsinteresse entschieden habe. Die Klägerin habe in diesem von ihrem Rechtsvertreter verfassten Schreiben lediglich den Ersatz des Schadens verlangt, ohne zu spezifizieren, welche Form des Schadenersatzes sie meine. Da sie somit nach Ablauf der Nachfrist nicht umgehend mitgeteilt habe, sie verlange das positive Vertragsinteresse, hätte nach Art. 109 OR nur Anspruch auf das negative Vertragsinteresse bestanden.

14.2. Die Vorinstanz geht in der Tat davon aus, auch bei einem Schadenersatzanspruch gemäss Art. 109 Abs. 2 OR nach erfolgtem Vertragsrücktritt habe die Bestellerin das Wahlrecht zwischen dem positiven und dem negativen Interesse. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Parteien bei Vertragsrücktritt dagegen vermögensmässig so zu stellen, wie wenn sie den Vertrag nie geschlossen hätten (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22 mit Hinweis). Das Bundesgericht hat die von einigen Autoren vertretene Ausdehnung des Art. 109 OR auch auf das positive Vertragsinteresse wiederholt abgelehnt (Urteile des Bundesgerichts 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006 E. 2.4, publ. in: ZBGR 87/2006 S. 391; 4A 251/2010 vom 12. August 2010 E. 2; 4A 514/2007 vom 22. Februar 2008 E. 3.2; je mit Hinweisen). Es besteht kein Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen.

14.3. Ob die Klägerin das positive Vertragsinteresse verlangen kann, hängt somit davon ab, ob sie vom Vertrag zurücktrat oder grundsätzlich an diesem festhielt (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22).

14.3.1. Die Klägerin hat mit ihrem Schreiben vom 13. Oktober 2006 erklärt, dass sie auf die künftigen Leistungen der Beklagten verzichte, dass sie eine andere Unternehmung mit der Fertigstellung der Arbeiten beauftragen werde und dass sie den "Ersatz des Schadens" verlangen werde. Im angefochtenen Urteil fehlen Erwägungen zur Abgrenzung von Art. 107 OR zu Art. 109 OR. Die Vorinstanz geht wiederholt davon aus, die Klägerin sei gemäss Art. 366 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 109 OR vom Vertrag zurückgetreten, ohne dies zu begründen. Andererseits führt sie aus, mit ihrem Schreiben vom 13. November 2006 habe sich die Klägerin "- wenn auch mit gewissen Unsicherheiten in der Formulierung - für das positive Interesse entschieden, indem sie ausführte, sie werde den Ersatz des Schadens verlangen". Weshalb sich aus der Forderung auf "Ersatz des Schadens" die Wahl des Erfüllungsinteresses ergeben soll, wird ebenfalls nicht begründet. "Ersatz des Schadens" ist, wie die Beklagte zu Recht geltend macht, ein neutraler Begriff.

14.3.2. Für die Auslegung der Wahlerklärung ist der Vertrauensgrundsatz massgebend, sofern die Parteien sie nicht übereinstimmend im einen odern anderen Sinn gemeint und verstanden haben, was hier nicht festgestellt ist (BGE 123 III 16 E. 4b S. 22).

14.3.2.1. Die Klägerin macht unter Hinweis auf GAUCH, a.a.O., S. 275 Rz. 686 geltend, mit ihrer Kündigung habe sie nicht die Rückabwicklung des Vertrages gefordert. Der erwähnte Autor bezieht sich an der angegebenen Stelle auf BGE 116 II 450. Nach diesem Urteil kann der Besteller im Rahmen von Art. 366 Abs. 1 OR nicht nur mit Wirkung ex tunc vom Vertrag zurücktreten, womit die noch offenen Leistungspflichten erlöschen und die Pflicht zur Rückgabe des bereits Empfangenen begründet wird. Vielmehr steht es dem Besteller frei, den Vertrag gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit ex nunc aufzulösen und das Werk, soweit es ausgeführt ist, zu beanspruchen. Verlangt der Besteller diese Auflösung, so erfolgt keine Rückabwicklung des Vertrages. Der Unternehmer wird dabei von der Pflicht zur Vollendung des Werkes und der Besteller von der Vergütungspflicht für den noch nicht ausgeführten Teil des Werkes befreit (BGE 116 II 450 E. 2a/aa S. 452 mit Hinweisen). Auch bei einem erfolgten Vertragsrücktritt muss mithin nicht zwingend eine Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen erfolgen; jedoch bleibt es hinsichtlich der künftigen Leistungen bei der mit der Wahl des Rücktritts verbundenen Rechtsfolge (Hinfall der Pflicht zur
Vollendung des Werks und Hinfall der Vergütungspflicht des Bestellers). Allein daraus, dass mit dem Schreiben vom 13. November 2006 (nur) auf die künftigen Leistungen verzichtet wurde, kann somit nicht abgeleitet

werden, die Klägerin habe damit das Erfüllungsinteresse geltend gemacht.

