

ZIVILRECHT

Problem: Keine Beteiligung des Käufers an den Nachbesserungskosten

Einordnung: Kaufrecht

BGH, Urteil vom 13.05.2022
V ZR 231/20

EINLEITUNG

Seit 2018 behandeln wir in der RA immer wieder die umstrittene Frage, ob und wann ein Geschädigter „fiktiv“ abrechnen darf, wenn er Schadensersatz fordert. Die Antwort fällt im Kaufrecht nach dem Kauf einer Bestandsimmobilie (**RA 05/2021, 229 ff.**) anders aus als im Werkvertragsrecht, wenn Bauleistungen mangelhaft erbracht wurden (**BGH RA 06/2018, 293 ff.**). Zuletzt berichteten **wir zum Thema über einen Fall aus dem Deliktsrecht (RA 07/2022, 350 ff.)**. Vorliegend bleibt der V. Zivilsenat seiner Linie treu. Dies zwingt ihn Stellung zu beziehen, ob Käufer, die „kleinen Schadensersatz statt der Leistung“ vom Verkäufer fordern, eine Vorteilsausgleichung nach den Grundsätzen „neu für alt“ hinnehmen müssen.

SACHVERHALT

Die B waren Eigentümer eines mit einem 1979 errichteten Reihenhaus bebauten Grundstücks. Im Jahr 2002 leiteten sie gegen einen Nachbarn ein selbständiges Beweisverfahren ein, nachdem in ihrem Keller Schwarzsimmel aufgetreten war. Der Sachverständige erkannte eine Feuchtigkeit in den Kellerwänden, die vornehmlich auf einer mangelhaften Abdichtung der Wände beruhte. In Kenntnis dieser Umstände verkauften sie das Grundstück im Jahr **2010 unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel** formgemäß an die K, ohne die Mängel aufzudecken. Die K stellten im Jahr 2013 eine Durchfeuchtung der Kellerwände fest und forderten im September dieses Jahres die B erfolglos auf, die Kosten einer neuen Kellerabdichtung in Höhe von 23.400,30 € zu zahlen. Die B sind der Meinung, die K müssten sich im Wege des Vorteilsausgleichs einen Abzug „neu für alt“ gefallen lassen. Erhielten sie die Kosten für die Neuherstellung einer Kellerabdichtung ohne einen solchen Abzug, wären sie bereichert, und das kaufvertragliche Äquivalenzverhältnis wäre gestört. Zu Recht?

A. Anspruch der K gegen die B auf Zahlung von 23.400,30 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 2. Fall BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 23.400,30 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 2. Fall BGB haben.

I. Anspruchsbegründende Voraussetzungen

Der zur Begründung des Anspruchs erforderliche Kaufvertrag gem. § 433 BGB wurde im Jahr 2010 geschlossen. Ein Mangel i.S.d. § 434 I, III 1 Nr. 2 BGB (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB a.F.) lag aufgrund der Feuchtigkeit in den Kellerwänden und der nicht ordnungsgemäß angebrachten Kellerwandabdichtung bei Gefahrübergang vor. Problematisch ist der im notariellen Vertrag getroffene Ausschluss der Haftung für Sachmängel. Diese Abrede wäre jedoch gem. § 444 BGB unwirksam, wenn die B diesen Mangel arglistig verschwiegen hätten.

LEITSATZ

1. Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer (gebrauchten) mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs „neu für alt“ scheidet aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder, dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart.
2. Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB gilt das Gleiche, und zwar auch dann, wenn die Nachbesserung wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht angeboten werden muss (hier: Kosten für die Erneuerung einer mangelhaften Kellerabdichtung).

Der Ausschluss der Sachmängelhaftung erfolgt typischerweise beim Kauf einer Bestandsimmobilie.

[7] (...) Auf den in dem Vertrag enthaltenen Haftungsausschluss können sich die Beklagten nach der ebenfalls von Rechts wegen nicht zu beanstandenden tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts nicht berufen, weil sie im Zusammenhang mit dem von ihnen durchgeführten selbständigen Beweisverfahren Kenntnis von dem Mangel erlangt und deshalb arglistig (§ 444 BGB) gehandelt haben. (...)

