[AZA 7]
H 201/00 Bl

IV. Kammer

Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Ferrari; Gerichtsschreiber
Fessler

Urteil vom 19. März 2002

in Sachen
Dr. med. P._____, 1934, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Dr. Werner Knecht, Tannenweg 46, 3700 Spiez,
gegen
Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern, Beschwerdegegnerin,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

A.- Dr. med. P._____ war (nach seiner Wahl am 25. April 1981) vom 1. Juli 1981 bis zur Pensionierung Ende Februar 1999 als Chefarzt für Radiologie am Regionalspital X._____ tätig. Daneben arbeitete er auch am Bezirksspital Y._____. Die Einkünfte aus der spitalärztlichen Tätigkeit (Fixum und Umsatzbeteiligung [Entschädigung für die Röntgenuntersuchungen]) wurden bis Ende 1987 als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit verabgabt.

Am 30. Januar 1988 schlossen P._____ und das Regionalspital X._____ einen neuen Anstellungsvertrag ab.
Dieser legte in Bezug auf die privatärztliche Tätigkeit (Behandlung von Privat- und Halbprivatpatienten, Selbstzahler-Patienten der allgemeinen Abteilung sowie ambulanten Patienten und SUVA/EMV/IV) u.a. fest, dass rückwirkend ab
1. Januar 1988 die Einkünfte aus den Befundtaxen, auf welche der Chefarzt Radiologie Anspruch habe, einschliesslich die Entgelte aus der Tätigkeit am Bezirksspital Y._____ als selbstständiges Erwerbseinkommen gelten. Nach Abklärungen teilte die Ausgleichskasse des Kantons Bern P._____ mit Schreiben vom 17. Juni 1991 mit, trotz noch bestehender Zweifel werde er hinsichtlich der privatärztlichen Tätigkeit im Einklang mit dem steuerrechtlichen Status rückwirkend ab 1. Januar 1988 als selbstständigerwerbender Arzt im Nebenerwerb betrachtet. In der Folge erhob die Kasse auf den von der Steuerbehörde jeweils gemeldeten Einkommen aus der spitalärztlichen Tätigkeit (ohne Fixum) persönliche Beiträge.
Mit Schreiben vom 17. Juli 1998 ersuchte P._____ die Ausgleichskasse, die Einnahmen aus seiner privatärztlichen Tätigkeit am Regionalspital X._____ und am Bezirksspital Y._____ als massgebenden Lohn zu taxieren.
Die Verwaltung lehnte das Begehren ab, indem sie gestützt auf die Angaben der Steuerbehörden über die 1995/96 bezogenen Entgelte am 2. September 1998 persönliche Beiträge (inkl. Verwaltungskostenbeitrag) in der Höhe von Fr. 18'024. 40 für die Zeit vom 1. Januar 1998 bis 28. Februar 1999 und Fr. 16'388. 50 für die Zeit vom 1. März bis
31. Dezember 1999 verfügte.

B.- Die von P._____ hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern nach zweifachem Schriftenwechsel mit Entscheid vom 17. April 2000 ab, soweit es das Verfahren nach der duplikweisen Aufhebung der Beitragsverfügung vom 2. September 1998 betreffend die Periode vom 1. März bis 31. Dezember 1999 nicht als gegenstandslos geworden vom Protokoll abschrieb.

C.- P._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit den Rechtsbegehren, Gerichtsentscheid und

Verwaltungsverfügung, soweit die Beitragsperiode vom 1. Januar 1998 bis 28. Februar 1999 betreffend, seien aufzuheben.
Während die Ausgleichskasse die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt, verzichtet das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Ob für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis
28. Februar 1999 persönliche Beiträge in der von der Ausgleichskasse verfügungsweise festgelegten Höhe geschuldet sind, beurteilt sich danach, ob die in der Bemessungsperiode 1995/96 (vgl. Art. 22 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 geltenden, hier anwendbaren Fassung) bezogenen Entgelte für die privatärztliche Tätigkeit am Regionalspital X._____ sowie am Bezirksspital Y._____ als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG zu betrachten sind. Über die Rechtsnatur dieser Einkünfte ist im Unterschied zu den 1988 bis 1994 erzielten bisher noch nicht rechtskräftig entschieden worden, sodass, wie die Vorinstanz richtig erkannt hat, die unter wiedererwägungs- oder prozessual revisionsrechtlichem Gesichtswinkel zu prüfende Frage der Zulässigkeit eines rückwirkenden Wechsels des Beitragsstatuts (Unselbstständigstatt Selbstständigerwerbender) sich nicht stellt (vgl. BGE 122 V 173 Erw. 4a und b, 121 V 1; ferner BGE 124 V 150 zur Rechtsbeständigkeit von Beitragsverfügungen). Ob für die Zeit vom 1. Januar 1998 bis 28. Februar 1999 persönliche Beiträge geschuldet sind, unterliegt somit grundsätzlich der freien richterlichen Prüfung (BGE 121 V 5 Erw. 6).