14.3.2.2. Jedoch musste die Beklagte aus der Mitteilung der Klägerin, sie werde eine andere Unternehmung mit der Fertigstellung der Arbeiten beauftragen, entnehmen, dass die Klägerin das Erfüllungsinteresse geltend machen wollte. Die Kosten einer solchen Ersatzvornahme sind nämlich Bestandteil des positiven Interesses (BGE 126 III 230 E. 7a/bb S. 236; LUC THÉVENOZ, Commentaire romand, a.a.O., N. 5 zu Art. 98 OR; WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 8 zu Art. 98 OR; GAUCH/SCHLUEP UND ANDERE, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2014, S. 86 Rz. 2518; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, S. 449 Rz. 61.07). Der entsprechende Hinweis, den die Klägerin zusammen mit der Mitteilung auf den Leistungsverzicht und den Schadenersatzanspruch machte, ergibt nur Sinn, wenn sie damit erklären wollte, sie würde die daraus entstehenden Kosten einfordern.

15.
Die Vorinstanz nahm an, es habe für die Ersatzvornahme keiner richterlichen Ermächtigung (Art. 98 OR) bedurft, da eine solche nur notwendig sei, wenn in die Sphäre des Schuldners eingegriffen werde, was hier nicht der Fall sei. Im Werkvertragsrecht sei sodann anerkannt, dass eine direkte Ersatzvornahme auch im Fall von Art. 366 Abs. 1 OR zulässig sei.
Auf die dagegen erhobenen Rügen der Beklagten muss nicht weiter eingegangen werden. Vorliegend geht es einzig darum, ob die Klägerin die Kosten der Ersatzvornahme als Schadenersatzposition geltend machen kann, was nach dem oben Dargelegten zu bejahen ist. Diesfalls wird die Frage nach der Notwendigkeit einer Ermächtigung gegenstandslos, es sei denn, es wird in die Sphäre des Schuldners eingegriffen (WIEGAND, a.a.O., N. 8 zu Art. 98 OR; SCHWENZER, a.a.O., S. 449 Rz. 61.07), was die Vorinstanz zutreffend verneinte.

16.
Umstritten ist weiter, ob die Klägerin berechtigt war, auf sämtliche werkvertraglichen Leistungen zu verzichten oder nur auf den Fassadenteil Holz/Metall.

16.1. Die Vorinstanz nahm an, die Voraussetzungen für einen Gesamtverzicht seien erfüllt. Einerseits handle es sich bei der Holz/Metall-Fassade und der Pfosten/Riegel-Fassade nicht um teilbare Vertragsteile. Dafür spreche die ursprüngliche Absicht der Bestellerin; diese habe von Anfang an für beide Fassadenteile nur einen einzigen Unternehmer beauftragen wollen, weswegen schon die Ausschreibung einheitlich erfolgt sei. Beide Fassadenteile seien dann auch im Werkvertrag unter dem Titel "Fassadenbau" unter BKP 215.2 zusammengefasst worden. Sodann sei auch der Endtermin für beide Fassadenteile - trotz unterschiedlicher Zwischentermine - einheitlich festgelegt und ein Pauschalpreis vereinbart worden.
In einer Eventualbegründung war die Vorinstanz sodann der Auffassung, selbst bei Bejahung der Teilbarkeit wäre der Klägerin eine Weiterführung des Vertragsverhältnisses für die Pfosten/Riegel-Fassade auch nicht zumutbar gewesen. Für die Unzumutbarkeit sprächen die eingetretenen Verzögerungen, die auf der Baustelle fehlenden Ressourcen (Arbeitskräfte, nicht vorhandenes Material) sowie die nicht vorhandenen Ausführungspläne und andererseits die festgestellten massiven Mängel in der Holz/Metall-Fassade, welche auch für die Pfosten/Riegel-Fassade in jenem Zeitpunkt "nichts Gutes ahnen" liessen. Dass auch die Pfosten/Riegel-Fassade mangelhaft war, habe die Klägerin zwar in jenem Zeitpunkt noch nicht gewusst, sei jedoch nachträglich im Rahmen der Arbeiten der E._____ AG ebenfalls festgestellt worden. Schliesslich hätte ein blosser Teilverzicht bei der Klägerin zu zusätzlichem Koordinationsaufwand mit Kostenfolgen geführt. Diese Interessen überwögen im Vergleich zu den finanziellen Interessen der Beklagten.