Problematisch könnte ferner sein, dass die K den B keine nach § 281 I 1 2. Fall BGB geforderte Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Dies wäre jedoch kein die Entstehung des Anspruchs hindernder Grund, wenn die Fristsetzung gem. § 281 II BGB entbehrlich wäre. In Betracht käme aufgrund der Arglist als besonderer Umstand die Ausnahme des § 281 II 2. Fall BGB.

BGH, Beschluss vom 08.12.2006,
V ZR 249/05

[7] (...) Da die Beklagten den Mangel des Grundstücks arglistig verschwiegen haben, war eine Nachfristsetzung durch die Kläger nicht erforderlich (§ 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB).

Indem die B den Mangel bei Gefahrübergang arglistig verschwiegen haben, haben sie die Pflichtverletzung auch zu vertreten.

II. Anspruchsausfüllende Voraussetzungen

1. Verlangen gem. § 281 IV BGB

Die K müssen gem. § 281 IV BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt haben. Dies ist im September 2013 ausdrücklich geschehen.

Definition Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 2. Fall BGB

2. Ersatzfähiger, kausaler Schaden

Die verlangten 23.400,30 € müssen als kleiner Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig sein und kausal auf der o.g. Pflichtverletzung beruhen. Ein Schaden i. S. d. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 2. Fall BGB ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße, die zum positiven Interesse gehört, adäquat kausal auf der Schlechtleistung beruht und deren Entstehung durch eine gedachte Erfüllung im Zeitpunkt des Ersatzverlangens noch verhindert worden wäre.

a) Geltendmachung eines fiktiven Schadensersatzes

Die geforderten 23.400,30 € entsprechen den Kosten einer Ersatzvornahme, welche das fachgerechte Abdichten des Kellers zum Ergebnis hätte. Diese Kosten würden nicht anfallen, wenn die Verkäufer keine Immobilie mit einer mangelhaften Abdichtung verkauft hätten. Problematisch ist aber, dass die Arbeiten noch nicht ausgeführt wurden, die veranschlagten Kosten fraglich ist aber, ob diese Kosten auf Gutachtenbasis, also „fiktiv“, ohne Umsatzsteuer, geltend gemacht werden dürfen.

Fiktives Abrechnen

[8] Das Berufungsgericht stellt zu Recht nicht in Frage, dass die Kläger im Ausgangspunkt die Höhe des Schadens anhand der Kosten der Herstellung einer mangelfreien Kellerwandabdichtung berechnen können, auch wenn die hierfür erforderlichen Arbeiten noch nicht ausgeführt wurden. Denn der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB kann anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden (...). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts betragen die aufzuwendenden Mängelbeseitigungskosten hier 23.400,30 € ohne Mehrwertsteuer.

BGH RA 05/2022, 221

b) Vorteilsausgleichung nach den Grundsätzen „neu für alt“

Fraglich ist, ob die geforderte Schadenssumme ganz oder teilweise nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu kürzen ist. Vorliegend haben die K eine aus dem Jahr 1979 stammende Bestandsimmobilie erworben und würden bei Durchführung der Maßnahmen eine neuwertige Kellerabdichtung erwerben.

[10] (...) Der Schadensersatzanspruch strebt zwei nicht immer restlos zu vereinbarende Ziele an. Er soll dem Geschädigten einerseits vollen Ausgleich verschaffen, ihn andererseits aber nicht bereichern. Dieses zweite Ziel gebietet einen Abzug „neu für alt“, wenn damit nicht in unzumutbarer Weise in das erste eingegriffen wird. Vor diesem Hintergrund hat der Senat bei dem nach § 463 Satz 2 BGB aF geschuldeten Schadensersatz des Verkäufers einen entsprechenden Ausgleich für erwägenswert gehalten (...).

[11] **Diese Grundsätze können aber auf einen kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach dem seit dem 1. Januar 2002 geltenden Recht nicht ohne weiteres übertragen werden. Anderes als nach dem bisherigen Recht gehört nämlich nunmehr die Mangelfreiheit der Kaufsache zur Leistungspflicht des Verkäufers § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB).** Dass der Verkäufer, der die Pflicht zur mangelfreien Übereignung nicht erfüllt, zunächst einem Nacherfüllungsanspruch ausgesetzt ist, muss auch bei der Frage, ob ein Abzug „neu für alt“ gerechtfertigt ist, berücksichtigt werden. (...) Der primär auf die Lieferung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch setzt sich in modifizierter Form in dem Nacherfüllungsanspruch fort. An die Stelle des (Nach-)Erfüllungsanspruchs tritt der Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB. Dieser richtet sich also danach, was der Käufer erhalten hätte, wenn der Verkäufer seiner Pflicht zur Nacherfüllung ordnungsgemäß nachgekommen wäre, da dies der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des auszugleichenden positiven Interesses ist.

[12] Weil der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung an die Stelle des (Nach-)Erfüllungsanspruchs tritt, kann der Umfang jenes Anspruches nicht ohne Blick auf die (ggf. wechselseitigen) Pflichten der Parteien bei der Nacherfüllung bestimmt werden. Muss sich der Käufer unter Berücksichtigung der Grundzüge des Abzugs „neu für alt“ bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung an den Kosten der Nacherfüllung beteiligen, kann für den Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB nichts Anderes gelten. Ist das nicht der Fall, hat das Auswirkungen auf den Schadensersatz schon deshalb, weil kein Anreiz für den Verkäufer bestehen soll, die Nachbesserung nicht durchzuführen, um bei dem folgenden Schadensersatzanspruch in den Genuss eines Abzuges „neu für alt“ zu kommen (...). Ob und in welchem Umfang Vorteile zu berücksichtigen sind, die der Käufer durch die Nacherfüllung erlangt, wird allerdings unterschiedlich beurteilt.

[13] Zum Teil wird vertreten, eine durch die Nachbesserung eingetretene Wertverbesserung im Sinne einer längeren Lebensdauer sei ebenso wie andere Wertverbesserungen der Kaufsache wegen der Erneuerung nicht unmittelbar durch den Mangel betroffener Teile der Kaufsache durch den Käufer auszugleichen Denn **der Käufer dürfe durch die Nachbesserung nicht besser stehen**, als er stünde, **wenn der Verkäufer von Anfang an ordnungsgemäß erfüllt** hätte.

Urteile zu § 463 S. 2 BGB in der Fassung vom 01.01.1900 bis 31.12.2001, auf die das Berufungsgericht seine Argumente gestützt hatte: BGH, Urteil vom 07.05.2004, V ZR 77/03; Urteil vom 06.12.1995, VIII ZR 270/94

Die zur alten Rechtslage gefassten Grundsätze sind aber nicht übertragbar auf die seit dem 01.01.2002 geltenden Kaufrecht.

Grund hierfür ist die Einführung des § 433 I 2 BGB.

Sehr erhellend zur Auslegung des Nacherfüllungsanspruchs sowie zur Beteiligung des Käufers an den Kosten zur Nacherfüllung im Wege des Vorteilsausgleichs: BGH RA 09/2021, 453 und RA 03/2022, 113

e.A.: BeckOGK/Höpfner, BGB, § 439 Rn. 125; PWW/Wagner, BGB, 16. Aufl., § 439 Rn. 34; Brambring in Festschrift Wolfsteiner, 2008, 1, 6; außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs Gsell, NJW 2003, 1969, (1972).

Gegen eine Ausgleichspflicht:
NK-BGB/Büdenbender, 4. Aufl., § 439 Rn. 33; Mankowski, NJW 2011, 1025, 1027 f.; Woitkewitsch, VuR 2005, 1, 5 f.; Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl., § 439 Rn. 13

Weitere Ansicht: „Abzug neu für alt“ nur bei Wertverbesserung oder Ersparnis eigener Aufwendungen für Instandhaltung und Inspektion; statt vieler: Grüneberg/Weidenkaff, BGB, § 439 Rn. 13

Ansicht des BGH: Kein „Abzug neu für alt“, wenn durch den Austausch eines Teiles ein Wertzuwachs eintritt oder infolge der Lebensauer Aufwendungen erspart werden.

Wichtiges Argument: Der nachbessernde Verkäufer erfüllt seine **modifizierte Erfüllungspflicht**. Warum sollte der Käufer hierfür neben dem gezahlten Kaufpreis einen Ausgleich schulden?

Der BGH sieht eine mögliche, ausgleichslose Wertsteigerung von der gesetzgeberischen Entscheidung als gedeckt an, nach der der Verkäufer einen Nacherfüllungsanspruch schuldet, dessen Inhalt von der veränderten Situation abhängt.

Weitere Argumente gegen eine Kostenbeteiligung des Käufers nach den Grundsätzen „neu für alt“:

§ 439 VI BGB, der lediglich im Falle der Nachlieferung eine Nutzungsherausgabepflicht anordnet, nicht aber im Falle der Nachbesserung, ist eine Ausnahmegvorschrift.

§ 439 II BGB beinhaltet Grundsätze der Kostenzuweisung im Falle der Nacherfüllung.

Eine Beteiligung des Käufers käme einer Kaufpreiserhöhung gleich.

[14] Hiergegen wird eingewandt, **dass es für eine Kostenbeteiligung des Käufers an einer Anspruchsgrundlage fehle. Die Gegenrechte des Verkäufers seien in § 439 Abs. 6 BGB abschließend aufgeführt (...).** § 439 BGB sehe eine Kostentragung durch den Käufer nur in begrenztem Rahmen vor. Da die Nacherfüllung aufgrund der nicht ordentlichen Erfüllung durch den Verkäufer erforderlich geworden sei, **sei es unbillig, den Käufer mit Kosten zu belasten, die über den Kaufpreis hinausgingen (...).** Ansonsten könnte dem Käufer unter Umständen eine Nachbesserung aus finanziellen Gründen unmöglich werden ().

[15] Mehrheitlich wird eine differenzierende Auffassung vertreten. Eine Kostenbeteiligung aufgrund der Grundsätze „neu für alt“ sei abzulehnen, wenn eine Nachbesserung nur durch den Ersatz des mangelbehafteten Teils durch ein Neuteil erfolge. **Anders sehe es aber bei Wertverbesserungen aus, die am Rest der Kaufsache durch die Nachbesserung einträten, oder wenn der Käufer nunmehr eine ohnehin anfallende Instand- bzw. Inspektionsarbeit einspare.** Die hierdurch eingetretene Ersparnis oder Wertverbesserung habe der Käufer auszugleichen (...).

[16] Der hier zu Entscheidung stehende Fall gibt keine Veranlassung, die Streitfrage insgesamt und abschließend zu entscheiden. **Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer (gebrauchten) mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs „neu für alt“ scheidet jedenfalls aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfährt oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart (...)**

[17] **Beseitigt der Verkäufer im Wege der Nachbesserung einen Mangel an der Kaufsache, kommt er lediglich seinen vertraglichen Pflichten nach. Hierfür kann er grundsätzlich keinen Ausgleich verlangen (...).** Richtig ist zwar, dass der Verkäufer unter Umständen eine Leistung erbringen muss, die eine andere Qualität aufweist als diejenige, die er bei mangelfreier Leistung ursprünglich erbracht hätte, und der Käufer deshalb besser steht als bei einer von Anfang an mangelfreien Leistung. **Dies ist aber der gesetzgeberischen Entscheidung für einen Nacherfüllungsanspruch geschuldet (...).** Gegenstand des Nacherfüllungsanspruchs ist - im Unterschied zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch - nicht mehr die erstmalige Lieferung der mangelfreien Kaufsache, sondern - als primäres Mangelrecht des Käufers - die Herstellung ihrer Mangelfreiheit durch Nachbesserung oder durch Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache (...). **Da infolge der mangelhaften Leistung des Verkäufers der Vertrag nicht wie vorgesehen abgewickelt werden kann (...), hat sich die Nacherfüllung an dieser veränderten Situation auszurichten.** Die Pflichten des Verkäufers werden damit nicht mehr allein durch den im Vertrag vereinbarten Kaufgegenstand festgelegt, sondern in Ansehung der Pflichtverletzung des Verkäufers modifiziert und ergänzt (...).

[19] Eine andere Beurteilung wäre auch nicht damit zu vereinbaren, dass das Gesetz lediglich in § 439 Abs. 6 BGB (= § 439 Abs. 5 BGB aF) eine Herausgabe gezogener Nutzungen durch den Käufer bei Lieferung einer mangelfreien Sache anordnet. Eine darüber hinausgehende Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung ist hingegen nicht vorgesehen. Im Gegenteil bestimmt § 439 Abs. 2 BGB, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Die Regelung soll den

in Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 der Verbrauchsgüterkauf-RL festgelegten Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung umsetzen (...), ist aber nicht auf Verbrauchsgüterkäufe beschränkt. Würde man gleichwohl eine Anrechnung „neu für alt“ vornehmen, käme dies im Ergebnis einer Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung bzw. einer Erhöhung des Kaufpreises gleich (...).

[20] Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB gilt das Gleiche, und zwar auch dann, wenn die Nachbesserung wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht angeboten werden muss. **Denn durch die Ersatzfähigkeit der Mängelbeseitigungskosten unabhängig von deren Aufwendung wird der Vorrang des Erfüllungsanspruchs schadensrechtlich umgesetzt (...).** Deshalb scheidet eine allein an der längeren Lebensdauer des ersetzten Teils anknüpfende schematische Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“ (auch) bei dem Schadensersatz statt der Leistung nach § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB aus. Hierdurch wird zudem dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schadensersatzleistung **in vielen Fällen der Vorfinanzierung** der von dem Verkäufer nicht vorgenommenen und nun durchzuführenden Mängelbeseitigung dient (...). Ob der Käufer dem Verkäufer fruchtlos eine Nachfrist gesetzt hat oder eine solche Nachfristsetzung wegen eines arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer unzumutbar ist (§ 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB), ist unerheblich. **Der Käufer darf bei einem arglistig verschwiegenen Mangel nicht schlechter stehen als bei einer „nur“ mangelhaften Kaufsache.**

[21] Den Nacherfüllungsanspruch begrenzt der Senat, indem er aus § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB idF vom 2. Januar 2002 (jetzt: § 439 Abs. 4 Satz 2 BGB) Vorgaben für die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung abgeleitet hat (...). Diese Begrenzung wirkt sich unmittelbar auf die Höhe des nachfolgenden Schadensersatzanspruchs aus und verhindert eine Überkompensation des Käufers (...). **Kann nämlich der Verkäufer die Nacherfüllung verweigern, weil sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist, beschränkt sich der Schadensersatzanspruch des Käufers auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts (...)**

Der Schadensersatzanspruch wird nicht nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung durch einen „Abzug neu für alt“ gekürzt.

B. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 23.400,30 € Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 2. Fall BGB.

FAZIT

Die Entscheidung enthält wichtige Fortentwicklungen gefestigter Rechtsprechung des BGH. Zum einen bleibt der V. Zivilsenat dabei, dass Käufer von Bestandsimmobilien beim kleinen Schadensersatz statt der Leistung „fiktiv“ abrechnen dürfen. Einen Abzug „neu für alt“ müssen sie nicht hinnehmen, wenn durch die Nachbesserung eine Wertsteigerung eintritt. Eine Überkompensation verhindert § 439 IV BGB, der im Falle der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung dafür sorgt, dass sich der Schadensersatzanspruch des Käufers auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts beschränkt, weil der Schadensersatzanspruch immer an die Stelle des geschuldeten Nacherfüllungsanspruchs tritt und sich die Schadenshöhe stets danach richtet.

Das Recht auf „fiktives Abrechnen“ setzt den Vorrang des Erfüllungsanspruchs schadensrechtlich um, denn häufig dient die Vorabforderung auf Gutachterbasis der Vorfinanzierung der Mängelbeseitigung. Eine dem § 637 III BGB entsprechende Anspruchsnorm fehlt im Kaufrecht.

Auf einen Fristablauf kommt es nicht an, wenn der Käufer arglistig getäuscht wurde.

Wichtig: Das Kaufrecht selbst verhindert die Überkompensation des Käufers durch die Einrede der Unverhältnismäßigkeit. Die Höhe des Schadensersatzes richtet sich nach dem Inhalt des Erfüllungs-, bzw. des Nacherfüllungsanspruchs. Nur wenn die Nacherfüllung nicht unverhältnismäßig i.S.d. § 439 IV BGB ist, kann der Schadensersatzanspruch den Wert dieser Nacherfüllung abbilden. Beruft sich der Verkäufer berechtigterweise auf § 439 IV BGB, kann der Käufer gem. § 440 BGB zurücktreten, mindern oder auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Dessen Höhe richtet sich dann aber nur nach dem Minderwert der Leistung und eben nicht nach dem Wert der – sie ist ja unverhältnismäßig – Nacherfüllung.