

---

Finance & Insurance

Personnel & Education

Marketing & Sales

Mobility &

---

STRATEGY & LAW | COLUMN |

## Penalty clause: a useful tool, but to be used with caution

Friday, June 6, 2025

Share

Share

Print

Case number KMU\_today\_010: The column by André Brunschweiler, lawyer and partner at the LALIVE law firm in Zurich, provides answers to legal questions that can and should concern Swiss SMEs.



*André Brunschweiler, partner at the Lalive law firm in Zurich. (Photo: PD)*

Imagine your company is investing in a new production line. Installation is contractually scheduled for early September, but the supplier is late. Commissioning is postponed, and with it, your deliveries. Or: You're conducting confidential discussions with a potential new business partner about a strategic collaboration—including market analyses, margin structures, and process expertise. But after signing an NDA, you learn that this partner is using your information to simply implement the project themselves—without you. The specific damage? Difficult to quantify and virtually unenforceable.

In such cases, a so-called contractual penalty can be an effective tool. This defines in advance how much a contractual party must pay in the event of a breach of contract – without the injured party actually having suffered or having to prove any (financial) damage. Fault is also presumed, which reverses the burden of proof: You don't have to prove anything to receive the penalty; rather, your contractual partner has to exonerate themselves in order to avoid paying.

The contractual penalty only lasts as long as the primary obligation. If the contract is voided – for example, due to a formal defect – the penalty clause also becomes invalid. Also important: including a contractual penalty in the general terms and conditions could render it ineffective – for example, if it is worded unexpectedly or unclearly. A transparent provision in the main contract is better.



*The contractual penalty can shorten the legal process in the event of a dispute. (Symbolic image: Adobe Stock)*

### **Judicial reduction in the case of a severe sentence**

Freedom of contract generally allows the amount of the penalty to be freely determined. However, courts can reduce excessively high contractual penalties – but only if they are blatantly disproportionate to the breach of duty.

For example, the Federal Supreme Court reduced a contractual penalty in one case from CHF 690,000 to CHF 170,000 – it found that the penalty was significantly too high, measured against the economic value of the main service.

Ob eine Konventionalstrafe verhältnismässig ist, wird im Einzelfall beurteilt und hängt von verschiedenen Faktoren ab: Vertragsdauer, Art und Schwere der Verletzung, wirtschaftlicher Kontext, Branchenüblichkeit und Geschäftserfahrung der Parteien spielen eine Rolle. Wichtig ist: Eine zu hohe Strafe wird in der Regel lediglich reduziert, nicht aber für nichtig erklärt. Wer also auf Nummer sicher gehen will, setzt die Strafe lieber etwas höher an – eine spätere Herabsetzung ist das kleinere Übel als völlige Wirkungslosigkeit.

Die Konventionalstrafe tritt grundsätzlich an Stelle des Schadenersatzes, ausser es wurde vertraglich anders geregelt. Ist absehbar, dass sich ein effektiver Schaden nur schwer abschätzen lässt, sollte die Möglichkeit eines zusätzlichen Schadenersatzes vertraglich ausdrücklich vorzubehalten werden. Ein zusätzlicher Schaden kann nur gefordert werden, wenn ein Verschulden nachgewiesen wird.

### **Vertraglicher Gestaltungsspielraum**

Bei der Ausgestaltung von Konventionalstrafen besteht ein weiter Gestaltungsspielraum. Die Strafe muss nicht zwingend die Zahlung eines Geldbetrags sein – sie kann auch darin bestehen, eine Forderung oder ein vertragliches Recht zu verlieren, etwa den Anspruch auf Werklohn oder eine Vergütung.

Ebenfalls sinnvoll ist es im Vertrag klar zu regeln, dass die Bezahlung der Strafe nicht von der Vertragserfüllung befreit. Ohne eine solche ausdrückliche Vereinbarung gilt die Strafzahlung nämlich mit wenigen Ausnahmen als Ersatz für die ursprünglich geschuldete Leistung.

### **Durchsetzung – auch im Inkasso ein Vorteil**

Eine klar formulierte Konventionalstrafe kann als Schuldanerkennung im Sinne des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts gelten. Damit kann der Gläubiger im Streitfall direkt die provisorische Rechtsöffnung beantragen. Das verschafft KMU in der Praxis ein effizientes Inkassoinstrument.

### **Vorsicht bei Auslandverträgen – insbesondere englisches Recht**

Was in der Schweiz zulässig ist, ist es international nicht immer. Im englischen Recht sind sogenannte «penalty clauses» grundsätzlich nicht durchsetzbar. Zulässig sind nur «liquidated damages», also realistisch geschätzte, vorab bestimmte Schadensbeträge. Eine fixe Vertragsstrafe ohne klaren Bezug zum tatsächlichen Schaden gilt dort als rechtswidrig. Für KMU mit internationalen Partnern ist die Rechtswahlklausel entscheidend – und im Zweifel sollte Schweizer Recht vereinbart werden.

### **Fazit**

Die Konventionalstrafe ist ein bewährtes Werkzeug, um Vertragspflichten durchzusetzen, Beweisschwierigkeiten zu entschärfen und Inkassorisiken zu reduzieren. Sie wirkt präventiv, repressiv und prozedural – vorausgesetzt, sie ist klug ausgestaltet.

## **Lalive**

Attorney André Brunschweiler specializes in advising and representing clients in (usually contentious) commercial law matters, with a focus on contract and corporate law, debt collection and bankruptcy law, and employment law. He is a partner at the commercial law firm **Lalive**, which advises companies, public authorities, and private

individuals on complex, predominantly international matters and, above all, disputes from its offices in Zurich, Geneva, and London.

---

## **André Brunschweiler**

Partner at the Lalive law firm in Zurich