2.- Das kantonale Gericht, welches die zur Beurteilung der Sache erforderlichen Rechtsgrundlagen, insbesondere die von der Rechtsprechung aufgestellten allgemein gültigen Grundsätze zur Abgrenzung unselbstständiger von selbstständiger Erwerbstätigkeit, zutreffend dargetan hat, bestätigt die Verfügung vom 2. September 1998 über persönliche Beiträge für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 28. Februar 1999 zusammengefasst mit folgender Begründung: In Ziff. 6 des ab 1. Januar 1988 geltenden Anstellungsvertrages vom 30. Januar 1988 sei ausdrücklich vereinbart worden, dass die Einkünfte des Versicherten als Chefarzt Radiologie aus den Befundtaxen selbstständiges Erwerbseinkommen darstellten.
Damit sei bewusst von der bis Ende 1987 gültigen Regelung abgewichen worden, nach welcher die frühere Umsatzbeteiligung an den Röntgenuntersuchungen vom Spital als massgebender Lohn abgerechnet wurde. Die Ausgleichskasse sei zwar an eine solche Übereinkunft der Parteien über den beitragsrechtlichen Charakter einer Entschädigung nicht gebunden gewesen. Trotzdem sei sie ungeachtet gewisser Zweifel zum Schluss gekommen, dass ab 1. Januar 1988 in Bezug auf die privatärztliche Tätigkeit am Regionalspital X._____ und am Bezirksspital Y._____ von selbstständiger Erwerbstätigkeit auszugehen sei. Sprächen zwar möglicherweise mehr Argumente für unselbstständige Erwerbstätigkeit, sei bei der praxisgemäss gebotenen Zurückhaltung in Grenzfällen die privatärztliche Tätigkeit in den Jahren 1995 und 1996 nicht abweichend von den vorangegangenen Jahren, somit als selbstständige Erwerbstätigkeit zu beurteilen.

Anders wäre lediglich zu entscheiden, wenn die seit
1. Januar 1988 gültige Einstufung klar falsch gewesen sein sollte, sodass zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes eine Korrektur zumindest für die Zeit ab 1995 geboten wäre. So verhalte es sich indessen nicht, da bei einer Würdigung der gesamten Situation nicht gesagt werden könne, der unselbstständige Charakter der privatärztlichen Spitaltätigkeit ab 1988 habe offensichtlich überwogen.
Vielmehr hätten von Anfang an auch Argumente bestanden, welche für die Annahme selbstständiger Erwerbstätigkeit sprächen, wie in der Vernehmlassung der Ausgleichskasse ausführlich dargelegt werde.

3.- Ein gegen den Wechsel des Beitragsstatuts für die Zukunft sprechender Grenzfall liegt vor, wenn weder die Merkmale einer selbstständigen noch einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit überwiegen (ZAK 1989 S. 440 Erw. 2b mit Hinweisen; vgl. auch BGE 121 V 4 Erw. 5b am Ende). Ob dieser Tatbestand gegeben ist, hat das kantonale Gericht nicht geprüft. Vielmehr hat sich die Vorinstanz im Wesentlichen mit der Feststellung begnügt, es sprächen zwar möglicherweise mehr Argumente für unselbstständige Erwerbstätigkeit; dennoch könne aufgrund der gesamten Umstände nicht gesagt werden, der unselbstständige Charakter der privatärztlichen Spitaltätigkeit ab 1988 habe offensichtlich überwogen. Damit hat das kantonale Gericht in bundesrechtswidriger

Weise den Rahmen seiner Prüfungsbefugnis und -pflicht eingeschränkt.
Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob im fraglichen Zeitraum 1995/96 die Merkmale unselbstständiger Erwerbstätigkeit klar überwiegen, was für den streitigen Wechsel des Beitragsstatuts vom Selbstständig- zum Unselbstständigerwerbenden genügt.

a) Die beitragsrechtliche Qualifikation des Erwerbseinkommens aus spitalärztlicher Tätigkeit bestimmt sich nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten, unter welchen der Arzt ein Entgelt erzielt. Die Frage des Beitragsstatuts beurteilt sich nicht aufgrund eines einzelnen Kriteriums.
Vielmehr ist auf der Basis des privat- oder öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrages, dem Hinweiswert zukommt, sowie unter Würdigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse abzuklären, welche Abgrenzungskriterien überwiegen und damit den Ausschlag geben (BGE 122 V 284 Erw. 3).
In BGE 122 V 281 und BGE 124 V 97 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Honorare der Chefärzte, Co-Chefärzte und leitenden Ärzte für die stationäre Behandlung von Patienten der Privatabteilung in den Heilanstalten des Kantons Luzern und des Kantons Genf als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert.
In gleichem Sinne hat es zwei Einzelfälle von Chefärzten aus den genannten Kantonen entschieden (Urteile V. vom 18. November 1982 [ZAK 1983 S. 195]und F. vom 10. Februar 1998 [SVR 1998 AHV Nr. 25 S. 73]). Demgegenüber stellen die Honorare, welche Chefärzte für die Behandlung und Pflege ihrer ambulanten Patienten in einem vom Spital zur Verfügung gestellten privaten Sprechzimmer beziehen, Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit dar (BGE 124 V 99 Erw. 6b, 122 V 285 Erw. 3 am Ende). Ein solcher Sachverhalt liegt hier nicht vor.

b) aa) Die Ausgleichskasse hat in der vorinstanzlichen Vernehmlassung die Umstände dargelegt, welche ihrer Meinung nach für selbstständige privatärztliche Erwerbstätigkeit des Chefarztes für Radiologie am Regionalspital X._____ und am Bezirksspital Y._____ in den Jahren 1995 und 1996 resp. für das Vorliegen eines Grenzfalles sprechen. Es sind dies:
-Keine Pflicht, Privatpatienten und ambulante Patienten zu
behandeln;-Privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Chefarzt und
Patient; -Persönliche Behandlungspflicht im Rahmen der (bewilligten)
privatärztlichen Tätigkeit;-Anspruch auf, jedoch nicht Pflicht des Chefarztes zur Benützung
der Spitalinfrastruktur für die privatärztliche
Tätigkeit.
-Übereinstimmende Feststellung der Parteien im Anstellungsvertrag
vom 30. Januar 1988, dass Honorare und Entschädigungen
aus der privatärztlichen Tätigkeit als Einkommen
aus selbstständiger Erwerbstätigkeit darstellen.

bb) Entgegen der Auffassung der Verwaltung kommt für die Abgrenzung unselbstständiger von selbstständiger privatärztlicher Tätigkeit an einem öffentlichen Spital der Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen (Chef-)Arzt und Patient keine entscheidende Bedeutung zu (BGE 122 V 287 Erw. 5b/bb sowie SVR 1998 AHV Nr. 25 S. 73 Erw. 4b). Unerheblich ist sodann, dass in Ziff. 6 des Anstellungsvertrages vom 30. Januar 1988 die privatärztliche Tätigkeit als selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG bezeichnet wird. Gleiches gälte übrigens auch für eine allenfalls gleich lautende kantonale Regelung (vgl. BGE 122 V 288 Erw. 5c).
Im Weitern standen nach glaubhafter Darstellung in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde dem Beschwerdeführer bei seiner privatärztlichen Tätigkeit weder eigenes Personal zur Seite, noch führte er ein eigenes Sekretariat in den Räumlichkeiten des Spitals, noch verfügte er über eigene Röntgenapparate.
Vielmehr benützte er die spitaleigenen Lokalitäten, Einrichtungen und Instrumente. Dieser Umstand wiederum ist insofern bedeutsam und spricht aus arbeitsorganisatorischer Sicht für unselbstständige Erwerbstätigkeit, als der Chefarzt neben der privatärztlichen Tätigkeit auch und hauptsächlich Patienten der allgemeinen Abteilung zu behandeln hatte (vgl. BGE 122 V 288 Erw. 5b/cc), wofür er ein der paritätischen Beitragspflicht unterworfenes Fixum bezog.

Die dargelegte Abhängigkeit (vom Arbeitgeber Spital) lässt es schliesslich als fraglich erscheinen, ob der Chef-

arzt Radiologie tatsächlich frei entscheiden konnte, wen er privatärztlich behandeln wollte und wen nicht. Gemäss Verwaltungsgerichtsbeschwerde behandelte der Beschwerdeführer Privat-, Halbprivat- und Selbstzahler-Patienten der allgemeinen Abteilung sowie ambulante Patienten ausschliesslich auf Weisung anderer Spitalärzte oder der Spitalverwaltung.
Diese Darstellung ist in Anbetracht der in Ziff. 2.1 des Anstellungsvertrages vom 30. Januar 1988 statuierten Verpflichtung zur engen Zusammenarbeit mit den übrigen Chefärzten sowie dem Umstand, dass der "Radiologe (...) gegenüber anderen ärztlichen Disziplinen immer nur eine Hilfsfunktion ausübte", durchaus glaubhaft.

cc) Auf der andern Seite steht fest und ist unbestritten, dass auch für die privatärztliche Tätigkeit die Rechnungstellung über das Spital erfolgte. Es bestehen sodann keine Anhaltspunkte in den Akten, dass das Spital nicht auch vollumfänglich das Risiko der Uneinbringlichkeit der ihm entrichteten Honorare trug. Im Weitern war die Haftpflichtversicherung für die privatärztliche Tätigkeit des Chefarztes Sache des Spitals, nach der Rechtsprechung ein gewichtiges Indiz für unselbstständige Erwerbstätigkeit (BGE 122 V 287 Erw. 5b/bb am Ende). Dass der Chefarzt auch in Bezug auf die privatärztliche Tätigkeit gegenüber dem Spital die fachliche Verantwortung trug, kann schliesslich nicht zweifelhaft sein.

c) Nach dem Gesagten überwogen bei der privatärztlichen Tätigkeit des Beschwerdeführers am Regionalspital X._____ und am Bezirksspital Y._____ in den hier zur Diskussion stehenden Jahren 1995 und 1996 klar die Merkmale unselbstständiger Erwerbstätigkeit, sodass nicht mehr von einem Grenzfall gesprochen werden kann, welcher einem Statuswechsel entgegenstünde. Sind aber die hiefür bezogenen Entgelte als massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG zu betrachten, können darauf nicht persönliche Beiträge erhoben werden. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit begründet. Wie es sich für die Zeit vor 1995 verhält, ist hier nicht zu prüfen.

4.- Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Ausgleichskasse aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 135 OG). Die Verwaltung hat dem Beschwerdeführer überdies eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Mit Kostennote vom 29. März 2001 hat sein Vertreter das Anwaltshonorar (einschliesslich Auslagenersatz und Mehrwertsteuer) für das letztinstanzliche Verfahren auf Fr. 3333. 45 beziffert. In Berücksichtigung des Aufwandes sowie des Streitwertes von rund Fr. 18'000.- erscheint eine Entschädigung von total Fr. 2500.-, entsprechend dem Normalansatz bei Leistungsstreitigkeiten (Art. 134 OG), indessen angemessen (Art. 2 Abs. 1 und 2 des Tarifs über die Entschädigung an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht in Verbindung mit Art. 160 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden
der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons
Bern vom 17. April 2000 (ohne Abschreibungsbeschluss)
und die Verfügung der Ausgleichskasse des Kantons Bern
vom 2. September 1998, soweit den Zeitraum vom 1. Januar
1998 bis 28. Februar 1999 betreffend, aufgehoben.

II.Die Gerichtskosten von Fr. 700.- werden der Ausgleichskasse des Kantons Bern auferlegt.
III. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 700.- wird dem

Beschwerdeführer rückerstattet.

IV.Die Ausgleichskasse des Kantons Bern hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von

Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

V.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 19. März 2002

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der IV. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: