**Senatsverwaltung für**
**Gesundheit, Pflege und Gleichstellung**

Berlin

Der Staatssekretär

Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung
Oranienstr. 106, 10969 Berlin

Geschäftszeichen (bei Antwort bitte angeben)
Arbeitsstab Recht 13
Bearbeiter/in:
Benjamin Stiegert
Zimmer:
6 DG
Telefon:
(030) 9028 (Intern: 928) 1690
Telefax:
(030) 9028 (Intern: 928)
Datum:
25.11.2021

**Auslegung und Umsetzung des § 28b Abs. 2 IfSG**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Neuregelung des § 28b Abs. 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) hat in den vergangenen Tagen bedauerlicherweise bundesweit für Verwirrung und Rechtsunsicherheit gesorgt. Die Gesundheitsministerinnen und Gesundheitsminister haben daher im Rahmen der 94. Gesundheitsministerkonferenz (GMK) vom 25.11.2021 einstimmig beschlossen, den Bundesgesetzgeber zu einer Klarstellung und einer Korrektur der gesetzlichen Regelung des § 28b Abs. 2 IfSG aufzufordern. Bis die geforderte Klarstellung und eine Korrektur erfolgen, bedarf es einer einhelligen Auslegung der Testpflicht, um eine unterschiedliche Handhabung und daraus resultierende Probleme zu vermeiden.

§ 28b Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 IfSG regelt, dass Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher (weiterhin: nicht Patientinnen und Patienten) die in den in § 23 Absatz 3 Satz 1 IfSG benannten Einrichtungen und Unternehmen nur betreten dürfen, wenn sie getestete Personen im Sinne von § 2 Nr. 6 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) sind und einen Testnachweis mit sich führen. Ein Testnachweis wird in § 2 Nr. 7 SchAusnahmV dergestalt definiert, dass die zugrundeliegende Testung höchstens 24 Stunden alt sein darf. Daraus ergäbe sich grundsätzlich eine tägliche Testpflicht.

Die von § 28b Absatz 2 IfSG erfassten Einrichtungen und Unternehmen sind:

1. Krankenhäuser,
2. Einrichtungen für ambulantes Operieren,
3. Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt,
4. Dialyseeinrichtungen,

. . .

5. Tageskliniken,
6. Entbindungseinrichtungen,
7. Behandlungs- oder Versorgungseinrichtungen, die mit einer der in den Nummern 1 bis 6 genannten Einrichtungen vergleichbar sind,
8. Arztpraxen, Zahnarztpraxen,
9. Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe,
10. Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes, in denen medizinische Untersuchungen, Präventionsmaßnahmen oder ambulante Behandlungen durchgeführt werden,
11. ambulante Pflegedienste, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen,
12. Rettungsdienste,
13. nicht unter § 23 Absatz 5 Satz 1 fallende voll- oder teilstationäre Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen oder vergleichbare Einrichtungen und
14. nicht unter § 23 Absatz 5 Satz 1 fallende ambulante Pflegedienste und Unternehmen, die den Einrichtungen nach Nummer 2 vergleichbare Dienstleistungen anbieten; Angebote zur Unterstützung im Alltag im Sinne von § 45a Absatz 1 Satz 2 des Elften Buches Sozialgesetzbuch zählen nicht zu den Dienstleistungen, die mit Angeboten in Einrichtungen nach Nummer 2 vergleichbar sind.

Die Testpflicht für Arbeitgeber und Beschäftigte besteht gem. § 28b Absatz 2 Satz 4 und Satz 5 grundsätzlich auch für geimpfte und genesene Personen. Hinsichtlich der Häufigkeit der durchzuführenden Testungen liegen in § 28b Absatz 2 IfSG allerdings spezielle Regelungen vor. Es wird für Arbeitgeber und Beschäftigte in § 28b Absatz 2 IfSG nach der Art der verwendeten Testungen (PCR/PoC-PCR einerseits und Antigen andererseits) differenziert:

- Gem. § 28b Absatz 2 Satz 5 gilt, dass für geimpfte und genesene Arbeitgeber und Beschäftigte eine Testung nach § 28b Absatz 1 Satz 2 (**PCR- bzw. PoC-PCR-Test**) „höchstens" zweimal pro Kalenderwoche „wiederholt" werden muss, wobei zwei „Wiederholungen" eine Gesamtzahl von **höchstens drei Tests pro Kalenderwoche** bedeuten. Da § 28b Absatz 1 Satz 2 zudem festlegt, dass die Testung bei PCR- und PoC-PCR-Tests maximal 48 Stunden zurückliegen darf, geht die Norm offenbar von einer Testung, je nach Arbeitszeitmodell, etwa an jedem zweiten Werktag aus.
- Gem. § 28b Absatz 2 Satz 4 gilt, dass geimpfte und genesene Arbeitgeber und Beschäftigte für die Testung auch auf **Antigen-Tests** zur Eigenanwendung ohne Überwachung zurückgreifen können. In diesem Fall gilt aber die Verringerung der Testanzahl pro Woche aus § 28b Absatz 2 Satz 5 nicht. Es bleibt dann bei der **täglichen Testpflicht** (vgl. § 2 Nr. 7 SchAusnahmV).

Das bedeutet zusammengefasst:

⇨ Es besteht nach der bundesrechtlichen Regelung in § 28b IfSG eine Testpflicht für Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher in Arztpraxen.

⇨ Soweit diese Testpflicht durch eine Antigen-Testung erfüllt wird, besteht eine tägliche Testpflicht.

⇨ Geimpfte und genesene Arbeitgeber und Beschäftigte können zwischen

a) einer täglichen Antigen-Testung (diese auch durch Antigen-Tests zur Eigenanwendung ohne Überwachung ausreichend, vgl. § 28b Absatz 2 Satz 4 IfSG i.V.m. § 2 Nr. 7 SchAusnahmV) oder

. . .

b) einer PCR-/PoC-PCR-Testung wählen, die höchstens dreimal pro Woche ausgeführt werden muss (vgl. § 28b Absatz 2 Satz 5 IfSG), wobei die Testzertifikate nur bis zu 48 Stunden ab Testung gelten (§ 28 Absatz 1 Satz 2 IfSG).

Hinsichtlich der Testpflicht für Besucher entspricht es der ständigen Auslegung der Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung, dass Begleitpersonen, die für das Aufsuchen der jeweiligen Gesundheitseinrichtung durch den Patienten erforderlich sind, nicht als „Besucher" im Sinne der jeweiligen Regelung gelten, sondern dass die Vorschriften für Patienten auf diese ebenfalls anzuwenden sind. Hierunter fallen etwa Eltern von Kindern in Kinderarztpraxen wie allgemein Begleitpersonen von Hilfsbedürftigen. Die Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung hält an dieser Auslegung fest.

Es erscheint zudem sachgemäß, Postboten und Lieferdienste nicht unter den Begriff der „Besucher" i.S.d. § 28b Absatz 2 Satz 1 IfSG zu subsummieren, da sie im Gegensatz zu Besuchern im engeren Sinne keinen Verweilzweck in der jeweiligen Gesundheitseinrichtung besitzen und ihre tatsächliche Verweildauer im Zweifel nur sehr geringfügig sein dürfte.

An die Regelung des Bundesgesetzgebers sind die Länder grundsätzlich gebunden, eine schlichte Nichtumsetzung ist rechtlich nicht möglich. Es wird indes angesichts der aktuell vorherrschenden Unsicherheit geraten, dass die jeweils zuständige Landesbehörde für einen vorübergehenden Übergangszeitraum, unter dem Gesichtspunkt des Opportunitätsgrundsatzes und nach Maßgabe von § 47 Absatz 1 Satz 1 und Satz 2 OWiG, etwaig anhängige Verfahren zur Verfolgung aufgrund von nicht im Sinne dieser Vorschrift vorgenommenen Testungen unter Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens einstellt. Während dieses Übergangszeitraums werden sich die Länder in Umsetzung des GMK-Beschlusses vom 25.11.2021 darum bemühen, die erforderliche Klarstellung und ggf. Neuregelung des § 28b IfSG durch den Bundesgesetzgeber herbeizuführen.

Mit freundlichen Grüßen

In Vertretung
Martin Matz