16.2. Das Bundesgericht hat sich bis anhin unter dem Titel von Art. 366 Abs. 1 OR nicht dazu geäussert, ob die Bestellerin allenfalls nur Anspruch auf einen Verzicht der (nicht rechtzeitig ausgeführten) Teilleistung hat, wenn die Unternehmerin mit einem anderen Teil der Leistung nicht in Verzug ist, oder ob sie auch in diesem Fall auf die gesamte Leistung verzichten darf. Zu prüfen ist also, ob die Klägerin insgesamt auf die künftigen Leistungen verzichten konnte, obwohl in Bezug auf die Pfosten/Riegel-Fassade kein Verzug festgestellt wurde (vgl. E. 9.2.1 hiervor). Diese besondere Fallgestaltung ist am ehesten vergleichbar mit der Situation bei Sukzessivlieferungsverträgen bzw. beim Verzug mit Zahlungsraten. Dazu hat das Bundesgericht entschieden, dass

der Gläubiger nur für die bereits verfallenen Raten nach Art. 107 OR vorgehen kann. Von diesem Grundsatz dürfe ausnahmsweise abgewichen werden, wenn auch die künftige Vertragserfüllung als gefährdet erscheine oder wenn der Gläubiger aufgrund einer besonderen Vertragsbestimmung auch mit Bezug auf nicht verfallene Raten zur Ausübung der Rechte nach Art. 107/109 OR ermächtigt ist (BGE 119 II 135 E. 3 S. 139 f.). In der Lehre wird dazu zutreffend festgestellt, dass dies nur dann gelten
könne, wenn es sich um eine Sukzessivlieferung oder sonstige Teillieferungen handle (Wiegand, a.a.O., N. 21 zu Art. 107 OR; Gauch/Schluep und andere, a.a.O., S. 141 f. Rz. 2814; vgl. auch Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 382 f.; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, 2000, N. 219 zu Art. 107 OR). Eine Leistung ist teilbar, wenn sie ohne Wertverminderung zerlegbar ist. Teilbarkeit im technischen Sinn ist also vorausgesetzt, jedoch nicht hinreichend. Massgeblich sind letztlich Vertragszweck und Interessenlage (Bucher, a.a.O., S. 382 Fn. 216; vgl. auch BGE 75 II 137 E. 4 S. 140 ff.; Urteil 4C.291/1993 vom 18. März 1994 E. 3a mit Hinweisen). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, es könnten analog die Kriterien von Art. 209 OR - Wandelung bei einer Mehrheit von Sachen (die Wandelung ist grundsätzlich nur hinsichtlich der fehlerhaften Stücke zulässig, eine Gesamtwandelung ist ausnahmsweise statthaft, wenn der Gesamtwert der Sachmehrheit höher ist als die Summe der aufaddierten Teilwerte oder wenn der Käufer an den fehlerfreien Stücken der teilweise mangelbehafteten Lieferung kein Interesse mehr hat, namentlich weil das Aussortieren der fehlerhaften Ware mit einem unzumutbaren Aufwand
verbunden wäre; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2003 vom 29. August 2003 E. 2.2 mit Hinweisen) - angewendet werden (BUCHER, a.a.O., S. 382 Fn. 218 mit Hinweisen; im gleichen Sinn die deutsche Rechtsprechung und Lehre: Urteil des BGH vom 7. März 1990 E. lll.1b/bb, in: Neue Juristische Wochenschrift [NJW]1990 S. 3011 ff., S. 3012 f.; WOLFGANG ERNST, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 6. Aufl. 2012, N. 201 zu § 323 BGB).

16.2.1. Technische Teilbarkeit ist vorliegend zu bejahen. Das ergibt sich bereits daraus, dass verschiedene Zwischentermine bestimmt wurden. Das zeigt, dass beide Fassadenteile unabhängig voneinander produziert und montiert werden konnten. Bestätigt wird dies auch durch die von der Klägerin selbst gewählte Vorgehensweise bei der Begutachtung hinsichtlich der Mängel, die sie auf die Holz/Metall-Fassade beschränkte. Beide Fassadenteile hätten auch durch zwei verschiedene Unternehmer geliefert werden können. Auch die Gegenleistung war teilbar, unabhängig davon, dass ein Pauschalpreis vereinbart wurde, zumal die Vorinstanz selbst den Gutachter F._____ zitiert, wonach der Anteil für die Pfosten/Riegel-Fassade Fr. 1'674'932.86 betragen habe.
Im Hinblick auf die Interessenlage und den Vertragszweck kann beispielsweise dann eine Einheit angenommen werden, wenn die Zusammenfassung erfolgte trotz anderweitiger günstigerer Angebote. Dies legt nahe, die Bestellerin verfolge mit der Zusammenfassung einen besonderen Zweck. So schloss der (deutsche) Bundesgerichtshof auf ein einheitliches Geschäft - wobei er die Rechtsnatur (Kauf-, Werk- bzw. Werklieferungsvertrag) offenliess - im Fall einer Lieferung von Soft- und Hardware, weil die Bestellerin/Käuferin trotz anderweitiger günstigerer Angebote allein deshalb bei der gleichen Vertragspartei alle Leistungen bezog, weil sie das Geschäft in eine Hand gelegt wissen wollte und auf diese Motivation im Zuge der Vertragsverhandlungen auch ausdrücklich hinwies (Urteil des BGH vom 23. Januar 1996 E. II.2a, in: Neue Juristische Wochenschrift [NJW]1996 S. 1745 ff., S. 1747). Andererseits führt die beabsichtigte gemeinschaftliche Verwendung verschiedener Vertragsteile (noch) nicht zur Annahme eines einheitlichen Vertrages (zit. Urteil des BGH vom 7. März 1990, E. lll.1b/bb S. 3012). Nichts Entscheidendes ergibt sich daher entgegen der Vorinstanz daraus, dass beide Fassadenteile in einem Gesamtvertrag zusammengefasst wurden, unter einem
BKP (215.2 "Fassadenbau") und mit einem gleichen Endtermin. Vorliegend hat die Vorinstanz ausgeführt, die Klägerin habe zur Begründung für die massiv höheren Kosten der Ersatzvornahme im Vergleich zum Werkpreis u.a. darauf hingewiesen, die Beklagte sei bei der Offertstellung der preisgünstigste Anbieter gewesen. Das genügt nicht, um einen nicht teilbaren, einheitlichen Vertrag anzunehmen. Fachgebiet der Beklagten waren Pfosten/Riegel-Fassaden (vgl. unten E.16.2.2). Es ist nicht anzunehmen, die Klägerin hätte die Holz/Metall-Fassade selbst dann bei der - hierfür nicht qualifizierten (vgl. unten E. 16.2.2) - Beklagten bestellt, wenn diese nicht billiger gewesen wäre. Ebenso wenig kann ohne Anhaltspunkte zum konkret verfolgten Zweck genügen, dass es bei einem Werkvertrag zur Erstellung einer Baute generell für die Bestellerin einfacher ist, möglichst viele Werkleistungen zusammenzufassen. Der Wille, einen nicht teilbaren Vertrag abzuschliessen, kann daher entgegen der Vorinstanz nicht allein aus der einheitlichen Ausschreibung abgeleitet werden. Es ist daher von einer teilbaren Leistung auszugehen.

16.2.2. Ob eine unzumutbare Gefährdung vorliegt, ist nach den Umständen zu beurteilen, namentlich im Hinblick auf die Gründe der erfolgten Pflichtverletzung (WEBER, a.a.O., N. 219 zu Art.107 OR; HANSJÖRG OTTO/ROLAND SCHWARZE, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, N. B157 zu § 323 BGB). Die Vorinstanz stellte unter Bezug auf die Zeugen P._____ und L._____ sowie das Gutachten J._____ fest, die Beklagte sei Stahlbauer; ihr Fachgebiet seien Pfosten/Riegel; sie habe keine Erfahrungen betreffend Holz/Metall-Fassaden gehabt und habe diese zugestandenermassen durch ein Drittunternehmen produzieren lassen. Die Beklagte kam mit jenem Fassadenteil in Verzug, wo sie keine Erfahrung besass und wo sie auf ihren Drittlieferanten angewiesen war. Der Zeuge L._____, auf den sich die Vorinstanz bezog, gab denn auch an, im Zeitpunkt der Lieferung der Holz/Metall-Elemente habe der Rückstand (bereits) ca. ein bis zwei Wochen betragen. Es ist daher entgegen der Vorinstanz nicht zulässig, aufgrund des Verzugs und der Mängel bei der Holz/Metall-Fassade telquel auf eine Gefährdung auch in Bezug auf die Pfosten/Riegel-Fassade zu schliessen, die das Fachgebiet der Beklagten betraf und wo sie die Fassadenelemente
selber herstellte. Namentlich hatte die Klägerin im Zeitpunkt des Leistungsverzichts keinen Grund zur Annahme, auch die Pfosten/Riegel-Fassade würde erhebliche, innert der Restvertragszeit nicht mehr behebbare Mängel aufweisen. Und davon ging sie auch tatsächlich nicht aus, ansonsten sie auch diesbezüglich eine vorsorgliche Beweisaufnahme verlangt hätte.
Die Begründung der Vorinstanz ist im Übrigen widersprüchlich. Hätte aufgrund der Verzögerungen bzw. des Verzugs mit der Holz/Metall-Fassade auch mit einem (künftigen) Verzug bei der Pfosten/Riegel-Fassade gerechnet werden müssen, hätte die Vorinstanz konsequenterweise auch diesbezüglich die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR bejahen müssen, nämlich im Sinn der dritten Tatbestandsvariante dieser Bestimmung - dass die rechtzeitige Beendigung nicht mehr voraussehbar war (vgl. E. 9.2.1 und 11.1 hiervor).

16.2.3. Im Werkvertragsrecht besteht insofern eine besondere Interessenlage, als der Unternehmer das Werk typischerweise nach den individuellen Wünschen des Bestellers fertigt und es daher nur eine beschränkte Verkehrstauglichkeit aufweist. Ein Gesamtverzicht ist daher für den Unternehmer regelmässig mit erheblichen Nachteilen verbunden. Mit Blick auf Art. 368 Abs. 1 OR, der die Wandelung beim Werkvertrag gegenüber dem Kauf (Art. 205 Abs. 1 OR) erschwert, wird in der Lehre (vgl. KOLLER, a.a.O., N. 369 zu Art. 366 OR, auf den sich die Vorinstanz selbst bezieht) daher geschlossen, ein Gesamtverzicht dürfe dem Unternehmer im Rahmen einer Interessenabwägung nicht ohne Weiteres aufgebürdet werden.

16.2.4. Im zu beurteilenden Fall überwiegen die mit einem Gesamtverzicht verbundenen Nachteile gegenüber dem von der Vorinstanz ebenfalls erwähnten zusätzlichen Koordinationsaufwand der Klägerin, zumal dieser nicht weiter substanziiert wurde. Die Klägerin war demzufolge nicht berechtigt, auch hinsichtlich der Pfosten/Riegel-Fassade auf die künftige Leistung gemäss Art. 366 Abs. 1 zu verzichten. Sind die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR nicht gegeben, gilt die Erklärung des Bestellers als Rücktrittserklärung gemäss Art. 377 OR, sofern der Besteller den Vertrag auf jeden Fall beenden wollte (BGE 98 II 113 E. 2 S. 115; KOLLER, a.a.O., N. 239 und 323 zu Art. 366 OR mit weiteren Hinweisen; GAUCH, a.a.O., S. 266 Rz. 667). Die Sache ist demnach an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie hinsichtlich der Pfosten/Riegel-Fassade die Ansprüche gestützt auf Art. 377 OR prüft.

17.
Die Klägerin hatte vorinstanzlich die Rü ckerstattung von zwei Konventionalstrafen - eine solche von Fr. 350'000.– und eine weitere ü ber Fr. 1 Mio. - geltend gemacht, die sie der Bauherrin Institut D._____ wegen der eingetretenen Verzögerungen zu bezahlen hatte. Die Vorinstanz schützte den Betrag von Fr. 350'000.– (abzüglich 15 % wegen Mitverschuldens der Klägerin). Mangels Beschwerde seitens der Klägerin hat es bei der Abweisung der Forderung über Fr. 1 Mio. sein Bewenden.

17.1. Nach den verbindlichen (Art. 105 Abs. 1 BGG) Feststellungen der Vorinstanz war im (ursprünglichen) Totalunternehmervertrag zwischen der B3._____ AG und dem Institut D._____ vereinbart, dass die Nichteinhaltung der Schlüsseltermine per 22. Dezember 2006 und 31. März 2007 eine Konventionalstrafe pro Kalenderwoche von einem Prozent des vereinbarten Pauschalpreises, maximal begrenzt auf 10 %, auslöse. Die Konventionalstrafe sei unabhängig davon geschuldet, ob die Bauherrin durch den Verzug einen Schaden erlitten

habe. In einem Nachtrag vom 4./5. April 2007 habe die Klägerin dann mit der Bauherrin vereinbart, letzterer für die eingetretenen Verzögerungen eine Konventionalstrafe von Fr. 350'000.– zu bezahlen. Damit sei die bisher eingetretene Verzögerung bezüglich Konventionalstrafe und Schadenersatz endgültig abgedeckt. In der Folge habe die Klägerin der Bauherrin per 15. April 2007 Fr. 200'000.– und per 22. Mai 2007 Fr. 150'000.– bezahlt. Die Vorinstanz stellte fest, im Umfang der bezahlten Fr. 350'000.– habe die Klägerin einen ihr entstandenen Schaden nachgewiesen. Nachdem sich ergeben habe, dass die Beklagte per 31. Oktober 2006 schuldhaft in Verzug war, sei auch nachgewiesen, dass ihr Verhalten in diesem Zeitraum
kausal gewesen sei für den der Klägerin entstandenen Schaden aus der Konventionalstrafe.

17.2. Was die Beklagte dagegen vorbringt, ist nicht geeignet, die vorinstanzliche Begründung als rechtsfehlerhaft erscheinen zu lassen. Sie bestreitet, dass der Betrag von Fr. 350'000.– tatsächlich bezahlt wurde. Nachgewiesen sei lediglich eine entsprechende Vereinbarung im Nachtrag vom 4./5. April 2007, auf welche die Vorinstanz verweise. Dabei übergeht sie vollständig, dass die Vorinstanz auch auf eine Aussage des Zeugen H._____ verweist, dem Verantwortlichen auf Seiten der Bauherrin. Mangels genügender Rüge (vgl. E. 3.1 hiervor) ist auf den Einwand der nicht erfolgten Zahlung nicht weiter einzugehen.
Sodann ist die Beklagte der Auffassung, die Vereinbarung der Konventionalstrafe im Nachtrag vom 4./5. April 2007 sei freiwillig erfolgt; bei einer freiwilligen Vermögensverminderung bestehe aber kein Anspruch auf Schadenersatz. Sie verweist auf ein Schreiben der Klägerin an die Bauherrin, worin erstere selber festhalte, die Konventionalstrafe über Fr. 350'000.– habe keine wirtschaftliche Berechtigung, da die Bauherrin den Einzugstermin nicht habe verschieben müssen und ihr also kein Schaden entstanden sei. Die Vorinstanz hat dazu keine tatsächlichen Feststellungen getroffen und die Beklagte legt nicht mit Aktenhinweisen dar, wo sie entsprechende Sachverhaltsvorbringen im vorinstanzlichen Verfahren prozesskonform eingebracht hat (vgl. E. 3.2 hiervor). Darauf kann ebenfalls nicht eingetreten werden.
Das Gleiche gilt für den letzten Einwand der Beklagten, die Kausalität sei nicht nachgewiesen, nachdem der Nachtrag vom 4./5. April 2007 rund fünf Monate nach der Auflösung des Werkvertrages mit der Beklagten abgeschlossen worden sei, in welcher Zeit sie keinen Einfluss auf das Bauvorhaben mehr hätte nehmen können. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf zwei Schreiben der Klägerin, nach denen diese selber Verzögerungen und die Konventionalstrafe von Fr. 350'000.– auf den Verzug durch die E._____ AG zurückgeführt habe. Auch diesbezüglich ist nicht erstellt, dass gegenüber der Vorinstanz dieser Sachverhalt geltend gemacht wurde. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach den Feststellungen der Vorinstanz mit der Konventionalstrafe von Fr. 350'000.– die bisher eingetretenen Konventionalstrafen abgedeckt werden sollten. Die bisher eingetretenen Konventionalstrafen bezogen sich aber auf den (ursprünglichen) Totalunternehmervertrag bzw. die dort gesicherten Schlüsseltermine vom 22. Dezember 2006 und 31. März 2007. Der Kausalzusammenhang ist offensichtlich gegeben, wenn die Beklagte beim Leistungsverzicht am 13. November 2006 die per 31. Oktober 2006 zugesicherten Arbeiten nicht erbracht hatte, womit sich die weiteren Arbeiten
verzögerten.

18.
Die Beschwerde der Beklagten ist somit teilweise gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung (vgl. E. 9.5 und 16 hiervor) zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten für das Verfahren 4A 232/2014 hälftig zu teilen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Mit Blick auf den ausserordentlich hohen Aufwand rechtfertigt sich eine Gerichtsgebühr von Fr. 30'000.–.
Verfahren 4A 610/2014

19.
Nachdem das Urteil im Beschwerdeverfahren 4A 232/2014 auf die A._____ S.R.L und die B._____ AG lautet und das bundesgerichtliche Urteil den Entscheid des Handelsgerichts ersetzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4F 11/2013 vom 16. Oktober 2013 E. 3.2.1) und dieses aufgehoben wird, besteht kein Rechtsschutzinteresse mehr an einer Beurteilung des Berichtigungsentscheids vom 23. September 2014 und ist die Beschwerde gegenstandslos. Es sind nur noch die Kostenfolgen zu prüfen. Gemäss Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP ist hinsichtlich der Kosten in erster Linie auf den mutmasslichen Ausgang des Verfahrens abzustellen, welcher nur summarisch zu begründen ist (MATTHIAS HÄRRI, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 12 zu Art. 32 BGG).

19.1. Die Klägerin beruft sich auf BGE 131 I 57 E. 2.3. Darin geht es aber nicht um die Berichtigung eines Entscheids im Sinne von Art. 334 Abs. 1 ZPO, sondern um eine von einer Partei im Laufe des Verfahrens verlangte Berichtigung der von ihr selbst in der Klageschrift vorgenommenen Parteibezeichnung. Hier geht es dagegen um die Frage, ob nach Ausfällung des Urteils die Parteibezeichnung im Endentscheid, deren Änderung im Laufe des Verfahrens nicht beantragt worden war und von deren Unrichtigkeit das Gericht keine Kenntnis hatte, zu einer Berichtigung des Entscheids nach Art. 334 Abs. 1 ZPO führen kann.

19.2. Bei der Berichtigung geht es darum, dass das vom Gericht wirklich Gewollte zum Ausdruck kommt. Unrichtigkeit im Sinn von Art. 334 Abs. 1 ZPO liegt vor, wenn bei der Erklärung (Formulierung) des Gewollten ein Fehler unterläuft, nicht aber bei der Willensbildung im Gericht. "Widersprüchlichkeit und Unklarheit müssen auf mangelhafte Formulierungen zurückzuführen sein" (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7382, Ziff. 5.23.4 zu Art. 332 E-ZPO). Zur Parteibezeichnung, die berichtigt werden soll, kam es aber nicht infolge einer mangelhaften Formulierung, sondern weil das Gericht über die Rechtsnachfolge nicht informiert wurde und diesen Aspekt nicht berücksichtigt und nicht beurteilt hat. Soweit die Beklagte schliesslich eine Abänderung der Parteibezeichnung im Rahmen eines Revisionsverfahrens thematisiert, zeigt sie nicht auf, dass sie prozesskonform um Revision ersucht hätte.

19.3. Die Beschwerde im Verfahren 4A 610/2014 hätte somit mutmasslich abgewiesen werden müssen. Die Klägerin wird daher für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG), wobei die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verfahren 4A 232/2014 und 4A 610/2014 werden vereinigt.

2.
In teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Beklagten wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 13. Februar 2013/30. August 2013/5. März 2014 aufgehoben, und die Sache wird zur Neubeurteilung an das Handelsgericht des Kantons Bern zurückgewiesen.

3.
Die Beschwerde der Klägerin wird als gegenstandslos abgeschrieben.

4.
Die Gerichtskosten von Fr. 33'000.– werden im Betrag von Fr. 15'000.– der Beklagten und im Betrag von Fr. 18'000.– der Klägerin auferlegt.

5.
Die Klägerin hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'500.– zu entschädigen.

6.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. März 2015

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak