

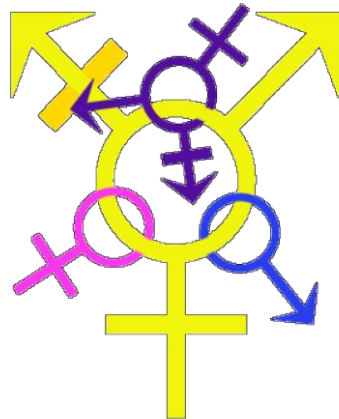


Universiteit Utrecht



# Afwegingskader seksregistratie

## Eindrapport



Onderzoek in opdracht van het Ministerie van OCW

dr. Marjolein van den Brink & dr. Jet Tigchelaar

1 november 2019



## INHOUDSOPGAVE

<b>Samenvatting onderzoek</b>	5
<b>English summary</b>	7
<b>A. Verantwoording</b>	10
1. Het doel van het afwegingskader seksregistratie	10
2. De juridische context	12
3. Aanpak en beperkingen	18
4. Hoe verder?	23
<b>B. Afwegingskader seksregistratie</b>	24
1. Stroomschema met toelichting	25
2. Stroomschema met alleen vragen	36
Bijlage 1 – Overzicht gecontacteerde sectoren en functionarissen	40
Bijlage 2 – Susanne Lilian Gössl, Sophie Dannecker & Alix Schulz, <i>First experiences with non-binary gender options in Germany,</i> Bonn, October 2019	41

<b>Titel offerte:</b>	Afwegingskader seksregistratie
<b>Opdrachtgever:</b>	Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, Directie Emancipatie
<b>Contactpersoon OCW:</b>	Kristel van Doornen en Addy Polet
<b>Datum offerteaanvraag:</b>	23 juli 2019
<b>Datum offerte:</b>	29 augustus 2019
<b>Kern van het onderzoek:</b>	Ontwerpen van een afwegingskader voor bedrijven, overheid, instellingen en andere organisaties om de praktijk van onnodig vragen naar geslacht terug te dringen
<b>Offertebedrag:</b>	€ 30.866 (excl. omzetbelasting)
<b>Einddatum onderzoek</b>	1 november 2019
<b>Onderzoekers:</b>	dr. Marjolein van den Brink (projectcoördinator) m.vandenbrink@uu.nl, 030-2537106 dr. Jet Tigchelaar prof.mr. Wendy Schrama prof.mr. Susanne Gössl
<b>Projectsecretariaat:</b>	Babette Berrocal Vargas-van den Brink

## WOORD VAN DANK

Dit onderzoek had niet tot dit resultaat geleid zonder de hulp van een groot aantal mensen. Die willen wij hier bedanken. In de eerste plaats danken wij de professionals uit het bedrijfsleven, overheidsorganisaties en andere instellingen die bereid waren op korte termijn hun ervaringen en visies met ons te delen en ons te helpen dit kortlopende project binnen de deadline af te ronden. Datzelfde geldt voor de vertegenwoordigers van de betrokken belangenorganisaties. Aan de bevlogen discussie op 18 oktober 2019 waar we het concept-afwegingskader bespraken, bewaren we goede herinneringen.

Voorts dank aan mensen uit onze eigen netwerken die zich hebben ingespannen om ons in contact te brengen met (potentiële) experts. Of het contact nu wel of niet tot stand is gekomen: jullie hulp was buitengewoon waardevol.

De samenwerking met de opdrachtgever, in de personen van Kristel van Doornen en Jeannette van Borselen, hebben wij als constructief en prettig ervaren. De samenwerking met Atria en TNN, de twee organisaties die samen het voorliggende rapport zullen omwerken tot een publieksvriendelijke versie, verliep eveneens soepel en prettig.

Voorts veel dank voor onze Duitse collega's, prof. Susanne Gössl, Sophie Dannecker en Alix Schulz, voor hun bereidheid om in uitzonderlijk korte tijd te onderzoeken in hoeverre in Duitsland in de seksregistratiepraktijk al ruimte is gemaakt voor mensen die hebben besloten hun juridische sekse (m/v) te laten schrappen, en voor degenen die hun m/v label hebben veranderd in '*divers*'. Hun enthousiasme voor en betrokkenheid bij het onderwerp is terug te zien in de hoeveelheid informatie die zij hebben weten te verzamelen.

Dank ook voor master studenten Charlotte Benschop en Chris de Vries die bereid waren om geheel belangeloos een verslag te maken van de expertmeeting van 18 oktober 2019, en daar nog plezier in hadden ook.

En tenslotte verdient de speciaal voor dit onderzoek aangetrokken student-assistent Desirée van Iersel (Legal Research Master) veel lof voor al haar hulp, haar geduld, en haar voortdurende bereidheid om stand by te zijn. Door de uiterst korte looptijd van het project was moeilijk te voorzien wanneer haar hulp al dan niet nodig was. Desirée was een flexibele rots in de branding.

Utrecht, 1 november 2019

Marjolein van den Brink en Jet Tigchelaar

## SAMENVATTING

Dit rapport bevat een 'afwegingskader sekseregistratie' (deel B) en een toelichting op de totstandkoming ervan (deel A).

Het afwegingskader heeft tot doel organisaties, bedrijven en andere instellingen te ondersteunen bij het terugdringen van de frequentie waarmee, vaak onnodig, sekse wordt geregistreerd. De overheid wil de vanzelfsprekendheid van sekseregistratie verminderen vanwege de nadelen die er aan kleven. Tot die nadelen behoort niet alleen de 'administratieve overlast' voor mensen wiens juridisch geslacht niet naadloos past op hun zelfervaren genderidentiteit, maar ook algemener het effect van sekseregistratie op het in stand houden van stereotypen en gendernormen. Het verminderen van onnodige sekseregistratie faciliteert de mogelijkheid voor mensen om zelf te bepalen wie ze (willen) zijn, en draagt bovendien bij aan de bescherming van privacy.

Het afwegingskader heeft de vorm van een stroomschema, dat de gebruiker met behulp van gerichte vragen in staat stelt te beoordelen óf informatie over sekse noodzakelijk is voor het doel dat de organisatie daarmee beoogt te realiseren en, voor zover dat het geval is of de nadelen ervan kunnen worden beperkt, bijvoorbeeld door het doel van de vraag naar sekse toe te lichten, door een andere vraagstelling en/of door anonimisering.

Het instrument is bedoeld voor intern gebruik.

Drie aspecten van sekse worden onderscheiden: juridische sekse, sociale sekse en seksegerelateerde lichaamskenmerken. Iemand kan bijvoorbeeld juridisch geregistreerd zijn als vrouw, zich sociaal presenteren als 'non-binair' (niet (alleen) man of vrouw) en mannelijke lichaamskenmerken bezitten. Afhankelijk van het doel van sekseregistratie zal het ene of het andere aspect relevanter kunnen zijn.

Het kader kent vier hoofdvragen:

- . Beschikt uw organisatie over gegevens over sekse?
- . Voor welke doelen gebruikt u de gegevens over sekse?
- . Is het mogelijk uw doelen te bereiken zonder gegevens over sekse?
- . Is het mogelijk om de gegevens over sekse te verwerken op een minder belastende manier?

In totaal zijn er zestien vragen. Het document sluit af met enkele aandachtspunten voor het daadwerkelijk en duurzaam minimaliseren van sekseregistratie door organisaties, bedrijven en instellingen.

Het afwegingskader is tot stand gekomen in samenspraak met professionals uit het bedrijfsleven, van overheidsorganisaties en andere instellingen, alsmede belangenorganisaties (Transgendernetwerk Nederland (TNN), de Nederlandse Organisatie voor Seksediversiteit (NNID) en het COC), kenniscentrum Movisie, en het College voor de Rechten van de Mens.

De wens van het kabinet om de vanzelfsprekendheid van de praktijk van seksregistratie terug te dringen sluit goed aan bij ontwikkelingen op de terreinen van privacybescherming en mensenrechten. Het kan ook bijdragen aan de vermindering van regeldruk, hoewel een intensiever gebruik van seksegegevens uit de Basisregistratie Personen (BRP) ook nadelen kan meebrengen voor betrokkenen, die immers dan niet weten dat er informatie over hen is uitgewisseld.

Een knelpunt voor een effectief gebruik van het afwegingskader is dat seksregistratie zo vanzelfsprekend is en zo veelvuldig voorkomt dat het lastig kan zijn om de bron van die informatie te identificeren. Ook moeilijk te doorgronden organisatiestructuren en gekoppelde gegevensbestanden waar op verschillende niveaus en soms ook door meerdere organisaties gezamenlijk gebruik van wordt gemaakt, kunnen het voor individuele functionarissen ingewikkeld maken om bestaande praktijken te veranderen. Het is daarom van belang dat deze processen worden gesteund door de top van de organisatie.

Het komt ook voor dat men meent wettelijk verplicht te zijn informatie over sekse te verzamelen en door te geven, zonder dat duidelijk is of en zo ja in welke wet die verplichting is neergelegd, en waaruit die verplichting precies bestaat. Hier ligt een belangrijke taak voor de overheid, die niet alleen het goede voorbeeld moet geven door zelf niet onnodig naar seksegegevens te vragen, te registreren of te verstrekken, maar ook duidelijk moet zijn over welke informatie benodigd is voor welk doel.

Om de praktijk van seksregistratie effectief terug te dringen zal (interne) periodieke toetsing met behulp van het afwegingskader nodig zijn. Ook daarom is draagvlak bij de top van de organisatie noodzakelijk.

De bruikbaarheid en effectiviteit van het afwegingskader zelf zal ook – periodiek – moeten worden geëvalueerd. Eén van de aandachtspunten daarbij is de vraag of kan worden volstaan met één vragenlijst, of dat afwegingskader gedifferentieerd naar sectoren en/of organisatieonderdelen (privacy officers, personeelszaken, IT) effectiever zijn.

Het afwegingskader is gemaakt in opdracht van het Ministerie van OCW en maakt deel uit van het 'Driesporenbeleid onnodige seksregistratie' van de Minister van Emancipatie (OCW).

## ENGLISH SUMMARY

This report contains a framework to assess the usefulness of the very common practice by companies, governmental and non-governmental organisations and other institutions to collect, use and disseminate information on people's sex (*'Afwegingskader seksregistratie'*). The collection, use and dissemination of information on individuals' sex is referred to in the report as 'sex registration'.

The assessment framework itself can be found in part B of the report; an explanatory note on the drafting process of the framework is presented in part A of the report.

The purpose of the framework is to support companies and other organisations in efforts to reduce the frequency of sex registration. Even though allowed by law, sex registration is very often not necessary or even very useful, when considered properly. The Dutch government wishes to curtail this practice because of its disadvantages, in particular the 'administrative burden' that the practice presents to people whose legal sex is not (entirely) the same as their self-identified gender, and the effects of sex registration on the continuation of gender stereotypes and norms. The reduction of the practice of sex registration facilitates the possibility for people to decide for themselves who they are and who they want to be. It contributes, moreover, to the protection of privacy.

The assessment framework is presented in the form of a flow chart. By asking focused questions, the chart enables the user to assess whether information on sex is actually necessary for the purpose(s) that the organisation aims to achieve (e.g. the very common aim to 'respectfully' address their contacts). If the conclusion is that it actually is necessary, the user of the flow chart is encouraged to consider whether the disadvantages of sex registration can be reduced, for example by explaining the purpose of the question, by a different phrasing or by anonimising the data.

The instrument is meant for internal use only.

Three aspects of 'sex' are distinguished: legal sex, social sex (often referred to as gender) and sex-related bodily characteristics. Someone may have female as their legal gender marker, present themselves as 'non-binary'(not (just) male or female) and possess male bodily characteristics. Which of these aspects is most relevant (if at all) depends on the aim pursued by sex registration.

The assessment framework has four main questions:

- . Does your organisation have access to data on sex?
- . Which purposes do these data serve?
- . Is it possible to achieve those purposes without information on sex?
- . Is it possible to collect, register and/or disseminate data on sex in a less detrimental way?

The framework has sixteen questions in total. After the last question, some points of attention are presented which are intended to effectively and sustainably reduce sex registration practices by companies, organisations and other institutions.

The assessment framework has been developed in consultation with professionals from businesses, governmental and non-governmental organisations and other institutions, as well as with national interest groups and the National Human Rights Institute.

The intention of the government to reduce the long-established practice of sex registration fits well in current developments in the areas of privacy protection and human rights. It may also contribute to efforts to diminish '*regeldruk*', i.e. the pressure on organisations caused by legislative demands to regulate an increasing number of issues. However, one of the perceived ways to achieve this – to retrieve more data from the population registration rather than asking people to provide that information time and again – may produce risks for the people concerned, because they will remain unaware that organisations actually have access to that kind of privacy-sensitive information.

The fact that the practice of sex registration is often regarded as harmless and a matter of course and occurs so frequently may make it difficult for professionals to identify the source of the information on sex that they receive. Organisational opacity as well as linked data bases, often used at different levels of an organisation, and sometimes by several organisations jointly (e.g. national universities) may also present difficulties for individual employees to change existing practices and policies. Support from the top of the organisation is therefore imperative.

Professionals may also assume that they are legally obliged to collect and pass on information regarding sex, without it being absolutely clear whether this is actually correct, and if so, what the exact scope of that obligation is. Here lies an important task for the government, which should not only conduct best practices itself by not unnecessarily registering, asking for or sharing data on sex, but should also be absolutely clear about the purposes of sex registration, when it engages in sex registration.

To effectively reduce the practice of sex registration (internal) periodic assessments with the help of the assessment framework will be necessary. This is another reason why support from the organisational top is necessary.

The usefulness and effectiveness of the assessment framework should also be periodically reviewed. One of the points of attention in this regard is whether one set of questions suffices, or whether a differentiated assessment framework according to sector and/or organisational unit (privacy officers, human resources, IT) would be more effective.



The assessment framework was developed at the request of the Ministry of Education, Culture and Science (OCW) which is also in charge of emancipation policies. The development of the framework is part of the ministry's 'Three-track-policy unnecessary sex registration'.

## A. VERANTWOORDING

In deel A van dit eindrapport wordt toegelicht hoe het afwegingskader seksregistratie tot stand is gekomen, en worden de beperkingen en enkele aanbevelingen voor 'hoe verder' geformuleerd. Deel B bevat het afwegingskader seksregistratie in twee versies: een volledige versie met toelichting, en een ingekorte versie waarin alleen de vragen zijn opgenomen. Op die manier kan men snel inzicht krijgen in de manier waarop het afwegingskader in elkaar steekt.

In paragraaf 1 van dit eerste deel A wordt het doel van het afwegingskader geschetst. Aan het einde van deze paragraaf is een korte toelichting op de gebruikte terminologie opgenomen. In paragraaf 2 wordt het juridisch kader beschreven, dat wil zeggen, de randvoorwaarden waaraan organisaties toch al moeten voldoen (denk aan privacy en gelijke behandeling) en waarbinnen het afwegingskader kan worden toegepast. Vervolgens (paragraaf 3) wordt aandacht besteed aan de totstandkoming van afwegingskader, in het bijzonder de totstandkoming en samenstelling van de expertgroep en andere geconsulteerden. De belangrijkste uitkomsten van de expertmeeting op 18 oktober 2019 worden weergegeven. Tijdens die expertmeeting bespraken de aanwezigen hun ervaringen met het testen van een conceptversie van het afwegingskader. Ter afsluiting wordt kort ingegaan op de vraag 'hoe verder'.

### 1. Het doel van het afwegingskader seksregistratie

Op 29 maart 2019 informeerde de minister van OCW, mede namens de minister van Rechtsbescherming en de staatssecretaris van BZK de Tweede Kamer over het voornemen om een afwegingskader te (laten) ontwerpen waarmee 'duidelijk wordt wanneer het gerechtvaardigd is om geslacht te registreren'.<sup>1</sup> Ook eerder al kwam in de Tweede Kamer de wens ter sprake om de praktijk van het vragen naar, registreren en gebruiken van geslachtsgegevens terug te dringen.<sup>2</sup>

De minister van Emancipatie heeft een driesporenbeleid uitgezet om de praktijk van seksregistratie te beperken:

1. het opstellen van een afwegingskader voor beslissingen over seksregistratie
2. het bevorderen van kennis en bewustwording over seksregistratie
3. het uitvoeren van onderzoek en ontwikkelen van handreikingen.

Het in dit rapport gepresenteerde afwegingskader betreft een uitwerking van het eerste spoor.

---

<sup>1</sup> *Kamerstukken II*, 2018-2019, 30420, nr. 302. Op 3 juli 2019 stuurde de Minister van OCW de brief door aan de Eerste Kamer.

<sup>2</sup> Onder meer in de regeringsreactie op het onderzoeksrapport van M. van den Brink & J. Tigchelaar, 'M/V en verder. Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders', 2014, *Kamerstukken II*, 2014-2015, 33 351, 76, 6 maart 2015. Het kabinet nam het voornemen om 'onnodige geslachtsregistratie' terug te dringen op in het regeerakkoord.

Het afwegingskader ziet op situaties waarin seksregistratie géén wettelijke verplichting is, en, met inachtneming van de voorwaarden van de privacywetgeving (Algemene Verordening Gegevensbescherming, AVG) in beginsel is toegestaan. Het afwegingskader beoogt een handreiking te bieden aan bedrijven, overheden en andere organisaties waarmee zij zelf kunnen bepalen ‘wanneer het gerechtvaardigd is (doel/criteria/grondslag) om naar geslacht te vragen’. Het kader wil inzicht geven in de vraag of registratie echt nodig is, of de informatie waarover men beschikt ook werkelijk geschikt is voor de door de gebruiker nagestreefde doelen, en in hoeverre die nagestreefde doelen registratie kunnen rechtvaardigen in het licht van de nadelen ervan (‘evenredigheid’). Tot die nadelen behoort, volgens de Minister, niet alleen de ‘administratieve overlast’ voor mensen wiens juridisch geslacht niet naadloos past op hun zelfervaren genderidentiteit, maar ook algemener het effect van seksregistratie op het in stand houden van stereotypen en gendernormen.<sup>3</sup>

Voorzover de conclusie is dat het gebruik van informatie over sekse gerechtvaardigd is, moet worden nagegaan of de nadelen kunnen worden ingeperkt, bijvoorbeeld door de wijze waarop de gegevens worden verzameld, door toegang tot de data te beperken, of door te zorgen dat de gegevens niet herleidbaar zijn tot concrete personen.

Behalve gerechtvaardigd geachte doelen van de organisatie kunnen ook de kosten van wijziging van de registratiepraktijk (denk aan nieuwe software) of reeds aangegane contractuele verplichtingen met bijvoorbeeld opdrachtgevers, aan een beleidswijziging in de weg staan.

### *Terminologie*

In dit afwegingskader wordt de term ‘*sekse*’ gebruikt. In het recht wordt doorgaans gesproken over ‘*geslacht*’. Met de keuze voor ‘*sekse*’ is aangesloten bij de titel van de onderzoeksopdracht. Overigens wordt onder beide begrippen hetzelfde verstaan.

Met name in academische literatuur wordt geregeld een onderscheid gemaakt tussen ‘*sekse*’ en ‘*gender*’. Met ‘*sekse*’ wordt dan het ‘*biologische*’ geslacht bedoeld (de seksegerelateerde lichaamskenmerken, zoals genitaliën, hormonen en chromosomen), terwijl ‘*gender*’ verwijst naar de met sekse geassocieerde verschillen, die niet biologisch maar maatschappelijk bepaald zijn. In dit rapport is gebruik van de term *gender* vermeden, vanwege de complexiteit en gelaagdheid van het begrip, hetgeen gemakkelijk tot verwarring leidt.

In plaats daarvan onderscheidt dit rapport de volgende drie aspecten van sekse:

- ‘*Officiële*’ of *juridische sekse*

Het gaat hier om door de overheid geregistreerde sekse in de geboorteakte, bij de gemeente (in de Basisregistratie Persoonsgegevens; BRP) en zoals vermeld in het paspoort. Er zijn drie door de overheid erkende aanduidingen van sekse: man, vrouw en ‘*geslacht is niet kunnen worden vastgesteld*’ (art. 1:19d(1) BW). Deze laatste aanduiding was bedoeld voor

---

<sup>3</sup> Brief van de Minister van OCW van 29 maart 2019, *Kamerstukken II*, 2018-2019, 30420, nr. 302, p. 1.

pasgeborenen, maar inmiddels hebben enkele volwassen personen, die zich noch man noch vrouw voelen, ook deze aanduiding van sekse gekregen.<sup>4</sup>

- *Sociale sekse*

Dit wordt ook wel gender genoemd. Het gaat hier om hoe mensen zichzelf zien en presenteren in het leven van alledag, maar ook hoe anderen hen zien, al dan niet afgeleid uit secundaire kenmerken zoals voornamen en uiterlijk. De perceptie van anderen kan maar hoeft niet overeen te komen met hoe mensen zichzelf zien. Dat geldt ook voor sociale en juridische sekse: dat kan samenvallen, maar dat hoeft niet. Sociale sekse laat zich voor een toenemend aantal mensen niet goed vangen in categorieën. zij identificeren zich veelal als 'non-binair', dat wil zeggen, als buiten de traditionele m/v categorieën vallend. Met name voor transgender individuen kan het voorkomen dat juridische sekse en zelf-ervaren sekse niet samenvallen.

- *Sekse-gerelateerde lichaamskenmerken*

In de gezondheidssector kan het relevant zijn om te weten of een patiënt bepaalde fysieke kenmerken heeft, bijvoorbeeld vanwege andere ziekteverschijnselen of werking van medicijnen. Sekse-gerelateerde lichaamskenmerken hoeven niet samen te vallen met sociale of juridische sekse. Bijvoorbeeld: een trans man kan sociaal en juridisch man zijn, maar ervoor kiezen om geen operaties te ondergaan en zodoende seksegerelateerde lichaamskenmerken hebben die geassocieerd worden met vrouwen. *Intersekse* personen zijn geboren met een lichaam dat niet voldoet aan de normatieve definitie van man of vrouw zoals de maatschappij die hanteert. Voor veel intersekse personen vallen juridische en sociale sekse samen, maar dat hoeft niet.

*Seksestereotypen* zijn verankerd in het idee dat mensen uit twee soorten bestaan: mannen en vrouwen. Seksestereotypen zijn ideeën over verschillen tussen mannen en vrouwen die bepalend zijn voor de onderscheiden rollen die mannen en vrouwen (zouden moeten) vervullen.<sup>5</sup>

## 2. De juridische context

### *De vrije ruimte voor seksregistratie*

Het onderzoek ziet nadrukkelijk niet op het verzamelen en gebruiken van gegevens over sekse voor wettelijk voorgeschreven doeleinden: de wenselijkheid en doelmatigheid van wetten en regels die informatie over sekse vereisen vallen buiten het kader van dit onderzoek. Het afwegingskader is juist bedoeld om de vanzelfsprekendheid van het gebruik van seksegegevens in de niet-gereguleerde ruimte ter discussie te stellen en te verminderen. In de praktijk spelen wettelijke voorschriften uiteraard wel een belangrijke rol. Bij wijze van voorbeeld: de Wet op het Hoger Onderwijs verplicht universiteiten om informatie over geslacht te verzamelen. Die informatie wordt echter vervolgens ook voor tal van andere doelen

---

<sup>4</sup> Zie Rechtbank Limburg van 28 mei 2018, C/03/232248 / FA RK 17-687, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.

<sup>5</sup> Voor meer informatie over seksestereotypen en over de rol die het recht kan hebben in het aanpakken van stereotypen, zie Eva Brems en Alexandra Timmer, *Stereotypes and Human Rights Law*, Intersentia, 2016.

en functies (her)gebruikt. De presentielijsten die docenten voor elke cursus ontvangen, vermelden niet alleen naam en studentnummer maar ook het geslacht (dit is tenminste bij enkele Nederlandse universiteiten vaste praktijk). Het doel hiervan is niet duidelijk. Evenmin is duidelijk (althans voor docenten) wie dit zou kunnen veranderen.

#### *Privacywetgeving*

Het idee voor een afwegingskader past in de huidige nadruk op het belang van privacybescherming. De eisen die worden gesteld door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) bieden een goed kader voor het verwerken van persoonsgegevens, waaronder informatie over geslacht. Tegelijkertijd biedt de AVG in de context van het terugdringen van de praktijk van seksregistratie niet meer dan een minimum: de bedoeling van het afwegingskader is juist een stap verder te gaan dan de minimumvoorwaarden die de AVG stelt. Waar de AVG bijvoorbeeld voor 'hergebruik' van data eist dat de verwerking voor een ander doel verenigbaar is met het doel waarvoor de persoonsgegevens aanvankelijk zijn verzameld (art. 6 lid 4 AVG), is de bedoeling van het afwegingskader dat het hergebruik als zodanig kritisch wordt gezien en heroverwogen. In het algemeen is de indruk van de onderzoekers dat het aanmerken van sekse als 'gevoelig persoonsgegeven', net als bijvoorbeeld ras of seksuele voorkeur (art. 9 AVG), zou bijdragen aan het terugdringen van het klakkeloos gebruik ervan door de strengere regulering.<sup>6</sup> Dit valt echter buiten het kader van het onderhavige onderzoek, en is daarom niet nader onderzocht.

#### *Vermindering van regeldruk*

Vermindering van het aantal keren dat mensen wordt gevraagd informatie over hun sekse te verstrekken staat al sinds enkele jaren op de agenda. Het sluit ook aan bij het streven van de overheid om regeldruk te minimaliseren.<sup>7</sup> Hierbij past wel een kanttekening. Minder vaak vragen en vaker de informatie uit de Basisregistratie Personen (BRP) halen, zoals wordt nagestreefd, heeft een keerzijde. Het betekent immers niet dat informatie over sekse als zodanig schaarser wordt of minder wordt gebruikt. Dat laatste is nodig om het beleidsdoel om seksestereotypen te bestrijden, te realiseren.

Het gebruiken van informatie uit de BRP betekent voorts dat het voor betrokken burgers onbekend blijft dat een bepaalde organisatie over hun seksegegevens beschikt. Daarom zullen zij de betreffende informatie bij die organisaties ook niet kunnen corrigeren of laten

---

<sup>6</sup> In het verleden heeft de (toenmalige) Minister van BZK dit idee verworpen, maar de snelle (ook internationale) ontwikkelingen op het terrein van seksregistratie zouden dat standpunt op den duur onhoudbaar kunnen maken. *Kamerstukken I*, 2012-2013, 33219 C, p. 3. Zie ook: M. van den Brink, *Recht doen aan genderidentiteit. Evaluatie drie jaar transgenderwet in Nederland 2014 – 2017*, 5 december 2017 < <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2897-evaluatie-transgenderwet.aspx>>, laatste bezoek 31 oktober 2019.

<sup>7</sup> Zie het advies van het Adviescollege Toetsing Regeldruk (ATR), *Vermindering regeldruk door de Basisregistratie Personen (BRP)*, ref. MvH/RVZ/RS/HS/bS/2019-U077, 24 juni 2019, <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/09/20/het-advies-van-het-adviescollege-toetsing-regeldruk-atr-over-de-vermindering-van-regeldruk-door-de-brp>>, laatste bezoek 30-10-2019.

verwijderen (voor zover dat mogelijk zou zijn). Voorts is in de BRP uitsluitend informatie over de juridische sekse van mensen vastgelegd. Zoals kort uiteengezet in het afwegingskader (zie vragen 7 en 8), is die informatie lang niet altijd relevant of de meest nuttige vorm van informatie.

Onduidelijkheid aangaande het soort informatie waarover een organisatie al dan niet beschikt, kan mensen ook onzeker maken wanneer zij worden gevraagd om informatie over hun sekse te verstrekken: beschikt die organisatie al over seksegegevens, en betreft dat dan juridische of sociale sekse? Wanneer in zo'n geval het sociale geslacht wordt opgegeven terwijl de organisatie eerder juridische sekse registreerde, ontstaat frictie tussen de twee gegevens, hetgeen repercussies kan hebben voor betrokkenen die bovendien moeilijk zijn in te schatten. Er zou bijvoorbeeld een verdenking van fraude kunnen ontstaan, of men krijgt niet waar men om heeft verzocht (denk aan een vergoeding voor vertraging bij de NS).

Met betrekking tot het verstrekken van zogenoemde NAW-gegevens (naam – adres – woonplaats) uit de BRP op basis van een autorisatiebesluit, zijn er aanwijzingen dat informatie over sekse hier soms automatisch wordt bijgeleverd. Dit is niet nader onderzocht, omdat het buiten het bestek van het onderzoek valt. Echter, met het oog op het terugdringen van sekseregistratie zou de overheid zelf het goede voorbeeld moeten geven en niet onnodig informatie over sekse moeten verstrekken. Bovendien zou moeten worden nagegaan in hoeverre het verstrekken van informatie uit de BRP over voornamen, die immers vaak seksexplicit zijn, praktijk is en voor zover dat het geval is, of niet kan worden volstaan met initialen.

### *Gelijkebehandelingswetgeving*

Eén van de redenen om naar sekse te vragen of informatie daarover te verzamelen is ten behoeve van emancipatie- en/of diversiteitsdoeleinden. Op dit terrein stelt de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) – het lijkt enigszins paradoxaal – grenzen. De AWGB verbiedt het maken van onderscheid op grond van geslacht. De wet maakt onderscheid tussen direct en indirect onderscheid. Direct onderscheid is verboden behoudens in door de AWGB zelf uitgezonderde gevallen. Indirect onderscheid (een neutraal criterium dat niettemin een bepaalde groep onevenredig treft) kan onder omstandigheden worden gerechtvaardigd.

Het vragen naar sekse kan, binnen een bepaalde context zoals bij werving en selectie, worden opgevat als een vorm van direct onderscheid hetgeen in beginsel niet is toegestaan. Dat kan anders zijn wanneer de betreffende organisatie een positieveactiebeleid voert, of een voorkeursregeling hanteert (art. 2(3) AWGB, alleen mogelijk voor vrouwen). Dat betekent dat binnen de door de AWGB bestreken terreinen (arbeid en het vrije beroep, de school- en beroepskeuzevoorlichting, en het aanbieden van goederen en diensten) in beginsel *niet* naar sekse mag worden gevraagd.

Aan het voeren van een voorkeurs- of diversiteitsbeleid, waarmee doorgaans wordt beoogd juist ondervertegenwoordigde groepen te betrekken, worden door de wet strenge eisen

gesteld.<sup>8</sup> Dat betekent dat een organisatie die naar sekse vraagt met het oog op meer diversiteit in de organisatie, niet in antwoord op de vragen van het afwegingskader kan volstaan met het “goedkeuren” van het eigen doel, maar de grenzen zoals gesteld door de gelijkebehandelingswetgeving zal moeten onderzoeken. Deze begrenzings zijn niet uitgewerkt in het afwegingskader, omdat in de eerste plaats het instrument bij uitsluiting bedoeld is voor de niet-gereguleerde ruimte, en in de tweede plaats omdat daardoor het instrument te omvangrijk zou worden. Wel is te overwegen om in een publieksvriendelijke versie bijvoorbeeld via een link een toets gebaseerd op de gelijkebehandelingswetgeving in te bouwen, bij wijze van service aan de gebruikers van het instrument.

Een tweede reden om naar sekse te vragen kan verband houden met als relevant beschouwde sekseverschillen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn waar het gaat om fouillering (mannen door mannen en vrouwen door vrouwen; hoe te handelen ingeval van mensen die zich identificeren als ‘non-binair’ is niet gereguleerd voor zover ons bekend, maar zal vermoedelijk worden bepaald op basis van de voorkeur van betrokkene). Dergelijke vormen van ‘geslachtsbepaaldheid’ (art. 2(2)(a) AWGB) zijn toegestaan, met dien verstande dat de reikwijdte van deze uitzondering is vastgelegd in twee besluiten.<sup>9</sup>

In hoeverre informatie over sekse in verband met gepercipieerde verschillen ook werkelijk altijd dienstig is – ook wanneer wettelijk toegestaan – is onderwerp van discussie. Een veelgehoord argument vóór het gebruik van informatie is het verschil in lichaamseigenschappen tussen mannen en vrouwen – soms bijvoorbeeld van belang voor het bepalen van de hoeveelheid medicijnen. De validiteit van dit argument wordt echter betwist. Zoals de Nederlandse Organisatie voor Seksediversiteit (NNID) benadrukte: andere lichaamskenmerken (bijvoorbeeld gewicht maar ook een (inter)seksevariatie) kunnen de waarde van de informatie over sekse m/v tenietdoen. Hoewel dit wellicht maar een klein deel van de gevallen zal betreffen, kan het wel betekenen dat juist in die gevallen door te vertrouwen op standaardinformatie, uitgegaan wordt van onjuiste veronderstellingen.

### *Mensenrechten*

Tallose mensenrechtelijke bepalingen bieden bescherming tegen onderscheid op grond van sekse.<sup>10</sup> Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM, art. 8) beschermt ook het

---

<sup>8</sup> Zie het dossier ‘Voorkeursbeleid’ van het College voor de Rechten van de Mens: <<https://mensenrechten.nl/nl/subpage/diversiteit>>, laatste bezoek 31 oktober 2019.

<sup>9</sup> *Besluit van 19 mei 1989, houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur inzake beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn en Besluit van 18 augustus 1994, houdende nadere omschrijving van gevallen waarin het geslacht bepalend is, van gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, van gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn en van gevallen waarin de nationaliteit bepalend is (Besluit gelijke behandeling).*

<sup>10</sup> *Bijvoorbeeld art. 2, 3, en 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR), art. 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), het Internationaal Verdrag inzake Uitbanning van Alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen (VN-Vrouwenverdrag) in zijn geheel. Zie verder bijvoorbeeld art. 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.*

recht om het geboortegeslacht te laten wijzigen. Sekse wordt echter doorgaans niet behandeld of beschouwd als een privacygevoelig gegeven.<sup>11</sup> Dat geldt ook voor de overige door mensenrechtelijke bepalingen beschermde discriminatiegronden, zoals ras / etniciteit, godsdienst en seksuele voorkeur. Mensenrechtelijke organen, zoals bijvoorbeeld de VN verdragsorganen als het Mensenrechtencomité en het Vrouwenverdragcomité vragen juist stelselmatig naar op sekse gespecificeerde cijfers op allerhande terreinen. Deze praktijk is waar het informatie over ras betreft omstreden, maar dat is vooralsnog niet het geval waar het gaat om sekse. Gegeven de zeer snelle ontwikkelingen in zowel het politieke draagvlak als in de jurisprudentie voor bescherming van in het bijzonder transgender en intersekse personen, is echter niet uit te sluiten dat die situatie op kortere of langere termijn zal veranderen.

In dit verband verdienen ook de *Yogyakarta Principles* vermelding.<sup>12</sup> Deze Beginselen werden geformuleerd door een aantal internationale experts. In het Yogyakarta document worden bestaande mensenrechten uitgelegd vanuit het perspectief van hun betekenis voor sekse (gender) en seksuele gerichtheid. Hoewel de beginselen niet juridisch bindend zijn, hebben zij sinds hun lancering veel draagvlak verworven. Ook de Nederlandse regering heeft de Beginselen, bij monde van verschillende ministers, diverse malen onderschreven.<sup>13</sup> De Beginselen benadrukken dat iedereen recht heeft op erkenning als rechtssubject zonder dat informatie over sekse nodig is. Ook stellen de Beginselen dat, zolang en voor zover identiteitsdocumenten informatie over sekse bevatten, iedereen het recht heeft om die informatie te wijzigen (Beginsel 31, YP+10).

Oplossingen voor de frictie tussen enerzijds de verplichting om naar sekse uitgesplitste cijfers aan te leveren, en anderzijds de nadelen van sekseregistratie te beperken, kunnen worden gevonden in het pseudonimiseren of anonimiseren van gegevens – dat wil zeggen in het loskoppelen van gegevens van concrete individuen – en/of in het door betrokkenen zelf, per situatie laten aangeven van hun sekse (afhankelijk van het doel juridische of sociale sekse). Weliswaar zal een dergelijke handelwijze niet bijdragen aan een vermindering van het aantal keren dat om informatie wordt gevraagd, maar op die manier wordt voor betrokkenen wel inzichtelijk gemaakt wanneer en voor welk doel welke informatie over hun sekse relevant wordt geacht. Het zal ook aan de kwaliteit van de data ten goede kunnen komen, wanneer mensen (uiteraard op vrijwillige basis) preciezere informatie verstrekken. In de praktijk van

---

<sup>11</sup> Een uitzondering hierop is de jurisprudentie van het EHRM over de mogelijkheid van (voor)naamswijziging voor transgenders, ook al vóórdat zij hun juridisch geslacht hebben veranderd, of dat hebben kunnen doen. Zie EHRM, *S.V t. Italië*, 11 oktober 2018, 55216/08, ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD005521608.

<sup>12</sup> De Yogyakarta Principles (2006) and the Yogyakarta Principles +10 (2017) zijn te vinden op: <<http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/official-versions-pdf/>> (laatste bezoek 30-10-2019).

<sup>13</sup> Al in 2008, bijvoorbeeld, verklaarde de toenmalige Minister van Buitenlandse Zaken, Maxime Verhagen, in de VN Mensenrechtenraad: 'The Dutch government subscribes to the Yogyakarta Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity'. Zie Van den Brink en Tigchelaar, *M/V en verder*, 2014, p. 39, <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-476416>>, laatste bezoek 31 oktober 2019.



alledag immers, houdt een aanzienlijk deel van de discriminatie-situaties geen verband met het juridisch geslacht van mensen, maar met hoe zij worden gezien door anderen (sociaal geslacht). Het zal dus per terrein of probleem kunnen verschillen of juridische dan wel sociale sekse relevant is. Bovendien is het mogelijk dat hier een zelfversterkend effect optreedt: omdat informatie over sekse doorgaans beschikbaar is, is het eenvoudig om het te gebruiken voor statistisch onderzoek. En dan geldt vaak dat wie zoekt naar iets (sekseverschillen in dit geval) dat ook vaak zal vinden. Andere kenmerken en contextuele verschillen (sociale en economische status bijvoorbeeld) zijn soms van grotere invloed dan sekse.

Het idee voor een afwegingskader sekseregistratie sluit naadloos aan op de interpretatie van privacybescherming zoals neergelegd in de Yogyakarta Beginselen. Beginsel nummer 6 ziet hierop en bepaalt:

*“Everyone, regardless of sexual orientation or gender identity, is entitled to the enjoyment of privacy [...]. The right to privacy ordinarily includes the choice to disclose or not to disclose information relating to one’s sexual orientation or gender identity [...].”*

Hieruit volgt, volgens de auteurs van dit rapport, dat mensen ervoor moeten kunnen kiezen geen informatie te geven over hun sekse, en als er toch naar gevraagd wordt, moeten kunnen begrijpen waarom naar sekse wordt gevraagd. Dat is van belang omdat mensen op die basis een geïnformeerde keuze kunnen maken of zij het al dan niet zinvol vinden om die informatie te delen. Ook moet duidelijk zijn of het al dan niet gaat om juridische sekse (hetgeen doorgaans het geval zal zijn) en in hoeverre men verplicht is de informatie te verstrekken. Dit is van belang omdat bij onduidelijkheid frictie kan ontstaan wanneer bijvoorbeeld het sociaal geslacht wordt vermeld, terwijl het juridisch geslacht wordt gevraagd. Zeker wanneer het gaat om informatie die men wettelijk verplicht is te verstrekken, kan dat vergaande consequenties hebben.

#### *Uitbreiding opties of achterwege laten van sekseregistratie*

Recent hebben in Nederland enkele rechters als sekseregistratie een ‘X’ toegekend aan mensen die daarom vroegen.<sup>14</sup> Dat betekent dat nu al niet meer kan worden volstaan met een verplichte binair gestelde vraag naar geslacht (man of vrouw), ongeacht of het een wettelijk voorschrift betreft of niet. Dat werpt de vraag op of het aantal mogelijke antwoorden moet worden uitgebreid of dat de vraag beter achterwege kan blijven.

In het algemeen zal gelden dat, waar het gaat om een wettelijke voorschrift bijvoorbeeld in het kader van een visumaanvraag, alle juridische opties moeten worden geboden. In alle andere gevallen is dat minder duidelijk.

In Duitsland bestaan er sinds kort vier mogelijkheden van registratie: naast man of vrouw, kan men ook kiezen voor het achterwege laten van een sekse aanduiding of voor ‘divers’. In de praktijk, zo blijkt uit een verkennend onderzoek dat als bijlage 2 bij dit rapport is gevoegd, is

---

<sup>14</sup> De eerste beslissing kwam van de Rechtbank Limburg, 28 mei 2018, C/03/232248 / FA RK 17-687, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.

hier nog nauwelijks uitwerking aan gegeven. Wat vooral lijkt te spreken uit het rapport is dat de uitbreiding van het aantal sekse-opties de kans op problemen in de praktijk en de regeldruk lijkt te vergroten (zie bijvoorbeeld paragrafen 4 en 5). Vanuit dat perspectief lijkt het achterwege laten van seksregistratie de voorkeur te verdienen.

### **3. Aanpak en beperkingen**

Om de belangrijkste aspecten in het afwegingsproces rond seksregistratie te identificeren is een expertgroep geformeerd. De deelnemers aan deze groep werden grotendeels aangezocht via persoonlijke netwerken, primair van de onderzoekers zelf, deels via het Ministerie en andere kanalen. Gegeven de zeer korte looptijd van het project van twee maanden, is wel geprobeerd om via 'koude werving' organisaties voor deelname te interesseren maar dit is niet succesvol gebleken. In die zin vormt de samenstelling van de expertgroep geen representatieve afspiegeling van het geheel van organisaties van wie wordt verwacht dat zij het kader zullen gaan gebruiken. In hoeverre dat van invloed is op de bruikbaarheid van het instrument voor sectoren die niet hebben bijgedragen aan de toestandkoming (denk aan uitzendbureaus, webwinkels, luchtvaartmaatschappijen, pensioenfondsen enz.), zal moeten blijken in de praktijk. In bijlage 1 is een overzicht opgenomen van alle sectoren waarmee contact is gezocht, en welke daarvan daadwerkelijk hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het afwegingskader.

De volgende fases kunnen worden onderscheiden in het traject van het ontwerpen van het afwegingskader:

In de eerste periode zijn verkennende interviews gevoerd met belangenorganisaties (te weten het Transgendernetwerk Nederland (TNN), het COC, de Nederlandse Organisatie voor Seksdiversiteit (NNID) en met de International Lesbian and Gay Association (ILGA) Europe (gevestigd in Brussel). Voorts zijn gesprekken gevoerd met het College voor de Rechten van de Mens (CRM) en met het kenniscentrum Movisie. Verschillende van deze organisaties hebben ook verteld over hun eigen organisatiepraktijk ten aanzien van seksregistratie. Het doel van deze gesprekken was om eventuele risico's te identificeren alsook visies op de meest wenselijk geachte vorm en inhoud van het op te stellen afwegingskader. Pogingen om in contact te komen met de Autoriteit Persoonsgegevens slaagden helaas pas in een te laat stadium. Dat betekent dat geen gesprek heeft kunnen plaatsvinden met de Autoriteit Persoonsgegevens.

Tegelijkertijd werd gezocht naar experts uit bedrijfsleven, overheidsorganisatie en andere instellingen die bereid waren om mee te werken aan het ontwerpproces (zoals hierboven al beschreven). Ook met enkele van deze experts zijn verkennende gesprekken gevoerd (zie bijlage 1).

Aan de experts die in de vroege periode van het traject al gevonden waren is vervolgens een korte lijst met verkennende vragen gestuurd. De antwoorden op deze vragen zijn, samen met de uitkomsten van de verkennende gesprekken, gebruikt voor het opstellen van een concept-

afwegingskader. Daarnaast is gebruik gemaakt van relevante wetgeving zoals de AVG (zie hierboven paragraaf 2), en zijn enigszins vergelijkbare stroomschema's bestudeerd.<sup>15</sup> Ook is een steekproef bekeken van privacyverklaringen zoals te vinden op internet, om te bezien of het doel van een vraag naar sekse wordt gespecificeerd en zo ja hoe gedetailleerd. Dat bleek in alle gevallen weinig specifiek te zijn (bijvoorbeeld 'voor het aangaan van een overeenkomst').

Zoals hierboven al vermeld is een (geanonimiseerd)<sup>16</sup> overzicht van de deelnemende sectoren, en soorten functionarissen (personeelszaken, diversiteitsmedewerkers enz.) opgenomen in bijlage 1. Daarbij is aangegeven of zij al dan niet aanwezig waren bij de expertmeeting op 18 oktober 2019. Ook is vermeld met welke sectoren contact is geweest of gezocht, waar dat niet heeft geleid tot daadwerkelijke participatie (om uiteenlopende redenen, waarvan de zeer beperkte looptijd van het onderzoek een belangrijke was).

Het concept-afwegingskader is aan de experts toegestuurd met het verzoek het uit te proberen. Op 18 oktober 2019 vond een bijeenkomst plaats waar de meeste experts, belangenorganisaties, het CRM en Movisie aanwezig konden zijn. Ook een vertegenwoordiger van Atria was aanwezig. Atria is de organisatie die in samenwerking met Transgender Netwerk Nederland (TNN) na oplevering van het onderhavige afwegingskader, een publieksvriendelijke versie van het kader zal ontwikkelen en draagvlak voor het gebruik ervan zal zoeken. Enkele anderen hebben hun indrukken gedeeld via de mail of telefonisch.

#### *Uitkomsten van de consultatierondes*

De uitwisseling tijdens de expertmeeting, die twee en een half uur duurde, was bijzonder levendig en werd door alle deelnemers gewaardeerd.

De belangrijkste aspecten die naar voren kwamen worden hieronder kort weergegeven, alsook – waar relevant – hoe dit is verwerkt in het definitieve afwegingskader.

#### *Bewustwording & bruikbaarheid*

Men was het erover eens dat het afwegingskader niet alleen besluitvorming ondersteunt maar ook bijdraagt aan bewustwording van de gebruiker. Verschillende deelnemers merkten op dat zij, door zich bezig te houden met het concept-kader, zich veel bewuster werden van de frequentie en de vanzelfsprekendheid waarmee naar sekse wordt gevraagd, terwijl dat lang niet altijd nodig of zelfs maar nuttig lijkt.

---

<sup>15</sup> Onder meer is gekeken naar 'De ethische data assistent': <<https://dataschool.nl/deda/>>, laatste bezoek 30 oktober 2019 en naar: 'Richtsnoeren voor gegevensbeschermingsbeoordelingen en bepaling of een verwerking "waarschijnlijk een hoog risico inhoudt" in de zin van Verordening 2016/679, Bijlage 2: Criteria voor een aanvaardbare gegevensbeschermingseffectbeoordeling', <<https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/>>, laatste bezoek 30 oktober 2019.

<sup>16</sup> Verschillende organisaties gaven aan dat zij wel wilden deelnemen, maar alleen op voorwaarde van anonimiteit, bijvoorbeeld om aandacht van de pers te vermijden. Daarom worden in de bijlage alleen de sectoren en de functiesoorten beschreven.

### *De betekenis(sen) van sekse*

In het afwegingskader wordt onderscheid gemaakt tussen juridische sekse (dat wil zeggen de 'officiële' sekse zoals geregistreerd op geboorteakte en/of in de BRP), sociale sekse (hoe mensen zichzelf zien en presenteren, of hoe zij worden gezien door anderen; ook wel 'gender' genoemd), en seksegerelateerde lichaamskenmerken (op dringend advies van ILGA Europe *niet* 'biologische sekse' genoemd). Verschillende experts vroegen zich af of de toevoeging van het derde aspect, lichaamskenmerken, de vragenlijst niet onnodig compliceert en of het – gegeven de focus van het afwegingskader – wel een relevante categorie is. Dit aspect is niettemin gehandhaafd vanwege de relevantie voor de gezondheidssector.

### *Bruikbaarheid vraagt eenvoud*

Om bruikbaar te zijn moet de taal van het afwegingskader simpel (lees: niet-juridisch) en bondig zijn. Tegelijkertijd vraagt de voor velen volstreekte vanzelfsprekendheid dat sekse van belang is en ertoe doet, om achtergrondinformatie en uitleg. Voor de eindversie van het concept is getracht een evenwicht te vinden tussen deze twee deels botsende eisen. Dit verdient vermoedelijk nog nadere aandacht in het vervolgetraject van het ontwerp van een publieksvriendelijke versie. Het is ook een element dat vraagt om periodieke toetsing.

### *Transparantie van organisaties*

Voor met name grote organisaties maar ook voor organisaties die informatie moeten leveren aan of ontvangen van derden geldt dat ondoorzichtige organisatiestructuren een obstakel kunnen vormen voor het effectief omgaan met sekseregistratie en dus ook met het beantwoorden van de vragen in het afwegingskader. Mensen weten soms niet waarom zij informatie over sekse moeten verzamelen of doorgeven, en als zij ook niet weten op welk niveau of bij welk onderdeel dat antwoord kan worden gevonden, stopt het proces. Het is van belang dat bij organisaties draagvlak wordt gecreëerd en waar nodig tijd wordt ingeruimd, om het gebruik van het afwegingskader een vaste plaats te geven in de bedrijfsvoering, en om gelegenheid te bieden voor intern of extern overleg. Veranderingen op basis van een door een individuele medewerker verrichte inspanningen lijken minder kansrijk, gelet op de complexe vragen die aan de organisatie als geheel gesteld worden.

Om het afwegingskader goed te laten functioneren is een 'stap nul' van belang: waar in de organisatie beschikt men over informatie over sekse? Dit is in de definitieve versie van het afwegingskader meegenomen in de inleiding. Tegelijkertijd hangt het ervan af wie (welke functionaris) in de organisatie zich over het kader buigt.

Dit is ongetwijfeld een punt dat moet worden meegenomen bij de monitoring van het gebruik van het afwegingskader wanneer het eenmaal zal zijn uitgezet.

### *Weerstand vermijden*

Zeer nadrukkelijke introductie van emancipatiebeleid, waartoe ook het afwegingskader sekseregistratie moet worden gerekend, kan op weerstand stuiten, zo is onder meer de

ervaring van Movisie. Daarom zal het doorgaans strategisch effectiever kunnen zijn om het gewoon door te voeren (bijvoorbeeld onder de noemer 'vermindering regeldruk'), zonder verdere tamtam (vergelijk de commotie naar aanleiding van het 'beste reizigers' van de NS).

#### *Digitaal maakt vaak inflexibel*

Vaak geldt dat de introductie van gedigitaliseerde processen leidt tot inflexibiliteit. Op papier kan altijd in de kantlijn een opmerking worden gemaakt – ook als dat niet de bedoeling is – maar software programma's bieden dat soort mogelijkheden doorgaans niet. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld het overslaan van een vraag.

Het is daarom van groot belang om bij het ontwerpen (of bestellen) van software flexibiliteit als het ware in te bouwen. Bijvoorbeeld, wanneer een organisatie thans nog informatie over sekse wil vragen, of wellicht ook wettelijk verplicht is om dat te doen, zal het toch dienstig kunnen zijn het systeem zo in te richten dat de vraag desgewenst facultatief wordt gemaakt, of kan worden weggelaten. Daarover moeten organisaties in een vroeg stadium nadenken. Eenmaal genomen beslissingen hebben in potentie langdurige gevolgen, omdat het kostbaar is om digitale systemen later aan te passen.

#### *Periodiek gebruik van het afwegingskader*

Men was het erover eens dat een eenmalige oefening met het afwegingskader voor bedrijven en organisaties onvoldoende is. Daarvoor bestaan verschillende redenen. Eén reden is de ondoorzichtigheid van beleid en de organisatie van instellingen (zie hierboven). Bij herhaald gebruik, zo is de verwachting, zal meer duidelijkheid ontstaan over het wie en wat en waar van sekseregistratie in de organisatie. Inzicht in de achtergronden zal ook kunnen bijdragen aan het vinden van creatieve oplossingen. En tenslotte zijn bedrijven en organisaties voortdurend in beweging. Door periodieke toepassing van het afwegingskader en overleg over sekseregistratie wordt de vinger aan de pols gehouden en wordt voorkomen dat het er toch weer insluipt wanneer veranderingen in de organisatie worden doorgevoerd.

#### *Hergebruik*

Zijn gegevens eenmaal verzameld, dan kunnen zij makkelijk en ook ongewild worden verspreid. Bij wijze van illustratie: de universiteit verzamelt gegevens over onder meer geslacht om te voorkomen dat studenten met vergelijkbare namen dubbel worden geregistreerd. Wanneer dat eenmaal is vastgesteld kan in feite de informatie over geslacht worden verwijderd. In de praktijk gebeurt dat vaak niet, omdat bijvoorbeeld het systeem dat niet toelaat. Dan kan het gebeuren dat seksegegevens worden gedeeld met andere geledingen, die het feitelijk helemaal niet nodig hebben. De kans bestaat dat die ontvangers vervolgens iets met de gegevens doen, omdat ze er eenmaal zijn, en omdat het geen 'gevoelige persoonsgegevens' in de zin van de AVG betreft, die bijzondere bescherming behoeven.

### *Wettelijk voorschrift?*

Het komt voor dat functionarissen niet weten of hun verplichting om informatie over sekse aan te leveren werkelijk op een wettelijk voorschrift berust (en bovendien in hoeverre dat wettelijk voorschrift gerechtvaardigd is in het licht van de nadelen van seksregistratie, maar dat valt buiten het kader van dit onderzoek). Bij wijze van voorbeeld: voor accreditatiedoelenden kan een overzicht van de samenstelling van het personeel of een studentenpopulatie inclusief samenstelling naar sekse worden verlangd. Zonder die informatie is het risico groot dat de accreditatie niet wordt verleend. Het is voor betrokkenen vaak onmogelijk om vast te stellen of dat een wettelijke verplichting betreft of niet. Voor een effectief gebruik van het afwegingskader lijkt het cruciaal, dat hierover veel meer duidelijkheid komt. Te overwegen is een vervolgonderzoek om dergelijke knelpunten in kaart te brengen.

Een bijkomende vraag is met welke gegevens over sekse (in het bijzonder: juridische of sociale sekse) het met de wet nagestreefde doel het best gediend zou zijn. Hier ligt een belangrijke taak voor de overheid om meer duidelijkheid te scheppen over wanneer zij welke informatie wil ontvangen en waarom.

### *Een sturend instrument*

De aanwezigen waren het er over eens dat voorkomen moet worden dat het afwegingskader werkt als een legitimering van seksregistratie: het mag niet zo zijn dat een organisatie simpelweg tot de conclusie komt de eigen redenen belangrijker te vinden dan de doelstellingen van de overheid met het terugdringen van seksregistratie. Het afwegingskader moet een zekere sturende werking hebben, in die zin dat de conclusie voor gebruikers moet zijn: 'niet doen, tenzij zeer goede redenen'. Het is van belang dat een serieuze afweging plaatsvindt. Daaraan kan het aanreiken van alternatieve handelingsperspectieven bijdragen. Daarvoor is in het afwegingskader een eerste voorzet gegeven. Dit zal worden aangevuld in het vervolgonderzoek van Atria en TNN.

### *Niet in beton gieten*

Volgens met name de belangenorganisaties is seksregistratie eigenlijk nooit nodig. Voor zover toch incidenteel relevant, moet worden volstaan met incidenteel betrokken vragen om informatie met opgaaf van redenen. Niettemin menen zij dat als eerste stap op weg naar afschaffing van de praktijk, het afwegingskader ten opzichte van de huidige praktijk een verbetering betekent wanneer het leidt tot het terugdringen van de huidige praktijk. Wel wijzen zij op het risico dat het afwegingskader wordt opgevat in zijn tegendeel, namelijk dat seksregistratie 'weliswaar in veel gevallen niet nodig is, maar in alle andere gevallen dus wel'. Voorkomen moet worden dat het afwegingskader in beton wordt gegoten en zo uiteindelijk in de weg zal staan aan afschaffing van seksregistratie. Daarom is periodieke evaluatie en heroverweging van het afwegingskader dringend gewenst.

### *Eén instrument voor alle sectoren en organisatieonderdelen?*

Het maakt een groot verschil welke functionaris of afdeling in een organisatie zich in de praktijk zal bezighouden met het afwegingskader. De positie van een personeelsfunctionaris is een heel andere dan die van een IT beheerder. Het is de vraag of het mogelijk is een instrument te maken dat voor alle sectoren en alle soorten functies bruikbaar is. Dit zal in de praktijk moeten worden getest.

#### **4. Hoe verder?**

Het afwegingskader seksregistratie is een eerste poging om bewustwording te kweken omtrent de problematische kanten van de vanzelfsprekende praktijk van seksregistratie.

Het instrument zal eerst door Atria en TNN gezamenlijk worden omgevormd tot een publieksvriendelijk instrument. Deze organisaties zullen ook proberen om verder draagvlak te kweken voor het gebruik van het instrument, en meer in het algemeen voor het terugdringen van die praktijk.

Tegelijkertijd loopt een onderzoek dat is geïnitieerd door het Ministerie van BZK en dat wordt uitgevoerd door onderzoeksbureau Panteia. Panteia brengt de gevolgen in kaart van een neutrale seksregistratie voor organisaties die te maken hebben met de BRP (zoals afnemers en ICT-leveranciers). Het onderzoek richt zich op seksregistratie in de BRP en in reisdocumenten. Het heeft dus primair betrekking op de praktische en financiële mogelijkheden om het systeem van binaire seksregistratie los te laten, *binnen* het wettelijk gereguleerde kader. Afgezien van het feit dat de bestaande situatie daartoe feitelijk al noopt,<sup>17</sup> suggereren de Duitse ervaringen (zie bijlage 2) dat een uitbreiding van opties (*buiten* het wettelijk kader) eerder zal leiden tot meer administratieve belasting en het risico op praktische problemen in de praktijk zal kunnen vergroten. Op basis van de gesprekken die zijn gevoerd in het kader van het onderhavige onderzoek concluderen wij dat het achterwege laten van vragen naar sekse veruit de voorkeur heeft boven het aanbieden van meer mogelijkheden, met uitzondering wellicht van situaties waarin gedifferentieerde informatie over sekse van bovengemiddeld belang is (bijvoorbeeld voor de ILGA om het bereik en de inclusiviteit van hun uitnodigingenbeleid voor hun jaarlijkse conferentie te kunnen monitoren). Deze conclusie werd door de experts gedeeld.

---

<sup>17</sup> Zie de al eerder gememoreerde uitspraak van de rechtbank Roermond; zie ook art. 1:19d(1) BW, en de in 2013 uitgevoerde query in de BRP naar het aantal geregistreerde ingezetenen waarvan het geslacht onbekend en dus mogelijk iets anders was dan man of vrouw: zie Van den Brink & Tigchelaar, *M/V en verder*, 2014, p. 24 <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-476416>>, laatste bezoek 31 oktober 2019.

## **B. AFWEGINGSKADER SEKSEREGISTRATIE**

Deel B bevat het afwegingskader seksregistratie in twee versies: een volledige versie met toelichting, en een ingekorte versie waarin alleen de vragen zijn opgenomen. Op die manier is het mogelijk snel inzicht te krijgen in de manier waarop het afwegingskader in elkaar zit.



## **B.1. AFWEGINGSKADER: STROOMSCHEMA MET TOELICHTING**

Dit 'afwegingskader sekseregistratie' is bedoeld als handreiking voor organisaties om de vanzelfsprekendheid van het verzamelen en gebruiken van seksegegevens ter discussie te stellen, daar waar mogelijk te verminderen, en daar waar niet mogelijk, op de minst belastende manier voor betrokkenen te verwerken.

Het terugdringen van onnodige sekseregistratie is belangrijk voor iedereen die er last van heeft om gevraagd of ongevraagd te worden ingedeeld in de hokjes man of vrouw en daarnaar behandeld te worden. Iedereen heeft te maken met seksestereotype verwachtingen en kan daar nadeel van ondervinden. Bovendien ziet niet iedereen zich als man of vrouw. Het beperken van het onnodig vragen, verzamelen en gebruiken (kort gezegd: verwerken) van informatie over sekse past in het streven om mensen zelf te laten bepalen wie ze (willen) zijn. Het draagt bovendien bij aan de bescherming van privacy.

Dit afwegingskader heeft de volgende hoofdvragen:

- a. Beschikt uw organisatie over gegevens over sekse?
- b. Voor welke doelen gebruikt u de gegevens over sekse?
- c. Is het mogelijk uw doelen te bereiken zonder gegevens over sekse?
- d. Is het mogelijk om de gegevens over sekse te verwerken op een minder belastende manier voor betrokkenen?

Het afwegingskader sluit af met enkele aandachtspunten voor het daadwerkelijk en duurzaam minimaliseren van sekseregistratie binnen uw organisatie.

Dit afwegingskader is bedoeld voor intern gebruik. Het kan zijn dat u niet alle vragen uit dit afwegingskader kunt beantwoorden. Bedenk dan of u anderen uit uw organisatie bij de beantwoording kunt betrekken. Bovendien kan dit erop wijzen dat er sprake is van vanzelfsprekendheden, die vragen om een doordenking over hoe in uw organisatie wordt omgegaan met informatie over sekse en hoe het minder en/of beter kan.

### **A. Beschikt uw organisatie over gegevens over sekse?**

#### **Vraag 1. Beschikt u over en/of gebruikt u informatie over sekse van mensen waarmee of waarvoor u werkt?**

*De informatie over sekse zal doorgaans de aanduiding man of vrouw of dhr. en mevr. betreffen, en eventueel afgeleid worden uit voornamen. Het kan gaan om de gegevens over sekse van personeel of partners waarmee u werkt zijn, of van klanten, patiënten, cliënten, leden, leerlingen etc. waarvoor u werkt.*

- Nee: is er iemand anders in uw organisatie, die informatie over sekse heeft of gebruikt?
  - zo ja, probeer deze persoon te betrekken bij het invullen van dit afwegingskader.
  - zo nee, ga naar het afsluitende deel met organisatorische aandachtspunten.
- Ja: ga door naar vraag 2.

## B. Voor welke doelen gebruikt u de gegevens over sekse?

### Vraag 2. Gebruikt u de informatie over sekse voor een wettelijk omschreven plicht of taak van uw eigen organisatie of van een andere organisatie?<sup>18</sup>

- Nee: ga verder met vraag 4
- Dat weet ik niet: raadpleeg zo mogelijk een deskundige in uw organisatie.
- Ja:
  - controleer of de wet expliciet om informatie over sekse vraagt; dat is namelijk niet altijd het geval.

*De Wet op de Loonadministratie vraagt bijvoorbeeld alleen naar NAW (naam, adres, woonplaats)-gegevens, Burgerservicenummer of een kopie van een identiteitsbewijs, dus niet expliciet naar sekse. Dit gebeurt wel weer in bijvoorbeeld de Wet op het Hoger Onderwijs. Op grond van art. 7.52 onder 2a moeten onderwijsinstellingen aan de Minister onder meer het geslacht van de student of extraneus verstrekken en bij onjuiste en onvolledige gegevens, kan dit consequenties hebben voor de bekostiging.*

- indien dat - bij nader inzien - niet het geval is: heroverweeg of seksregistratie nodig is.

### Vraag 3. Gebruikt u de informatie over sekse nog voor andere doelen of redenen dan voor de wettelijk omschreven plicht of taak?<sup>19</sup>

- Nee: ga door naar vraag 7.
- Ja.<sup>20</sup> Op basis van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) moet u het nieuwe doel goed omschrijven. Ga door naar vraag 4.

<sup>18</sup> De privacyregelgeving, zoals neergelegd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), onderscheidt als gerechtvaardigde redenen voor de verwerking van persoonsgegevens onder meer: a. het voldoen aan een wettelijke verplichting en b. het vervullen van een wettelijke taak in de sfeer van het algemeen belang of het openbaar gezag. Deze twee redenen zijn hier samen genomen.

<sup>19</sup> Hierbij kunt u denken aan een veelheid van andere doelen, bijvoorbeeld voor naambordjes bij kantoorkamers (mw. mr. Jansen), bij het adresseren (geachte mevrouw, meneer), in verband met emancipatiedoeleinden, enz.

<sup>20</sup> Volgens de AVG is hergebruik van gegevens voor andere (nieuwe) doelen dan waarvoor u de gegevens hebt verzameld, toegestaan als er sprake is van 'een verenigbaar doel'. Daarvoor gelden wel een aantal voorwaarden. Zo wordt een nieuw doel dat dicht bij het oorspronkelijke doel ligt, eerder toegestaan. Verder speelt mee of de betrokkene er redelijkerwijs vanuit mag gaan dat u de gegevens opnieuw gebruikt en maakt het bovendien uit of het gevoelige persoonsgegevens betreft. Het verder verwerken voor bijvoorbeeld wetenschappelijk onderzoek of statistische doeleinden wordt als verenigbaar doel aangemerkt en mag dus.

#### **Vraag 4. Indien u informatie over sekse (ook) voor niet-wettelijk voorgeschreven doelen gebruikt, voor welk(e) doel(en) is (zijn) dat?**

*Omdat dit afwegingskader beoogt bij te dragen aan het beperken van onnodige seksregistratie, is het van belang om de doelen van seksregistratie zo precies mogelijk te verwoorden. Dit vergemakkelijkt een interne discussie over en heroverweging van de noodzaak van seksregistratie. Daarnaast draagt het bij aan de door de AVG verlangde transparantie over de doelen waarvoor persoonsgegevens worden verwerkt (en op welke wijze dat gebeurt).*

Meerdere antwoorden zijn mogelijk:<sup>21</sup>

- Voor communicatie (voor de aanspreekwijze: 'geachte mevrouw X')
- Derden vragen erom, anders dan vanwege een wettelijk doel
- Voor positieve actie of emancipatiebeleid
- Om diverse groepen of homogene groepen samen te stellen
- Met het oog op de publicatie of verwerking van statistische gegevens
- Voor wetenschappelijk onderzoek
- Voor marketing
- Ter identificatie van de betrokkene
- In verband met het verlenen van een dienst of de uitvoering van een overeenkomst
- Met het oog op een passende behandeling in de gezondheidszorg
- Voor een ander doel, namelijk ...

---

In dit afwegingskader wordt ervan uitgegaan dat een nieuw doel niet snel verenigbaar is met het oorspronkelijke doel, onder meer omdat seksegegevens als gevoelig kunnen worden ervaren en daarom minder snel hergebruikt mogen worden. Bovendien mag er niet snel uitgegaan worden van redelijke verwachtingen bij betrokkenen van verder gebruik door een organisatie.

Het verwerken van persoonsgegevens voor statistische en wetenschappelijke doelen lijkt niet problematisch, mits sekse een noodzakelijk gegeven is en de verwerking met de nodige waarborgen van pseudonimisering of anonimisering omgeven is. Zie ook de door het Ministerie van Justitie en Veiligheid uitgegeven Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming, p. 35-36; verder: Handleiding AVG.

In de Wet op het Hoger Onderwijs lijken er twee doelen te zijn voor het registreren van persoonsgegevens: het waarborgen van een correcte diplomaregistratie en het mogelijk maken van statistisch onderzoek. Dit betekent echter niet zonder meer dat hergebruik van (juridische) seksegegevens ten behoeve van de indeling in onderwijswerkgroepen een verenigbaar doel is en - gezien de gevoeligheid van persoonsgegevens - kan de praktijk van verstrekking van gegevens over juridische sekse aan docenten zeker ter discussie worden gesteld worden. Het verband met landelijk statistisch onderzoek of correcte diplomaregistratie lijkt immers ver verwijderd van deze praktijk en daarom ook niet redelijkerwijs te verwachten door studenten.

<sup>21</sup> Deze organisatiedoelen zullen grotendeels vallen onder de volgende rechtsgrond voor de verwerking van persoonsgegevens van de AVG: 'het behartigen van de gerechtvaardigde belangen van de organisatie of een derde'. Met het oog op transparantie moet het gerechtvaardigde belang worden vermeld alsook welke persoonsgegevens worden gebruikt, of de gegevens met derden worden gedeeld en hoe lang de gegevens worden bewaard. Betrokkene moet bovendien bezwaar kunnen maken tegen het verwerken van de eigen persoonsgegevens. (Handleiding AVG p. 39-40).

### C. Is het mogelijk uw doelen te bereiken zonder gegevens over sekse?

Om te bepalen of het mogelijk is uw doel(en) te bereiken zonder gegevens over sekse te gebruiken, zijn drie aspecten relevant: is het verwerken van gegevens over sekse evenredig aan uw doel(en) en is het nodig en geschikt voor uw doel(en)?

#### ○ Is de verwerking van seksegegevens evenredig aan uw doel(en)?

We beginnen met **evenredigheid**. Bij evenredigheid moet het doel van het vragen naar en gebruiken van seksegegevens in verhouding staan tot het feit dat daarvoor sekse als persoonsgegeven moet worden verwerkt. Dat vergt een zorgvuldige afweging van belangen. Tegenover uw belang staan andere belangen bij het niet verwerken van informatie over sekse.

Bedenk daarbij dat het (vanzelfsprekend) verzamelen en gebruiken van seksegegevens

- sommige mensen kan belemmeren om optimaal te participeren in de samenleving, voor zover zij zich niet (volledig) herkennen in hun 'officiële' door de overheid geregistreeerde sekse.
- de privacy van iedereen raakt en daarom gerechtvaardigd moet zijn.
- stereotype normen en verwachtingen dat sekse ertoe doet, in stand houden met voorbijgaan aan individuele wensen en omstandigheden.
- kan bijdragen aan participatie, voor zover emancipatie hierdoor wordt bevorderd.

**Vraag 5. Overweeg voor elk van de bij vraag 4 aangekruiste doelen of dat doel zo belangrijk is dat u het zwaarder vindt wegen dan de bezwaren die verbonden zijn aan het verwerken van gegevens over sekse. Anders gezegd: vindt u dat het verwerken van gegevens over sekse evenredig is aan uw doel?**

- Ja, ga verder met vraag 6.
- Nee, overweeg en/of bespreek in uw organisatie of het organisatiedoel kan vervallen.
- Nee, overweeg en/of bespreek of uw organisatiedoel zonder gegevens over sekse kan worden bereikt. Bekijk hiervoor de suggesties bij vraag 6.

#### ○ Zijn de seksegegevens nodig voor uw doel(en)?

Heeft u de gegevens over sekse – ten tweede - wel nodig om uw doel(en) te bereiken? Naast de vraag naar de evenredigheid helpt ook deze vraag om te beoordelen of het mogelijk is om uw doel(en) te bereiken zonder gebruik te maken van gegevens over sekse.

Uitgangspunt is 'als het zonder kan, doe het dan niet'. Als u twijfelt, bedenk dan of u het doel op een andere manier of op een voor betrokkene minder belastende manier kunt bereiken. Hieronder treft u per doel (zie ook vraag 4) een korte toelichting aan.

**Vraag 6. Beoordeel voor elk van de bij vraag 5 aangegeven doelen waarvoor u de verwerking van gegevens over sekse evenredig vindt, of u gegevens over sekse daarvoor werkelijk nodig heeft.**

Voor zover uw conclusie is dat de verzamelde seksegegevens

- niet nodig zijn voor uw doel(en): ga naar vraag 16.
- wel nodig zijn voor uw doel(en), ga verder met vraag 7

*Toelichting op de noodzaak van gegevens voor mogelijke doelen*

- Communicatie (voor de aanspreekwijze: 'geachte mevrouw X')**  
*Is sekse echt belangrijk? Gaat het niet om de hoedanigheid of relatie? Kunt u bijv. niet volstaan met: Geachte klant of geachte abonnee J. Mulder?*
- Derden vragen erom, anders dan vanwege een wettelijk doel**  
*Bespreek intern, of met deze derden, of zij de seksegegevens wel echt nodig hebben. Stuur hen eventueel dit afwegingskader toe.*
- Met het oog op positieve actie of emancipatiebeleid**  
*Als vrouwen aanzienlijk ondervertegenwoordigd zijn in een bepaalde functie, dan mag een werkgever voorrang geven aan een vrouwelijke sollicitant. Hiervoor zijn zowel statistische gegevens van de man/vrouw verdeling voor die functie nodig als informatie over de sekse van de sollicitant. NB: hieraan zijn stringente voorwaarden verbonden. Zie hiervoor de website van het College voor de rechten van de mens: [www.mensenrechten.nl](http://www.mensenrechten.nl).*
- Om diverse groepen of homogene groepen samen te stellen**  
*Bedenk waarom u diverse of homogene groepen wilt en hoe belangrijk sekse hiervoor is in verhouding tot andere kenmerken, zoals leeftijd, ervaring, sociaaleconomische positie, karaktereigenschappen etc.*
- Met het oog op de publicatie of verwerking van statistische gegevens**  
*Bedenk ook hier of publicatie in een jaarverslag bijvoorbeeld nodig is en/of andere kenmerken niet belangrijker zijn.*
- Met het oog op wetenschappelijk onderzoek**  
*Ook hier kan de vanzelfsprekende relevantie van seksegegevens aan de orde worden gesteld. Soms kan het zeer relevant zijn, soms lijkt het eerder een gewoonte.*
- Met het oog op marketing**  
*Is sekse echt belangrijk? Of gaat het om bijv. aan mannen of vrouwen toegeschreven lichaamslengte of schoenmaat?*
- Ter identificatie**  
*Mogelijk volstaan andere gegevens, zoals achternaam, adres en woonplaats, eventueel gecombineerd met geboortedatum of abonneenummer.*
- In verband met het verlenen van een dienst of de uitvoering van een contract**  
*Waarschijnlijk is sekse niet vaak relevant. Voor toezending van een boek via een webshop is slechts naam en adres nodig.*

*In sommige gevallen kan sekse relevant zijn voor de dienstverlening of overeenkomst zelf, bijvoorbeeld als sekse gerelateerde lichamelijke verschillen er toe doen, bijvoorbeeld in de sfeer van sport of gezondheid.<sup>22</sup>*

- Met het oog op een passende behandeling in de gezondheidszorg  
*Bedenk voor welke behandelprotocollen dat echt belangrijk is en gebruik het niet voor andere gevallen.*
- Een ander doel van de organisatie, namelijk ...

○ **Is de soort seksegegevens geschikt voor uw doel(en)?**

*Is de soort gegevens over sekse optimaal geschikt om uw doel te bereiken? Dit is de derde vraag die helpt om te beoordelen of het mogelijk is om uw doel(en) te bereiken zonder gebruik te maken van gegevens over sekse. Bedenk hierbij dat gegevens over sekse niet eenduidig zijn.*

**Vraag 7. Weet u of de informatie over sekse, waarover u beschikt, betrekking heeft op de 'officiële' of juridische sekse, sociale sekse of op sekse-gerelateerde lichaamskenmerken?**

- Ja, namelijk:
  - De 'officiële' of juridische sekse
  - Sociale sekse
  - Sekse-gerelateerde lichaamskenmerken
  - Meer dan één soort, namelijk ...
- Nee, dat weet ik niet. Probeer helder te krijgen welke soort gegevens over sekse u nodig heeft voor uw doel.

*In dit afwegingskader worden onderscheiden:*

- **'officiële' of juridische sekse**  
*Het gaat hier om door de overheid geregistreerde sekse in de geboorteakte, bij de gemeente (in de Basisregistratie Persoonsgegevens; BRP) of zoals vermeld in het paspoort. Er zijn drie door de overheid erkende sekse aanduidingen: man, vrouw en 'geslacht is niet kunnen worden vastgesteld'. Deze laatste aanduiding was bedoeld voor pasgeborenen, maar inmiddels hebben enkele volwassen personen, die zich noch man noch vrouw voelen, deze aanduiding van sekse gekregen.*
- **sociale sekse**  
*Dit wordt ook wel gender genoemd. Het gaat hier om hoe mensen zichzelf zien en presenteren in het leven van alle dag, maar ook hoe anderen hen zien, al dan niet afgeleid uit secundaire kenmerken zoals voornamen en uiterlijk. De perceptie van anderen kan, maar hoeft niet overeen te komen met hoe mensen zichzelf zien. Sociale en juridische sekse kunnen overeenkomen, maar dat hoeft niet.*

---

<sup>22</sup> De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) kent een uitzondering op het verbod om onderscheid te maken op grond van sekse voor kort gezegd 'gevallen waarin het geslacht bepalend is'. Zie het Besluit Gelijke Behandeling op [www.wetten.overheid.nl](http://www.wetten.overheid.nl).

- **seksegerelateerde lichaamskenmerken**

*In de gezondheidssector kan het relevant zijn om te weten of een patiënt bepaalde fysieke kenmerken heeft, bijvoorbeeld vanwege andere ziekteverschijnselen of werking van medicijnen. Sekse-gerelateerde lichaamskenmerken hoeven niet samen te vallen met sociale of juridische sekse. Bijvoorbeeld: een transman kan sociaal en juridisch man zijn, maar ervoor kiezen om geen operaties te ondergaan.*

*In contact met organisaties zullen de meeste mensen waarschijnlijk hun 'officiële' of juridische sekse opgeven, omdat dat overeenkomt met hun sociale sekse of omdat ze de consequenties niet overzien als ze een andere sekse opgeven.*

*Mensen kunnen zich echter ook anders presenteren, omdat zij vinden dat een organisatie hun (juridische of sociale sekse) niet hoeft te weten, bijvoorbeeld omdat ze dat zelf irrelevant of te privé vinden. Ook kan het zijn dat iemands beleefde identiteit afwijkt van de 'officiële' sekse. De overheid biedt immers beperkte opties voor registratie.*

**Vraag 8. Overweeg voor elk van de doelen waarvan u vindt dat daarvoor informatie over sekse nodig is, of de soort informatie over sekse die u heeft, optimaal geschikt is voor uw doel.**

*Voor veel van bovengenoemde doelen, zal juridische sekse minder of niet relevant zijn, past sociale sekse beter, maar lichaamskenmerken zijn soms het meest geschikt voor passende medische zorg.*

*Bijvoorbeeld:*

*Als u vindt dat een aanspreekvorm met behulp van sekse nodig is voor degenen die daar prijs op stellen, dan is informatie over juridische sekse minder geschikt. Sociale sekse daarentegen is optimaal geschikt, mits betrokkenen zelf kunnen kiezen of zij het nodig vinden om geadresseerd te worden met een sekse aanduiding en zo ja, hoe dan.*

*Als u gegevens over sekse verwerkt met het oog op een wettelijk omschreven doel (zie vraag 2): controleer of duidelijk is of de wet juridische, sociale sekse of seksegerelateerde lichaamskenmerken op het oog heeft. Vraag eventueel het verantwoordelijke overheidsorgaan wat wordt bedoeld. Bepaal vervolgens of de soort informatie die u heeft, geschikt is voor het wettelijk doel.*

Voor zover uw conclusie is dat de verzamelde seksegegevens

- Niet optimaal geschikt zijn voor uw doel(en):
  - Kunt u afzien van de niet-geschikte informatie over sekse?
    - Zo ja, ga naar vraag 16.
    - Zo nee, zijn er manieren, die niet of weinig belastend zijn voor betrokkenen, om optimaal geschikte seksegegevens te verzamelen? Bekijk de suggesties bij vraag 9 en volgende.
- Wel optimaal geschikt zijn voor uw doel(en), ga verder met vraag 9.

## D. Verwerkt u de gegevens over sekse op een minder belastende manier voor betrokkenen?

*De vragen hieronder zijn bedoeld om na te gaan of het mogelijk is om het verkrijgen, opslaan etc. van gegevens over sekse uit te voeren op een manier die geschikt is voor het doel en tegelijkertijd het minst belastend is voor de individuen achter de persoonsgegevens en minder sekserol- bevestigend.*

*Voor veel organisatiedoelen is de officieel geregistreerde, juridische sekse niet nodig of niet het meest geschikt. Ook kan het belastend zijn voor personen wiens beleefde identiteit afwijkt van hun juridische identiteit. Daarom heeft het gebruiken van de door betrokkene zelf in te vullen sociale sekse de voorkeur. In sommige medische gevallen, is het vragen naar sekse gerelateerde lichaamskenmerken, het meest geschikt, maar dit kan wel bijzonder gevoelig liggen en dient daarom extra zorgvuldig te gebeuren.*

### Vraag 9. Heeft u of uw organisatie gevraagd om informatie over sekse, of ontving u de informatie ongevraagd?

- Ongevraagd: ga door naar vraag 15.
- Gevraagd
  - van betrokkene
  - uit een intern (digitaal) systeem
  - van derden

Heeft u een goede reden om de informatie over sekse niet aan de betrokkene zelf te vragen?

- Ja, namelijk:...
- Nee, overweeg om het aan betrokkene zelf te vragen.

### Vraag 10. Op welke manier heeft u of uw organisatie aan betrokkenen gevraagd naar informatie over sekse?

*Vragen die niet verplicht moeten worden beantwoord hebben altijd de voorkeur, omdat ze minder belastend zijn voor betrokkenen. De verplichting om een vraag naar sekse in te vullen kan belastend tot zeer belastend zijn, in het bijzonder waar juridisch en sociale sekse en/of lichaamskenmerken voor betrokkene niet per se in harmonie zijn. Tegelijk is het niet-verplichtende karakter een duidelijke aanwijzing dat het niet gaat om juridische sekse.*

#### a. Verplicht in te vullen?

- Ja
- Nee
- In beginsel verplicht, maar met de mogelijkheid om de vraag (niettemin) over te slaan.

*Dit is bijvoorbeeld mogelijk als de vraag op papier wordt gesteld of de webpagina niet blokkeert als de digitaal gevraagde gegevens niet ingevuld worden.*

*Er zijn mensen in Nederland die een andere juridische sekse hebben dan man of vrouw. Voor die mensen is het onmogelijk om een verplichte, binair (alleen m/v) gestelde vraag te beantwoorden, zonder het risico te lopen dat hen wordt verweten niet naar waarheid te hebben geantwoord. Ook het bieden van een derde optie biedt niet altijd uitkomst, omdat het aanvinken van zo'n derde optie stigmatiserend kan werken.*



b. Welke opties biedt u:

- Alleen m/v
- Ook een derde mogelijkheid of meer mogelijkheden: namelijk...
- Geheel open en dus zelf aan te geven door betrokkene

**Vraag 11. Vermeldt u bij de vraag wat het doel is van de vraag?**

*De vanzelfsprekendheid van het vragen naar sekse, zonder dat daarvoor een duidelijke reden bestaat is voor een toenemend aantal mensen een bron van ergernis of verbazing. Het is bovendien niet in overeenstemming met de privacywetgeving, die voor het vragen van persoonsgegevens eist dat het doel daarvan duidelijk wordt vermeld. Dat geldt ook voor het vragen naar sekse afzonderlijk en niet alleen voor een combinatie van persoonsgegevens.*

- Ja: ga verder met vraag 12
- Nee: aangeraden wordt om dat alsnog te doen. Ga verder met vraag 12

**Vraag 12. Geeft u aan wat u precies wil weten (juridische of sociale sekse of sekse gerelateerde lichaamskenmerken)?**

- Ja: ga verder met vraag 13
- Nee: aangeraden wordt om dit alsnog te doen. Zie voor enkele suggesties hieronder.

*Vaak is onduidelijk of het gaat om juridisch geslacht: als dat het geval is, kan een 'onjuist' antwoord kleine (geen geld terug) tot grote (beschuldiging van identiteitsfraude) gevolgen hebben. Daarom is het van belang dat als gevraagd wordt naar sekse, duidelijk wordt gemaakt of de officiële sekse wordt gevraagd of iets anders.*

*U kunt dat voor juridische sekse bijvoorbeeld doen, door te vragen naar de persoonsgegevens zoals vermeld in het paspoort. Voor sociale sekse kunt u bijvoorbeeld vragen naar de wijze waarop iemand in communicatie geadresseerd wil worden. Voor sekse gerelateerde lichaamskenmerken, kunt u - zo mogelijk en afhankelijk van het doel - heel specifiek vragen naar bijvoorbeeld de overgang of het hebben van een prostaat.*

*Een zorgvuldige omgang met gegevens over sekse houdt ook in het waarborgen dat gegevens over iemands sekse niet onnodig toegankelijk zijn, circuleren of worden opgeslagen. De volgende vragen en aandachtspunten gaan daarover.*

**Vraag 13. Is de informatie over sekse, waarover u beschikt:**

- Gecombineerd met andere persoonsgegevens van dezelfde persoon?
- Gecodeerd, maar herleidbaar tot de persoon?
- Niet herleidbaar tot de persoon (alleen statistische gegevens)

*Het doel van b is het afschermen van iemands identiteit voor anderen, bijvoorbeeld door een kunstmatige identicator, zoals een uniek (abonnee-, patiënt- of student)nummer. Dit heet pseudonimisering.*

*In geval c gaat die afscherming verder. Voor statistische analyse en onderzoek kan volstaan worden met geanonimiseerde (sekse)gegevens.*

**Vraag 14. Kan de betrokkene de bij u opgeslagen informatie over sekse zelf wijzigen of schrappen, bijvoorbeeld als de betrokkene die niet wil delen of een andere duiding van sociale sekse passender vindt?**

- Ja
- Nee, handelt u in overeenstemming met de privacywetgeving?  
*De AVG stelt als voorwaarde bij verwerkingen van persoonsgegevens op basis van toestemming, dat betrokkene altijd zijn toestemming mag intrekken.*

De volgende vragen zijn als aandachtspunten bedoeld voor een zo min mogelijk belastende verwerking van gegevens over sekse:

**Vraag 15. Zijn er in uw organisatie afdoende maatregelen om te zorgen dat de gegevens over sekse, die nodig zijn voor een bepaald doel, alleen toegankelijk zijn voor relevante organisatieonderdelen of functionarissen?**

**Vraag 16. Zijn er in uw organisatie afdoende maatregelen om te zorgen dat gegevens over sekse die niet (langer) nodig zijn, kunnen worden geweerd of verwijderd?**

#### **Ter afsluiting: enkele organisatorische aandachtspunten**

De vragen hierboven waren er op gericht na te gaan of informatie over sekse überhaupt nodig is voor het realiseren van de doelen waarvoor ze worden gebruikt, of u wel over de juiste informatie beschikt gezien uw doel, en of de wijze waarop u die informatie verzamelt en gebruikt op de minst belastende manier gebeurt voor degenen, wiens gegevens het betreft.

Voor alle situaties waarin uw conclusie is dat het niet nodig is om te vragen naar of gebruik te maken van informatie over sekse, dan wel om dat op een minder belastende manier te doen, rijzen er vervolgvragen, naar hoe dat het beste kan gebeuren, de eventuele kosten en andere bezwaren die daarmee gepaard kunnen gaan en hoe het terugdringen van onnodige sekseregistratie gerealiseerd kan worden in uw organisatie.

Het stoppen, of zelfs maar veranderen of versoepelen van de ingeburgerde, vanzelfsprekende praktijk van het vragen naar en gebruiken van informatie over sekse is soms niet eenvoudig. Zeker in grotere organisaties kan onduidelijk zijn waar de informatie vandaan komt (soms ook van verschillende kanten), waarom u die ontvangt etc.

Het introduceren van nieuw beleid om onnodige sekseregistratie tegen te gaan, kan weerstand oproepen binnen en buiten de organisatie. Om dat te voorkomen is van belang om draagvlak te generen bij de top van de organisatie. Strategisch kan het handig(er) zijn om een wijziging gewoon door te voeren en er geen specifieke ruchtbaarheid aan te geven (zoals de NS met 'beste reizigers'). Het kan nuttig zijn om dit beleidsdoel te laten aansluiten bij ander beleid,

zoals diversiteitsbeleid of privacy beleid of bij organisatiedoelen zoals klantgerichtheid, zorgvuldige besluitvorming, toegankelijke diensten etc.

Wanneer het gaat om digitaal verzamelde en opgeslagen informatie kan het lastiger en kostbaarder zijn om veranderingen door te voeren. Periodieke vernieuwing van websites of de aanschaf van digitale systemen biedt waarschijnlijk de beste gelegenheid. Een eenmaal doorgevoerde verandering moet niet bij de volgende software update weer teniet worden gedaan. Het risico bestaat dat dit gebeurt, juist door de aanname dat informatie over seks vanzelfsprekend nodig en nuttig is, en bovendien geen kwaad kan. Voor het terugdringen van onnodige seksregistratie in digitale systemen, is het dus erg belangrijk om een ontwerper, eigenaar of key-user van een systeem erbij te betrekken.

## B.2. AFWEGINGSKADER: STROOMSCHEMA MET ALLEEN VRAGEN

### A. Beschikt uw organisatie over gegevens over sekse?

**Vraag 1. Beschikt u over en/of gebruikt u informatie over sekse van mensen waarmee of waarvoor u werkt?**

- Nee: is er iemand anders in uw organisatie, die informatie over sekse heeft of gebruikt?
  - zo ja, probeer deze persoon te betrekken bij het invullen van dit afwegingskader.
  - zo nee, ga naar het afsluitende deel met organisatorische aandachtspunten.
- Ja: ga door naar vraag 2.

### B. Voor welke doelen gebruikt u de gegevens over sekse?

**Vraag 2. Gebruikt u de informatie over sekse voor een wettelijk omschreven plicht of taak van uw eigen organisatie of van een andere organisatie?**

- Nee: ga verder met vraag 4.
- Dat weet ik niet: raadpleeg zo mogelijk een deskundige in uw organisatie.
- Ja:
  - controleer of de wet expliciet om informatie over sekse vraagt; dat is namelijk niet altijd het geval.
  - indien dat - bij nader inzien - niet het geval is: heroverweeg of seksregistratie nodig is.

**Vraag 3. Gebruikt u de informatie over sekse nog voor andere doelen of redenen dan voor de wettelijk omschreven plicht of taak?**

- Nee: ga door naar vraag 7.
- Ja. Op basis van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) moet u het nieuwe doel goed omschrijven. Ga door naar vraag 4.

**Vraag 4. Indien u informatie over sekse (ook) voor niet-wettelijk voorgeschreven doelen gebruikt, voor welk(e) doel(en) is (zijn) dat?**

Meerdere antwoorden zijn mogelijk:

- Voor communicatie (voor de aanspreekwijze: 'geachte mevrouw X')
- Derden vragen erom, anders dan vanwege een wettelijk doel
- Voor positieve actie of emancipatiebeleid
- Om diverse groepen of homogene groepen samen te stellen
- Met het oog op de publicatie of verwerking van statistische gegevens
- Voor wetenschappelijk onderzoek

- Voor marketing
- Ter identificatie van de betrokkene
- In verband met het verlenen van een dienst of de uitvoering van een overeenkomst
- Met het oog op een passende behandeling in de gezondheidszorg
- Voor een ander doel, namelijk ...

### C. Is het mogelijk uw doelen te bereiken zonder gegevens over sekse?

- Is de verwerking van seksegegevens evenredig aan uw doel(en)?

**Vraag 5. Overweeg voor elk van de bij vraag 4 aangekruiste doelen of dat doel zo belangrijk is dat u het zwaarder vindt wegen dan de bezwaren die verbonden zijn aan het verwerken van gegevens over sekse. Anders gezegd: vindt u dat het verwerken van gegevens over sekse evenredig is aan uw doel?**

- Ja, ga verder met vraag 6.
- Nee, overweeg en/of bespreek in uw organisatie of het organisatiedoel kan vervallen.
- Nee, overweeg en/of bespreek of uw organisatiedoel zonder gegevens over sekse kan worden bereikt. Bekijk hiervoor de suggesties bij vraag 6.

- Zijn de seksegegevens nodig voor uw doel(en)?

**Vraag 6. Beoordeel voor elk van de bij vraag 5 aangegeven doelen waarvoor u de verwerking van gegevens over sekse evenredig vindt, of u gegevens over sekse daarvoor werkelijk nodig heeft.**

Voor zover uw conclusie is dat de verzamelde seksegegevens

- Niet nodig zijn voor uw doel(en): ga naar vraag 16.
- Wel nodig zijn voor uw doel(en), ga verder met vraag 7.

- Is de soort seksegegevens geschikt voor uw doel(en)?

**Vraag 7. Weet u of de informatie over sekse, waarover u beschikt, betrekking heeft op de 'officiële' of juridische sekse, sociale sekse of op seksegerelateerde lichaamskenmerken?**

- Ja, namelijk:
  - De 'officiële' of juridische sekse
  - Sociale sekse
  - Seksegerelateerde lichaamskenmerken
  - Meer dan één soort, namelijk ...
- Nee, dat weet ik niet. Probeer helder te krijgen welke soort gegevens over sekse u nodig heeft voor uw doel.

**Vraag 8. Overweeg voor elk van de doelen waarvan u vindt dat daarvoor informatie over sekse nodig is, of de soort informatie over sekse die u heeft, optimaal geschikt is voor uw doel.**

Voor zover uw conclusie is dat de verzamelde seksegegevens

- Niet optimaal geschikt zijn voor uw doel(en):
  - Kunt u afzien van de niet-geschikte informatie over sekse?
    - Zo ja, ga naar vraag 16.
    - Zo nee, zijn er manieren, die niet of weinig belastend zijn voor betrokkenen, om optimaal geschikte seksegegevens te verzamelen?
- Wel optimaal geschikt zijn voor uw doel(en), ga verder met vraag 9.

**D. Verwerkt u de gegevens over sekse op een minder belastende manier voor betrokkenen?**

**Vraag 9. Heeft u of uw organisatie gevraagd om informatie over sekse, of ontving u de informatie ongevraagd?**

- Ongevraagd: ga door naar vraag 15.
- Gevraagd
  - van betrokkene
  - uit een intern (digitaal) systeem
  - van derdenHeeft u een goede reden om de informatie over sekse niet aan de betrokkene zelf te vragen?
  - Ja, namelijk:...
  - Nee, overweeg om het aan betrokkene zelf te vragen.

**Vraag 10. Op welke manier heeft u of uw organisatie aan betrokkenen gevraagd naar informatie over sekse?**

- c. Verplicht in te vullen?
  - Ja
  - Nee
  - In beginsel verplicht, maar met de mogelijkheid om de vraag (niettemin) over te slaan.
- d. Welke opties biedt u:
  - Alleen m/v
  - Ook een derde mogelijkheid of meer mogelijkheden: namelijk...
  - Geheel open en dus zelf aan te geven door betrokkene

**Vraag 11. Vermeldt u bij de vraag wat het doel is van de vraag?**

- Ja: ga verder met vraag 12.
- Nee: aangeraden wordt om dat alsnog te doen. Ga verder met vraag 12.

**Vraag 12. Geeft u aan wat u precies wil weten (juridische of sociale sekse, sekse gerelateerde lichaamskenmerken)?**

- Ja: ga verder met vraag 13.
- Nee: aangeraden wordt om dit alsnog te doen.

**Vraag 13. Is de informatie over sekse, waarover u beschikt:**

- Gecombineerd met andere persoonsgegevens van dezelfde persoon?
- Gecodeerd, maar herleidbaar tot de persoon?
- Niet herleidbaar tot de persoon (alleen statistische gegevens).

**Vraag 14. Kan de betrokkene de bij u opgeslagen informatie over sekse zelf wijzigen of schrappen, bijvoorbeeld als de betrokkene die niet wil delen of een andere duiding van sociale sekse passender vindt?**

- Ja.
- Nee, handelt u in overeenstemming met de privacywetgeving?

**Vraag 15. Zijn er in uw organisatie afdoende maatregelen om te zorgen dat de gegevens over sekse, die nodig zijn voor een bepaald doel, alleen toegankelijk zijn voor relevante organisatieonderdelen of functionarissen?**

**Vraag 16. Zijn er in uw organisatie afdoende maatregelen om te zorgen dat gegevens over sekse die niet (langer) nodig zijn, kunnen worden geweerd of verwijderd?**

## **BIJLAGE I - Benaderde en geraadpleegde organisaties en personen**

### **A Experts aanwezig op 18 oktober 2019:**

#### **Overheid, bedrijfsleven en andere organisaties**

- Universiteit - Functioneel beheerder
- Gemeente - Juridisch adviseur burgerzaken
- FNV- Beleidsadviseur
- International farmaceutisch bedrijf - Privacy officer en functionaris gegevensbescherming
- ICT bedrijf - Privacy officer en Managing Director
- Bank - CDD analist
- WOMEN Inc. - directeur

#### **Belangenorganisaties:**

- TNN (Transgendernetwerk Nederland)
- NNID (Nederlandse Organisatie voor Seksediversiteit)
- COC (Nederlandse Vereniging tot Integratie van Homoseksualiteit)

#### **Overigen:**

- College voor de Rechten van de Mens - ondervoorzitter en beleidsmedewerker
- Movisie - beleidsmedewerker
- Atria - beleidsmedewerker

#### **B Overige experts:**

- Werkgeversvereniging - Expert consumentenzaken
- Ziekenhuis - Functionaris gegevensbescherming
- Een huisarts
- Organisatie voor de veiligheidsbranche - HR adviseur
- Universiteit - Studentendecaan, jurist, directeur bedrijfsvoering, medewerker diversiteitsbeleid
- ILGA Europe - beleidsmedewerker

#### **C Organisaties die zijn benaderd, zonder resultaat:**

- **4 Webwinkels**
- **2 Vervoersmaatschappijen**
- **2 Uitzendbureaus**
- **2 Verzekeringsmaatschappijen**
- **2 Onderzoeks/adviesbureaus**
- **1 Pensioenfonds**
- **Overheid / Uitvoeringsorganen**
  - Politie
  - UWV
  - Autoriteit persoonsgegevens



## BIJLAGE II

### First experiences with non-binary gender options in Germany

Susanne Lilian Gössl, Sophie Dannecker, Alix Schulz\*

17 October 2019

#### A. Introduction

Since 1.1.2019 the German civil status law provides four options to register gender, two of them non-binary. Nevertheless, several legal gaps still exist. Furthermore, the new law creates a lot of inconsistencies and uncertainties that lead to several practical problems. In conclusion, a full legal integration of non-binary gender options in Germany has not yet been achieved. Apart from legal gaps and problems, another main issue is a lack of sufficient information, awareness, and the establishment of binding guidelines and interpretations for the implementation of the already enacted legal amendments. It appears to be a general problem that the implications for all parties involved resulting from the amendments have not been recorded, neither before the legal amendments nor after in order to pass on appropriate information on successful implementation to the parties involved. In consequence, the public and private actors that have to implement the amendments, but also the persons who belong to a non-binary gender, have not been fully informed of their duties and rights and are left to their own devices.

To show the main problems created or not abolished by the new provisions, it is useful to provide a short overview of the new rules and the Constitutional Court's decision that led to the reform.

#### I. The New Provisions

According to § 21 para. 1 no. 3 PStG (*Personenstandsgesetz* – Civil Status Registration Act), a person's gender must be registered at birth. The new § 22 para. 3 PStG allows to register the gender of a new-born not only as male or female but also as “divers” (diverse) or to leave the entry field blank where the gender “male” or “female” cannot be attributed to the child. Furthermore, § 45b PStG was introduced to allow a later change of gender for a person with “variants of sex development” (*Varianten der Geschlechtsentwicklung*). The change requires a declaration at the civil status registry and a medical certificate that confirms such “variants of sex development”. A change of name can be combined with the change of gender in the civil status registry. Furthermore, due to § 45b para 1 no. 1 – 4 PStG, such a change is only possible

---

\* Dr. Susanne Gössl, LL.M. (Tulane), is Senior Research Assistant at the Institute for German, European and International Family Law at the University of Bonn; Sophie Dannecker, Mag. iur., is Research Associate and PhD candidate at the Käte Hamburger Kolleg, Center for Advanced Study in the Humanities "Law as Culture" in Bonn; Alix Schulz, MJur (Oxon), is Research Assistant and PhD candidate at the [Institute for Comparative Law, Conflict of Laws and International Business Law](#) of the University of Heidelberg. All websites cited have been accessed 10 October 2019 if not indicated otherwise. Information has been gathered until 1 October 2019.

for a person with German nationality, stateless persons or refugees with residence in Germany, or other foreigners that legally reside in Germany and whose country of nationality has no comparable provision.

## II. History of the Provisions

The new provisions are the result of two recent developments: first, in 2013, Germany already opened the binary gender system insofar as the law now allowed individuals to leave the status entry undetermined. Thus § 22 para. 3 PStG of 2013 provided for the possibility to leave the registration of the gender blank in cases where it was impossible to clearly determine the biological sex as either male or female. The latter option was not supposed to challenge the binary system but was meant to provide an interim solution. The underlying idea was to give the persons involved, especially the parents, more time to determine the gender as either female or male and to register it later. The main aim was to avoid 'adjusting' surgeries of newborns. However, the 'positive' registration of a non-binary gender option was not permitted.<sup>23</sup>

Secondly, in autumn 2017, the BVerfG (*Bundesverfassungsgericht* – German Constitutional Court) ruled that the existing legal framework was unconstitutional.<sup>24</sup> The court found that the obligation to either register the gender as male or female (according to § 21 para. 1 no. 3 PStG), or to leave the field empty in cases of persons not clearly belonging to male or female (§ 22 para. 3 PStG) violated the constitutional rights of the individual, especially their right to gender identity (Article 1 para. 1 GG in conjunction with Article 2 para. 1 GG). Moreover, the BVerfG held that the aforementioned obligations under the PStG constituted gender-based discrimination (Article 3 para. 3 GG).<sup>25</sup> As a consequence, Germany was obliged to either introduce a third gender option or to abolish the legal requirement to register a person's gender altogether until the end of 2018.<sup>26</sup> The new aforementioned provisions were the only result and entered into force 1 January 2019.<sup>27</sup> The whole reform was coined by intensive discussions between the conservative and liberal/progressive fractions of the Federal Parliament. The tension was enhanced by the fact that the Ministry of Interior, competent for matters of civil status registry, currently is in the hands of the conservative part of the government (CSU as the Bavarian sister party of the CDU) while the Ministry of Justice and Consumer Protection, competent for civil law matters, lies in the hands of the social democrats (SPD). On the other hand, Bündnis 90/The Greens whose views on questions of gender equality and diversity are very progressive, are in opposition and therefore their liberal

---

<sup>23</sup> For an overview see e.g. Dethlof and Gössl, 'Country Report for Germany', in: Van den Brink and Tigchelaar, *M/V en verder: Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag, 2014, p. 137-146.

<sup>24</sup> BVerfG 10 oktober 2017, 2019/16, NJW.

<sup>25</sup> BVerfG 10 oktober 2017, 2019/16, NJW.

<sup>26</sup> BVerfG 10 oktober 2017, 2019/16, NJW.

<sup>27</sup> Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, 18 December 2018, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2018 I No. 48, p. 2635.

approaches did not prevail.<sup>28</sup> Thus, to find an agreement between those forces was very hard and led to a very small and – at least in our opinion – incomplete reform.

### III. Some Methodological Remarks

First we present an overview of gaps and problems (legal and practical) that were not solved by the new legislation or that were even created by the introduction of the new rules. As the new provisions have been in force for less than a year, official statistics or reports are scarce and not comprehensive. We analysed the scarce data we could access or that we received, and interviewed persons working with the new provisions and/or struggling with their consequences. As all three of us are lawyers, we will focus on the legal problems and do not intend to give an empirical/social analysis *lege artis*. Nevertheless, we hope that even the very limited scope of our report will suffice to give a first impression of the many problems the new provisions have created for the individuals involved but also for other parties (both in the private and public sector) that need to adapt to the new legal framework.

#### B. Data Available

##### I. Statistics on Individuals Registered as “Divers”

It is currently not possible to precisely state the number of persons that would comply with § 22 para. 3 PStG or § 45b PStG in Germany.

In its decision of 10 October 2017, the BVerfG assumed that around 160,000 people who do not clearly belong to the male or female gender lived in Germany. In March 2019, the Federal Government was unaware how many of these people were seeking a change of their legal gender.<sup>29</sup> The government of North Rhine Westphalia stated that an estimated 1,500 non-binary children were born in Germany every year and that it could be assumed that one third of these children, i.e. 500 persons, would apply for a change of gender and first name each year.<sup>30</sup>

So far, not many persons have made use of the opportunity to be registered as “divers” in Germany due to a change according to § 45b PStG (1) or to register their child as “divers” due to registration at birth (2). Reasons are mainly speculative but supported by interviews with individuals (3).

---

<sup>28</sup> See e.g. Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 2.

<sup>29</sup> Drucksache 19/8716, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Höchst, Martin Reichardt, Frank Pasemann, Thomas Ehrhorn und der Fraktion der AfD (Drucksache 19/8199), p. 2.

<sup>30</sup> Drucksache 17/5313, Landtag Nordrhein-Westfalen, 5 March 2019, Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Josefine Paul BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 17/4982, p. 4.

## 1. Change to “Divers” for Adults

There are no official statistics for the whole year of 2019, yet. Thus, the data we could find differs depending on date and source. According to the Federal Government, in May 2019, 69 individuals had changed their legal gender into “divers”.<sup>31</sup> Additionally, 355 individuals changed their first names according to § 45b PStG.<sup>32</sup> However, it could not be established how many applications according to § 45b PStG and § 22 para. 3 PStG had been rejected.<sup>33</sup>

According to the civil registries of Schleswig-Holstein, until April 2019, not a single application for a change of gender to ‘divers’ or first-time entry had been made since the introduction of the new law (in May it was one).<sup>34</sup> Hamburg’s civil registries on the other hand received two applications by citizens who wished to be registered as “divers” within the same period.<sup>35</sup> The state of Rhineland-Palatinate did not receive any applications until June 2019.<sup>36</sup> Until July 2019,

---

<sup>31</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3: the registration was confirmed sixty-nine times in the period from 1 January 2019 to the time of the inquiry as “divers” according to § 45b PStG.

BW = Baden-Württemberg 6

BY = Bayern 11

BE = Berlin 9

BB = Brandenburg 0

HB = Bremen 2

HH = Hamburg 5

HE = Hessen 2

MV = Mecklenburg-Vorpommern 4

NI = Niedersachsen 9

NW = Nordrhein-Westfalen 11

RP = Rheinland-Pfalz 0

SL = Saarland 2

SN = Sachsen 3

ST = Sachsen-Anhalt 2

SH = Schleswig-Holstein 1

TH = Thüringen 2.

<sup>32</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3.

<sup>33</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3.

<sup>34</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3. ; kn-online.de 2019.

<sup>35</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3.

<sup>36</sup> Antwort vom 11.6.2019 (Drucksache 17/9408) des Ministeriums für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gabriele Bublies-Leifert (AfD), Drucksache 17/9264.

two people in Saxony-Anhalt had applied for a change of their registered gender to ‘divers’.<sup>37</sup> In Mecklenburg-Western Pomerania three people changed their registered gender into “divers” in the first half of 2019.<sup>38</sup> Finally, seven applications were made in Bavaria and twenty-seven in North Rhine Westphalia between 1 January 2019 until 15 June 2019.<sup>39</sup>

## 2. New-borns Registered as ‘Divers’

As statistics about civil status matters are at most published annually, the number of new-borns who have already been registered as “divers” is not yet available. In May 2019, three children were registered as “divers” according to the Federal Government.<sup>40</sup> However, it could not be established how many applications according to § 45b PStG and § 22 para. 3 PStG were rejected.<sup>41</sup> In Saxony-Anhalt no new-born has been registered as “divers” until 31 March 2019.<sup>42</sup> Finally, an enquiry established that there are no data available in Mecklenburg-West Pomerania regarding new-borns registered as “divers” as of January 2019.<sup>43</sup> Regarding the other states, data were not available either.

## 3. Reasons for the Data Scarcity

There are several reasons why many people have not exercised the option to register their gender as ‘divers’ so far. One is a technical one: apart from using § 45b PStG, an adult qualifying as ‘divers’ can also use § 46 PStG, the option to correct a civil status entry that was initially incorrect. The inaccuracy can stem from the fact that initially an entry (at birth) according to § 22 para. 3 PStG would have been possible. § 22 para. 3 PStG does not necessarily require a medical certificate. Additionally, § 22 para. 3 PStG has no intertemporal limit, so it also applies to persons born before the two additional options existed. We were told that e.g. the *Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband* advised to use this way instead of § 45b PStG.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> See Antwort der Landesregierung Sachsen-Anhalt auf eine Kleine Anfrage zur schriftlichen Beantwortung Drucksache 7/4582, 3 July 2019.

<sup>38</sup> See Antwort der Landesregierung von Mecklenburg-Vorpommern, Drucksache 7/3559, 27 May 2019.

<sup>39</sup> See Anlage der Antwort vom 17.7.2019 (Drucksache 17/6927) der Landesregierung NRW auf die Kleine Anfrage 2626 vom 6. Juni 2019 der Abgeordneten Alexander Langguth, Frank Neppe und Marcus Pretzell Fraktionslos Drucksache 17/6566; [Nur sehr wenige Anträge: Geschlecht “divers” kaum genutzt](#), *queer.de* 7 April 2019, [www.queer.de/detail.php?article\\_id=33344](http://www.queer.de/detail.php?article_id=33344).

<sup>40</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3: HE=Hessen 1, BY=Bayern 1, NI=Niedersachsen 1.

<sup>41</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (‘Dritte Option’), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3.

<sup>42</sup> See Antwort der Landesregierung Sachsen-Anhalt auf eine Kleine Anfrage zur schriftlichen Beantwortung Drucksache 7/4582, p.2, 3 July 2019.

<sup>43</sup> See Antwort der Landesregierung von Mecklenburg-Vorpommern, Drucksache 7/3559, 27 May 2019, p.3.

<sup>44</sup> Interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband, 25 September 2019.

Nevertheless, the number of persons using § 46 PStG is not represented in the aforementioned statistics as it does not qualify as a gender change as such.<sup>45</sup>

Moreover, some parents we talked to, refrain from registering their children as 'divers' as they do not want to force them to an 'outing' in an early age and without the child's clear consent. The blank field seems to be a compromise as it can be filled by simple declaration, § 27 para. 3 no. 4 PStG, thus not requiring a medical certificate.

With younger people (under 30) another reason might be the missing awareness of the new option. Usually, awareness increases when individuals start to be in trans\* or inter\* networks and get in touch with other persons involved, e.g. studying at university or working in urban areas. Especially in the more rural regions, such networks are still hard to find.<sup>46</sup>

Furthermore, changing the gender to 'divers' is usually a big step as it can change the way a person will be perceived by society. Thus, people tend to opt for a change only after a certain period of reflexion. As the provisions are still less than a year old, this might also explain the reluctance to use them.<sup>47</sup> In general, the level of awareness, e.g. of teachers, physicians, psychologists, lawyers etc., i.e. people that might advise a change of gender registration or might advise against it, seems to be crucial. Nonetheless it is still not at a sufficient level nationwide.<sup>48</sup>

Moreover, many people might still be reluctant to apply for a gender change as they are still afraid to be discriminated against (e.g. because their passport then provides for the entry 'x')<sup>49</sup>. There have been reports of immigration problems e.g. entering Turkey, Brazil, and the USA with a passport that is not indicating a binary gender marker.<sup>50</sup> Thus, some individuals prefer their official documents to be without a gender entry or remain 'male' or 'female'.

Moreover, the requirement to provide a medical certificate proving 'variants of sex development', is regarded as pathologizing intersexuality.<sup>51</sup> The federal association for intersex persons ('Intersexuelle Menschen Bundesverband') therefore described the law reform as a first step in the right direction but certainly not as a major coup.<sup>52</sup>

---

<sup>45</sup> See e.g. Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben ('Dritte Option'), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 3.

<sup>46</sup> Interview with an individual from Lamda Bundesverband, 23 September 2019.

<sup>47</sup> Interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband, 25 September 2019.

<sup>48</sup> Interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband, 25 September 2019.

<sup>49</sup> [Tagesschau.de](https://www.tagesschau.de) 2019.

<sup>50</sup> E.g. e-mail with involved individual, 20 September 2019; see also Gössl 2019, p. 304 e.v.; [gov.au/guide/Pages/lgbti-travellers.aspx](http://gov.au/guide/Pages/lgbti-travellers.aspx); [globalnews.ca/news/3696784/gender-neutral-passport-canada-travel-problems/](http://globalnews.ca/news/3696784/gender-neutral-passport-canada-travel-problems/); [jgspl.org](http://jgspl.org) 2017.

<sup>29</sup> [Tagesschau.de](https://www.tagesschau.de) 2019.

<sup>52</sup> [Tagesschau.de](https://www.tagesschau.de) 2019.

## II. Costs Caused by the Reform

### 1. For the State

It is currently not possible to accurately predict the costs arising from the introduction of a third gender category. Responding to a parliamentary enquiry, the German Federal Government replied that it was currently examining whether and to what extent further bureaucratic measures (e.g. changes to forms or software used by authorities, educational institutions, hospitals, etc.) were necessary.<sup>53</sup> Furthermore, it stated that information on possible costs were not yet available.<sup>54</sup>

Similarly, the government of North Rhine-Westphalia stated that it was currently not possible to quantify the costs arising though changes in civil registries. While existing software had to be updated, it was difficult to precisely predict financial implications of such changes, as the software and procedures used for electronic registry varied depending on the different registries.<sup>55</sup> Also the government of Mecklenburg-Western Pomerania was not able to indicate the financial consequences of the reform.<sup>56</sup>

### 2. For the Individual

One consequence of the change of gender is the obligation of the individual to inform other public authorities and to change passports and other identity documents.<sup>57</sup> Other changes, e.g. in school certificates, are not required by law but necessary to avoid further problems, especially of identification. These changes require a lot of time and are often also expensive. Thus, it has been proposed that the state (being responsible for these problems by not enacting constitutional rules earlier) should bear the costs or at least subsidise individuals.<sup>58</sup>

## C. Legislative Gaps

As the new provisions only change the civil status registration law, several follow-up questions remain unanswered. This is the more surprising as already in 2017, the *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages* (Academic Service of the German Federal Parliament) mentioned the need to reform many of those issues.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> Drucksache 19/8716, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Höchst, Martin Reichardt, Frank Pasemann, Thomas Ehrhorn und der Fraktion der AfD (Drucksache 19/8199), p. 2.

<sup>54</sup> Drucksache 19/8716, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Höchst, Martin Reichardt, Frank Pasemann, Thomas Ehrhorn und der Fraktion der AfD (Drucksache 19/8199), p. 2.

<sup>55</sup> Drucksache 17/5313, Landtag Nordrhein-Westfalen, 5 March 2019, Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Josefine Paul BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 17/4982, p. 3.

<sup>56</sup> See Antwort der Landesregierung von Mecklenburg-Vorpommern, Drucksache 7/3559, 27 May 2019.

<sup>57</sup> E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019.

<sup>58</sup> Interview with Lucie G. Veith, *Intersexuelle Menschen e.V.* | Bundesverband, 25 September 2019.

<sup>59</sup> See also Wissenschaftlicher Dienst Deutscher Bundestag, *Einführung eines positiven dritten Geschlechtseintrags im Personenstandsrecht: Erforderliche Gesetzesänderungen* (2017).

## I. Missing Solution for Gender-‘adjusting’ Surgeries

The initial intention of the new provisions in 2013 was to stop surgeries on intersex babies that were supposed to be ‘adjusting’ the baby’s body to the ‘correct’ gender. Unfortunately, so far, the new provisions seem to have not achieved this goal. A new study that looked into numbers of such surgeries between 2005 and 2016 shows – contrary to the intention of the legislator – that since 2013 the number of such surgeries has not diminished but instead increased, especially between 2015 and 2016.<sup>60</sup> The reason is unclear, but raising awareness for the fact that individuals are not always clearly ‘male’ or ‘female’ did not prevent physicians or parents from undertaking such operative procedures.

As those surgeries can cause terrible physical and psychological damage to the individual and are usually not medically indicated, in our opinion a law to limit them to the absolutely medically necessary seems the most urgently needed reform.<sup>61</sup> Malta and Portugal already introduced similar prohibitions that might serve as models.<sup>62</sup> The coalition agreement (*Koalitionsvertrag*) of the current government explicitly states the aim to prohibit those surgeries and, thus, legislative reforms have been discussed.<sup>63</sup> Nevertheless, a legislative initiative is still in the very beginning.

## II. Missing Rules in Family Law

Under German law, personal status in principle is supposed to comprehensively determine a legal concept for the whole legal system, especially in family law. So far, the legislative change had no consequences for German family law, resulting from the introduction of the two non-binary gender options (blank field and ‘divers’).<sup>64</sup>

### 1. Marriage

In marriage law the wording of the relevant provision, § 1353 para. 1 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Civil Code) limits the possibility to marry people of ‘the same’ and ‘a different’ gender, not including people without a legal gender. So far, no case has been brought before a German court in which a person without a gender entry intended to marry. This might be caused by the uncertainty of how this case would be handled.<sup>65</sup> Scholars propose to apply the rule on marriage by analogy to those cases, but there is no clear rule yet.<sup>66</sup> Furthermore, cases

---

<sup>60</sup> Hoenes et al., 2019.

<sup>61</sup> Cf. ‘Behandlungserfahrungen von Menschen mit Intersexualität. Ergebnisse der Hamburger Intersex.Studie’, (2007) *Gynäkologische Endokrinologie Zeitschrift*.; Already Gössl 2019, p. 303.

<sup>62</sup> For an overview see Gössl and Völzmann (2019), forthcoming.

<sup>63</sup> *Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land*. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD 19. Legislaturperiode, available at [www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag\\_2018.pdf](http://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf), p. 21.

<sup>64</sup> E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019; see also Gössl and Völzmann, ‘Legal Gender Beyond the Binary’, 8 *International Journal of Law, Policy and the Family* (2019), forthcoming.

<sup>65</sup> Interview with Lucie G. Veith, *Intersexuelle Menschen e.V. | Bundesverband*, 25 September 2019.

<sup>66</sup> E.g. Gössl 2019, p. 304. ; Schwab 2017, p. 1286.



have been reported in which individuals refrained from changing their gender to 'divers' as they were unsure how this change could legally affect their marriage. Probably, the protection of marriage as safeguarded by the German Constitution (Article 6 para. 1 GG) would prohibit any other consequence than leaving the marriage intact.<sup>67</sup> Nevertheless, also regarding this question, uncertainty remains. An adjustment of the rule could provide clarity.

## 2. Filiation

In German family law, filiation is so far based on the assumption that motherhood is limited to 'women' (§ 1591 BGB) and fatherhood to 'men' (§§ 1592 *et. seq.* BGB). There are cases by the BGH (*Bundesgerichtshof* – Supreme Court) regarding a child's birth after a gender reassignment that indicate that motherhood should be attributed to the person giving birth and fatherhood to the person not giving birth (as exclusively limited to mothers).<sup>68</sup> Nevertheless, a clear guideline how to attribute paternity in case of a 'divers' individual or one without a gender entry, is missing.<sup>69</sup> Also in cases of filiation, a discussion about a legislative reform is still in its infancy although such a reform is urgently needed in our opinion.<sup>70</sup>

## III. Missing Rules on Treatments Covered by Insurance Companies

The situation regarding costs that are covered by legal insurance in cases of treatment of non-binary people is still unclear. The newly adapted medical guidelines of the *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* (German Society of Sexology) plead for more respect for the autonomous decision of each individual involved.<sup>71</sup> Even though it is supposed to help individuals looking for treatment, the actual consequence seems to be that insurance companies are more reluctant to cover those treatments as they do not seem to be medically necessary.<sup>72</sup>

Volume 5 of the Social Insurance Code (*Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V*) that regulates which medical treatments insurance companies must cover, also lacks an update. This is especially problematic for individuals who are in need of treatments with a gender specific coverage, e.g. regarding prostate or vulva. Furthermore, the treatment often only covers e.g. hospital beds in gender specific rooms and the legal gender will be the determining factor. In general, some health insurance companies consider individuals (even medically diagnosed as 'DSD') according to their legal gender, thus not covering treatments for the 'other' gender.

---

<sup>67</sup> See case BverfG 27 May 2008, 1 BvL 10/05, NJW declaring a provision as unconstitutional if a gender reassignments of a married persons needs so lead to a divorce.

<sup>68</sup> BGH 6 September 2017, XII ZB 660/14, NJW. ; BGH 29 November, XII ZB 459/16, NJW.

<sup>69</sup> Gössl 2018, p. 174–177.

<sup>70</sup> See Diskussionsteilentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts*, available at [www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_Reform\\_Abstammungsrecht.pdf](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf).

<sup>71</sup> Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit: S3-Leitlinie zur Diagnostik, Beratung und Behandlung AWMF-Register-Nr. 138|001, available at [www.awmf.org/uploads/tx\\_szleitlinien/138-0011\\_S3\\_Geschlechtsdysphorie-Diagnostik-Beratung-Behandlung\\_2019-02.pdf](http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/138-0011_S3_Geschlechtsdysphorie-Diagnostik-Beratung-Behandlung_2019-02.pdf), p. 100.

<sup>72</sup> E-mail of a person involved, 19 September 2019.

Some even require a court decision to obtain a gender reassignment.<sup>73</sup> As seen above, there can be comprehensible reasons to officially keep a binary gender even though an individual might qualify for the other two options.<sup>74</sup>

In our opinion, a legal reform seems highly important. Such reforms should focus on medical necessities rather than questions of legal gender.

#### **IV. Further Legal Gaps and Uncertainties**

Various legal issues have not yet been satisfactorily addressed.<sup>75</sup> Consequently, a large degree of uncertainty regarding the new gender options in Germany exists. Depending on the respective civil status registrar, changing the legal gender can be relatively easy or very problematic.<sup>76</sup> The same applies to smoothly effecting the consequences of such a change.

##### **1. The Concept of ‘Variants of Sexual Development’ and the Influence of Gender Identity?**

The concept of ‘variants of sexual development’ is not entirely clear. On the one hand it is a requirement for a change of gender according to § 45b PStG. On the other hand, its modus of proof is by means of a medical certificate. From the latter one might derive that the idea the legislator had when enacting the rule was one of a merely biological-medical sex determination. Consequently, only individuals showing physical signs of intersexuality would fall within the scope of application of the rule. This view, that merely physical features of intersexuality qualify for a change of gender according to § 45b PStG is the one promoted by the Federal Ministry of Interior. In a circular (*Rundschreiben*) from 10 April 2019 the Ministry advised the States’ Ministries of Interior (or the respective part of State administration) to allow the change of gender only for individuals that qualify as intersex at the time of birth (meaning not being clearly identified as male or female).<sup>77</sup> The circular also explicitly states that individuals qualifying as trans\* or individuals who deliberately chose not to be clearly male or female (e.g. by taking hormones) should be excluded from the scope of § 45b PStG.

At least some civil status registrars follow this circular (some even by retroactively reversing a change of gender they had already undertaken), even though they are not obliged to: § 2

---

<sup>73</sup> Interview with Julia Monro DGTI (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V.), 25 September 2019.

<sup>74</sup> E-mail of individual, 20 September 2019. ; Interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband, 25 September 2019.

<sup>75</sup> Gössl and Völmann 2019, (forthcoming) p. 303. ; Körlings, 2018, p. 282-285. ; e-mail by SAP-employee responsible for adapting SAP-software to a third gender category.

<sup>76</sup> E.g. phone interview 20 September 2019 with involved Person with xy-variation: change into ‘divers’ was very smooth and easy (Celle); same e-mail 20 September 2019 of a mother whose child was registered as ‘divers’, birth certificate was easy to be changed and issued (Köln/Cologne); other experiences see [www.45bpstg.de](http://www.45bpstg.de).

<sup>77</sup> Rundschreiben des BMI v. 10.4.2019 - V II 1 - 20103/27#17, available at [www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/kurzmeldungen/Webs/PERS/DE/rundschreiben/2019/0122-aenderung-geburtenregister.html](http://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/kurzmeldungen/Webs/PERS/DE/rundschreiben/2019/0122-aenderung-geburtenregister.html).

para. 2 PStG explicitly provides a procedural independence of the civil status registrars stating that they are not subject of any instructions.<sup>78</sup> E.g. the professional body of civil registrars that gives advice to the civil registrars (Fachausschuss) also advised registrars to follow the conclusions of the circular.<sup>79</sup> Furthermore, some representatives of intersex associations seem indignant that the rule could be 'abused' by trans\* individuals.<sup>80</sup>

Nevertheless, and in our opinion rightly so, this narrow interpretation of the rule has been criticized as missing the opportunity to establish a modern and coherent gender registration system and to correctly implement the Constitutional Court's decision.<sup>81</sup> Reading the provisions literally, gender is indeed limited to a merely biological-medical understanding. But this notion contradicts the BVerfG decision which explicitly did not exclusively limit the gender of a person to their biological or physical features.<sup>82</sup> This gap between the decision and the subsequent reform can be explained by the initial plan to reform the 'Act of Transsexuality' in parallel and to implement the requirements for a change of gender based on a notion of gender identity in this new act.<sup>83</sup> However, this plan seems to have stalled, meaning that § 45b PStG is the only provision that allows a change of gender for individuals who, based on their gender identity, do not exclusively belong to the categories 'male' or 'female'. Moreover, there seems to be a certain misunderstanding: another decision by the BVerfG states that the legislator can require certain certificates of proof to determine the legal gender of a person.<sup>84</sup> The government relies on that decision to justify its narrow view.<sup>85</sup> However, this is a matter of proof, not of substantive law regarding the determination of the gender of a person.

Furthermore, the circular of the Federal Ministry of Interior is not binding for civil status registrars, first, because they are independent, and second, because the Ministry as part of the

---

<sup>78</sup> Phone interview with Julia Monro DGTI (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V.), 25 September 2019 and follow-up e-mail 26 September 2019.

<sup>79</sup> Krömer 2019, p. 280–282.

<sup>80</sup> Geschlechtsbescheinigungen für Transsexuelle widerrechtlich - Intersex-Anträge deutlich in der Minderheit, 24.04.19, Matt 2019.

<sup>81</sup> Bruns 2019, p. 100; Gössl and Völzmann 2019 (forthcoming), p. 303; interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. | Bundesverband, 25 September 2019; interview Julia Monro DGTI (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V.), 25 September 2019.

<sup>82</sup> Para. 9 of the decision: „In den medizinischen und psycho-sozialen Wissenschaften besteht zudem weitgehend Einigkeit darüber, dass sich das Geschlecht nicht allein nach genetisch-anatomisch-chromosomalen Merkmalen bestimmen oder gar herstellen lässt, sondern von sozialen und psychischen Faktoren bestimmt wird“ = “In medical and psycho-social science there is broad consensus that gender cannot be determined or even be created by genetic-anatomical-chromosomal characteristics, but is determined by social and psychological characteristics” (translation by authors); Bruns, 2019, p. 100; Gössl and Völzmann 2019 (forthcoming), p. 302. Interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband, 25 September 2019.

<sup>83</sup> E.g. Gössl 2019, p. 302 e.v..

<sup>84</sup> BVerfG 17 October 747/17, NJW.

<sup>85</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben ('Dritte Option'), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 4.

government does not have the power to change the law. It can only offer opinions on how to interpret the law and give guidelines. Nevertheless, the circular goes further and excludes interpretations that are clearly not excluded by the provision (e.g. the one of trans\* individuals that would qualify after taking hormones).

Some scholars, the author Gössl included, therefore, propose to read the new law in a more generous way, in order for it to be constitutional. This also requires to include gender identity as a characteristic to determine whether a person qualifies as 'divers'.<sup>86</sup>

It seems as if some civil status registrars already follow this broad understanding while others do not. First court decisions seem to follow a more narrow interpretation, limiting the concept to individuals who were medically diagnosed as 'intersex'. But even if one focused on a medical understanding of gender, the medical determination of 'variants of sex development' is not exclusively limited to the cases mentioned by the circular. Also in medical terms the requirement of 'variants (or differences) of sex development' do not seem to be exclusively limited to the physical features mentioned in the circular and especially do not justify excluding trans\* people.<sup>87</sup> The circular and the subsequent interpretation by some registrars and courts therefore create a lot of uncertainty for individuals involved, especially at a time where some registrars even start to retroactively change the registration back to the first legal gender. Furthermore, also physicians are left in uncertainty how they should diagnose individuals applying for a certificate.<sup>88</sup> Medical associations also complain that the requirements for a change of gender should be decided by the legislator, as it is a legal and not a medical question.<sup>89</sup>

At the moment, several court proceedings are pending dealing with that question, one of those at the BGH (Supreme Court) according to one of our phone interviews. If the courts follow the Federal Ministry's circular, another case could reach the BVerfG (Constitutional Court) and require a legislative reform. From a democratic point of view, it would be feasible if the legislator initiated such a reform without being obliged by the courts.<sup>90</sup>

Two words to the reform: a legislative proposal by the Ministry of Justice and Consumer Protection is pending but not progressing.<sup>91</sup> It proposes to introduce a rule in the BGB that

---

<sup>86</sup> Gössl 2019, p. 302.

<sup>87</sup> Diamond and Richter-Appelt 2008, p. 369–376. ; Haupt 2019.

<sup>88</sup> Phone interview Julia Monro, DGTI (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V.) 25 September 2019.

<sup>89</sup> Phone interview Julia Monro, DGTI (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V.) 25 September 2019.

<sup>90</sup> See also e.g. 'Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsurteil zum 'dritten Geschlecht'', dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF)", Berlin, February/June 2019, p. 2, available at [www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](http://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf).

<sup>91</sup> Referentenentwurf vom 15.5.2019,

allows individuals to change their gender according to their very own gender identity. The provisions are not limited to a binary system.<sup>92</sup> This approach is, inter alia supported by the Green Party.<sup>93</sup> Whether this reform will become law or whether the BVerfG will have to decide again on the constitutionality of the current legal situation has to be seen.

## **2. Scope of § 45b PStG: Limited to Changes to ‘Divers’ or Blank Field, or also to Male and Female?**

Similar to the requirements of § 45b PStG, the consequences of the provision are also unclear and create another legal uncertainty. § 45b PStG states that such an individual can change their gender into one mentioned in § 22 para. 3 PStG. The latter provision provides that a child being not clearly ‘male’ or ‘female’ can also have the status ‘divers’ or the gender entry can be left blank. Thus, in § 22 para. 3 PStG all four gender options are mentioned and the referral of § 45b PStG can be read as allowing changes to all four options. Some civil status registrars also seem to have read the provision in that way as changes to ‘male’ and ‘female’ have been reported.<sup>94</sup> Also, as § 22 para. 3 PStG only adds options but does not oblige an individual to be registered as ‘divers’ or blank field, an interpretation that allows a change into all four options does not only seem covered by the wording of the provision but also feasible. Nevertheless, as the case is not clear, the provision creates further uncertainties for all parties involved.

## **3. Gender Equality Rules in Labour Law**

Regarding measures of gender equality, a lot of uncertainty prevails. E.g. also equal opportunities officers are often bound by the mission to promote gender equality for women. Now, they are unsure whether their mission should be extended to non-binary persons.<sup>95</sup> Rules that only distinguish between ‘male’ and ‘female’ should be adapted accordingly.

This uncertainty influences many questions of labour law. To begin with, job advertisements will have to be properly adapted to the new legal situation. According to § 11 AGG (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* = General Act on Equal Treatment), jobs may not be advertised in violation of § 7 AGG, i.e. applicants may not be disadvantaged based on their sex or gender. This presupposes that job advertisements are formulated in a gender-neutral manner and also include applicants who are registered as ‘divers’.<sup>96</sup> Notably, many German employers have already reacted to the new legal situation and included a third option (most often ‘divers’ or ‘d’, resulting in ‘m/w/d’ for *männlich* (male), *weiblich* (female), *divers* (diverse)) in their job postings. A labour market analysis of 620,000 job offers discovered that the category

---

[www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_TSG\\_Reform.pdf](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_TSG_Reform.pdf).

<sup>92</sup> §§ 19 et seq. BGB-draft; see e.g. Gössl 2019, p. 302.

<sup>93</sup> dnn.de 2019.

<sup>94</sup> See statistics at Matt 2019. ; Tagesspiel.de 2019.

<sup>95</sup> Phone interview with two lawyers from ‘Aktion Standesamt’ (also advising equal opportunity officers), 4 October 2019.

<sup>96</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. ed., 2017, § 11 AGG, para. 2. ; Horcher, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck (eds.), 51. ed., 2019, § 11 AGG, para. 11.

'divers' has been used in 55 percent of job postings so far.<sup>97</sup> Interestingly, the numbers varied depending on the federal state ('Bundesland') in question and the professional sector.<sup>98</sup> Nevertheless, the 'fourth' option (blank gender entry) is usually not reflected in job postings. So far, there has not been a legal case deciding whether this also constitutes discrimination based on sex or gender. However, one can well imagine that individuals without a gender entry might feel excluded from job descriptions limited to the description 'm/w/d'.<sup>99</sup>

Furthermore, separate washrooms, toilets and changing rooms designated for either women or men must be reconsidered and adapted to a non-binary system.<sup>100</sup> So far, according to Section 4.1. Para. 1 Annex ArbStättV (*Verordnung über Arbeitsstätten* = Workplaces Ordinance), the employer must ensure that there are separate toilet facilities for men and women or that they can be used separately. Save for the exceptions in Art. 1 ArbStättV, the provisions of the ArbStättV apply to workplaces in private sector enterprises as well as to the workplaces in the public service.<sup>101</sup> Furthermore, according to Section 4.1. Para. 2, 3 Annex ArbStättV, there shall either be separate washrooms and changing rooms for men and women or they shall be available for separate use. After the introduction of a third gender option, the question arises whether changes to the ArbStättV are necessary. In this respect, the employers' association (*Arbeitgeberverband*) has argued that the limits set by construction laws as well as undue financial burdens on employers should also be taken into consideration when implementing changes.<sup>102</sup> Thus, uncertainty remains, to what extent German law sets out an obligation to adapt to the new gender options.

The introduction of a third gender option might also affect the BetrVG (*Betriebsverfassungsgesetz* = Works Constitution Act) and especially § 15 Para. 2 BetrVG (equal

---

<sup>97</sup> *Deutsche-handwerks-zeitung.de* 2019.

<sup>98</sup> *Tagesspiel.de* 2019.

<sup>99</sup> E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019.

<sup>100</sup> Agentur für Querschnittsziele im EFS, Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil zum 'dritten Geschlecht', dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF) Berlin, Februar 2019 (ergänzt im Juni 2019), [www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](http://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf), p. 3. ; Isabell Flöter, 'divers' – Einführung eines dritten Geschlechts und Auswirkungen für die Praxis, *arbeitsrecht-weltweit.de* 15 January 2019, [www.arbeitsrecht-weltweit.de/2019/01/15/divers-einfuehrung-eines-dritten-geschlechts-und-auswirkungen-fuer-die-praxis/](http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2019/01/15/divers-einfuehrung-eines-dritten-geschlechts-und-auswirkungen-fuer-die-praxis/); *Arbeitsrecht: Ab 1.1.2019 wird das dritte Geschlecht im Personenstandregister geführt, bernd-rechtsanwaelte.de/arbeitsrecht-ab-1-1-2019-wird-das-dritte-geschlecht-im-personenstandregister-gefuehrt*>; Weller 2017.; Heine 2018. 'Prout at Work, HOW TO Nr. 7: Die Dritte Option und ihre Umsetzung in Unternehmen', [www.proutatwork.de/nr-2-die-dritte-option-und-ihre-umsetzung-in-unternehmen/](http://www.proutatwork.de/nr-2-die-dritte-option-und-ihre-umsetzung-in-unternehmen/).

<sup>101</sup>, Lorenz, in Kollmer/Klindt/Schucht, *Arbeitsschutzgesetz*, 3. Ed. 2016, Art. 1 ArbStättV, para. 3.

<sup>102</sup> Arbeitgeberverband Region Braunschweig e.V., *Das dritte Geschlecht – das ist zu beachten*, [www.agv-bs.de/das-dritte-geschlecht-das-ist-zu-beachten/](http://www.agv-bs.de/das-dritte-geschlecht-das-ist-zu-beachten/).

representation of the minority sex).<sup>103</sup> According to § 15 Para. 2 BetrVG, the gender that accounts for a minority of staff shall at least be represented according to its relative numerical strength whenever the work council consists of three or more members. While this raises the question whether employees not belonging to the categories of ‘male’ and ‘female’ must also be equally represented, the German Federal Government recently stated that it was not planning to amend the BetrVG.<sup>104</sup> Furthermore, it stated that it was not pursuing plans to introduce a quota system for non-binary persons either.<sup>105</sup> Whether this is constitutional and whether the acts have to be interpreted in another way remains to be seen.

The introduction of a third gender option might also have an impact on jobs which are typically carried out by persons of a specific gender. For example, members of airport security staff usually only examine persons of the same sex. Furthermore, according to the police laws of all German states, persons may only be searched by persons of the same sex or by doctors, except in cases where the immediate search is necessary for the protection of life or limb.<sup>106</sup> Interestingly, while the respective provisions usually speak of persons of the same sex (‘Personen gleichen Geschlechts’), the police law of Bremen explicitly states that women may only be searched by women and men only by men, thereby leaving no room for a non-binary interpretation.<sup>107</sup> Similarly to marriage law, probably one might close that legal gap by creating an analogy of those rules. But uncertainty remains.

Finally, other rules relating to a person’s gender, e.g. rules governing questions of compulsory military service or separate prison systems for men and women might have to be amended in the future.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> Gössl 2019, p. 303. ; Flöter 2019.; [Scheller 2018.](#); Weller 2017. ; Prout at Work, HOW TO Nr. 7: Die Dritte Option und ihre Umsetzung in Unternehmen, [www.proutatwork.de/nr-2-die-dritte-option-und-ihre-umsetzung-in-unternehmen/](http://www.proutatwork.de/nr-2-die-dritte-option-und-ihre-umsetzung-in-unternehmen/).

<sup>104</sup> Drucksache 19/8716, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Höchst, Martin Reichardt, Frank Pasemann, Thomas Ehrhorn und der Fraktion der AfD (Drucksache 19/8199), p. 2.

<sup>105</sup> Drucksache 19/10970 19. Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Joana Cotar und der Fraktion der AfD (Drucksache 19/10539), 18.06.2019, p. 2; [Scheller 2018.](#); In supervisory boards.

<sup>106</sup> See for example § 43 para. 3 BPolG; § 34 para. 4 PolG Berlin; § 39 para. 3 PolG NRW. ; § 29 para. 3 PolG BW. ; § 21 para. 3 PAG Bavaria. ; § 15 para. 3 SOG Hamburg. ; § 23 para. 3 PolG Saxony.

<sup>107</sup> See § 19 para. 4 BremPolG: ‘Frauen dürfen nur von Frauen, Männer nur von Männern durchsucht werden. Das gilt nicht, wenn die Durchsuchung von einem Arzt oder einer Ärztin vorgenommen wird, oder die sofortige Durchsuchung zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist.’

<sup>108</sup> *Einführung eines positiven dritten Geschlechtseintrags im Personenstandsrecht: Erforderliche Gesetzesänderungen*, Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages [www.bundestag.de/resource/blob/536720/619146a58dcee47cde8b59942f1d854c/wd-7-148-17-pdf-data.pdf](http://www.bundestag.de/resource/blob/536720/619146a58dcee47cde8b59942f1d854c/wd-7-148-17-pdf-data.pdf), p. 10.

#### 4. Communication with Non-Binary Persons

Moreover, companies will have to choose ways of internal communication that do not discriminate against their employees (cf. § 7 AGG).<sup>109</sup> Already in 1996, the BVerfG decided that it was unconstitutional to address a person according to the former gender if the person had legally changed their gender.<sup>110</sup> While the decision addressed public, not private actors it should be pointed out that the right to be properly addressed can be derived from the right of gender identity (Art. 2 para. 1 in conjunction with Art. 1 para 1 GG). Some scholars consider the use of the generic male form as discrimination (as excluding females) with the consequence that it should also be respected in contractual obligations in private relationships.<sup>111</sup> For this reason, private actors (in particular employers) can be obliged as well to use non-discriminatory ways of communication. But a clear decision is still missing. Anyhow, and irrespective of legal obligations, an appropriate way of communication should also be matter of courtesy.<sup>112</sup>

In general, communication (also with public officials) seems to be a big issue based on insecurity. In general, many people, both in the public or private sphere, are unsure how to appropriately address persons not belonging to the binary gender categories.<sup>113</sup> Also, it seems to be technically difficult to change e.g. 'Mr./Ms.' in an automatically generated address field. Experiences of involved individuals show that depending on the person on the other side, responses can vary significantly. For example, a tax authority experienced technical difficulties and wrote a personal letter explaining these problems and afterwards manually erased the automatically generated 'Ms.'. Others, e.g. insurance companies or banks, did not react to the notification that a customer's gender had been changed, or even wrote a letter explaining that they would not change their practice.<sup>114</sup>

The German Federal Ministry of Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth (*Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* – BMFSFJ) proposed to use a gender gap ( ) or gender Asterix (\*) to make gender diversity more visible in written

---

<sup>109</sup> 'Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil zum 'dritten Geschlecht', dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF)', Berlin, February/June 2019,

[www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publicationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](http://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publicationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf) p. 3; Isabell Flöter, 'divers' – Einführung eines dritten Geschlechts und Auswirkungen für die Praxis, *arbeitsrecht-weltweit.de* 15 January 2019, [www.arbeitsrecht-weltweit.de/2019/01/15/divers-einfuehrung-eines-dritten-geschlechts-und-auswirkungen-fuer-die-praxis/](http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2019/01/15/divers-einfuehrung-eines-dritten-geschlechts-und-auswirkungen-fuer-die-praxis/).

<sup>110</sup>BVerfG 15 August 1996, 1833/95, NJW 1997.

<sup>111</sup> Baer/Markard, in von Mangoldt/Klein/Starck (eds.), Art. 3 GG, para. 442. ; similar also Kischel, in BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber (eds.), 41. Edition, 15.05.2019, Art. 3, Rn. 93.

<sup>112</sup> Similar conclusions: two lawyers from 'Aktion Standesamt', phone interview 4 October 2019.

<sup>113</sup> Flöter 2019.; Scheller 2018.; Heine 2018.

<sup>114</sup> Phone interview 20 September 2019 with involved Person with xy-variation, now 'divers' as civil status.



correspondence.<sup>115</sup> Moreover, some suggest to follow the example of certain Canadian provinces and to abandon the use of 'Mrs/Mr' when addressing people in emails or letters. Another option could be to use the terminology chosen by the individual person save for cases where a protected title (such as 'Dr.')

would be used without permission.<sup>116</sup> Interest groups propose that individuals should be able to choose how they would like to be addressed or to avoid gender related terms altogether, e.g. using 'Good Morning [First Name] [Last Name]'.

The German government stated that it does not plan a change regarding the language used in public entities to address citizens.<sup>117</sup>

## 5. Data Protection and Non-Disclosure Obligation

Another legal gap is present in the area of data protection after a change to 'divers' or 'blank field' regarding private or public documents. In its § 5, the Transsexual Act (*Transsexuellengesetz* –TSG) provides for the obligation to protect the individual's privacy about the former gender in the civil status registry: only under exceptional circumstances can a research of the former name be allowed. In 2019, the German Supreme Court (BGH) also explicitly applied this provision to another public register, the land register (*Grundbuch*) and concluded that after the change a new page had to be added to the register while the old page (containing the former information) had to be closed.<sup>118</sup> The latter means that the page will still be existent, but not easily accessible.

Similar provisions are missing for a change under § 45b PStG, for public registers as well as for personal files in public or private employment relations. It would be very feasible to have an explicit provision prescribing a general non-disclosure obligation. This could be brought into effect by the obligation to e.g. create a new personnel file or new page in a public register and make the old file/page only accessible under limited circumstances.

## 6. Proof of Change of Gender

Another unregulated topic is the question how to proof that a change of gender has happened. So far, the TSG requires a court decision about the gender reassignment, while the change according to § 45b PStG takes effect by means of mere declaration and new registration in the civil status register. Until today, individuals depend on the cooperativeness of civil status registrars to provide any kind of document that they can use to subsequently effect the change

---

<sup>115</sup> 'Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil zum 'dritten Geschlecht', dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF)', Berlin, February/June 2019, [https://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](https://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf), p. 3.

<sup>116</sup> Volker Lehnert, SAP-employee responsible for adapting SAP-software to a third gender category.

<sup>117</sup> Antwort der Bundesregierung, Kleine Anfrage Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/9002 –, Auswirkungen und Umsetzung des Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben ('Dritte Option'), 7 May 2019, BT-Drs. 19/9886, p. 5.

<sup>118</sup> BGH 7 March 2019, ZB 53/18, NJW.

in other areas. A comprehensive rule how to proof the change to other authorities could facilitate that process.

## 7. Composition of Social Security Numbers

The introduction of two non-binary gender categories can also have an impact on social security numbers (*Sozialversicherungs- or Rentenversicherungsnummer*) as a person's gender can be deduced from these numbers. Until now, the numbers 00 to 49 have been assigned to male insured persons, while the numbers 50 to 99 were assigned to female insured persons (§ 2 para. 5 s. 3 VKVV – *Versicherungsnummern-, Kontoführungs- und Versicherungsverlaufsverordnung* in conjunction with § 147 para. 2 no. 4 SGB VI = *Sechstes Buch Sozialgesetzbuch* = Volume 6 of the Social Insurance Code).<sup>119</sup> This system has not yet been adapted to a third gender option and currently non-binary persons are given a 'female insurance number'.<sup>120</sup> However, reforms are on their way: from 1 January 2020 on, it will be possible to register a third gender in the social security system.<sup>121</sup> Notably, insurance companies have not yet changed their insurance cards but still only provide for the options 'male' or 'female'.<sup>122</sup> New cards will probably be available from 1.1.2020 onwards.

## 8. Lacking International Coordination

Finally, from the private sector there was a complain that the lack of international coordination is considered unsatisfactory. It is not yet clear how the different national or individual concepts can be reconciled with those of other nations.<sup>123</sup> Furthermore, the legal consequences of a third gender option remain unclear where a non-binary person changes their habitual residence. While these issues have been addressed in academia and a current legislative proposal also includes cross-border questions, this shows again that the communication between legislator and other actors was or is almost absent and should be improved.<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup> Althoff et al., 2017, p. 42. ; Bundesagentur für Arbeit, Männlich, Weiblich, Divers, Das Dritte Geschlecht in der Arbeitswelt, [faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/](http://faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/) < accessed 26 September 2019 >.

<sup>120</sup> Phone interview with two lawyers from 'Aktion Standesamt', 4 October 2019. ; see also already to the 'blank field' option: Althoff et al., *Geschlechtervielfalt im Recht: Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt* Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität - Band 8 (2017). p. 42, available at [www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/gutachten--geschlechtervielfalt-im-recht--status-quo-und-entwicklung-von-regelungsmodellen-zur-erkennung-und-zum-schutz-von-geschlechtervielfalt/114072](http://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/gutachten--geschlechtervielfalt-im-recht--status-quo-und-entwicklung-von-regelungsmodellen-zur-erkennung-und-zum-schutz-von-geschlechtervielfalt/114072). ; Bundesagentur für Arbeit, Männlich, Weiblich, Divers, Das Dritte Geschlecht in der Arbeitswelt, [faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/](http://faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/).

<sup>121</sup> Haufe Online Redaktion, *Angabe des Dritten Geschlechts: Umsetzung in den Meldeverfahren*, 18 April 2019, [www.haufe.de/personal/entgelt/angabe-des-dritten-geschlechts-in-den-meldeverfahren\\_78\\_486828.html](http://www.haufe.de/personal/entgelt/angabe-des-dritten-geschlechts-in-den-meldeverfahren_78_486828.html).

<sup>122</sup> Interview with Lucie G. Veith, *Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband*, 25 September 2019.

<sup>123</sup> SAP-employee responsible for adapting SAP-software to a third sex category.

<sup>124</sup> Referentenentwurf vom 15.5.2019, available at

## D. Further Practical Problems

### I. Missing Awareness

The main and recurring problem which was repeatedly mentioned by all individuals we interviewed was the missing social and professional awareness. Unanimously they reported (sometimes humiliating) encounters with physicians, schools, banks or public entities that had not been informed about the two non-binary options and also showed a lack of interest to adapt to the new legal situation.<sup>125</sup> Projects that create more awareness are rare.<sup>126</sup>

Some institutions, e.g. the European Social Fund (ESF) Germany provide rare exceptions and explicitly take into account the experiences of discrimination of inter\* and trans\* persons, while still acknowledging the necessity to also concentrate on inequality between men and women.<sup>127</sup> Furthermore, some individuals reported also – to the contrary – a lot of support, e.g. one told us that her letter for the tax return contained the automatically generated ‘Mr.’ in the address field, but the competent staff member had manually corrected the field and erased the word. Also, a lot of support by some civil status registrars was reported, some even writing letters to explain the change of gender to other public agencies.<sup>128</sup>

### II. Software Updates

#### 1. Civil Status Software

There were a lot of practical problems reported regarding the software of civil status registries.<sup>129</sup> Allegedly, a general software update will happen by 1 November 2019 and afterwards the problem will be solved.<sup>130</sup>

#### 2. Software of Data Collection Programmes and Standardised Forms

Similarly, other computer software, data collection programmes and standardised forms have not yet been sufficiently adapted to a third gender option. In particular, the federal statistical

---

[www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_TSG\\_Reform.pdf](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_TSG_Reform.pdf). (disclaimer: the author Gössl was external advisor on private international law questions of the Institute that developed the initial draft of the rule), see also Gössl, "Art. 10a EGBGB-Vorschlag: Kollisionsrechtliche Ergänzung des Vorschlags zum Geschlechtervielfaltsgesetz (GVielFG)", (2017) IPRax, 339–343. ; E.g. Gössl 2013, p. 301–305; Gössl and Völmann 2019, (forthcoming), p. 304.; see also Gössl 2016, p. 261–280.

<sup>125</sup> E-mail of a mother of a child registered without a gender marker; interview with several people qualifying or registered as ‘divers’.

<sup>126</sup> E.g. ‘Hochschule lehrt Vielfalt!’, addressing schools and universities, Universität Braunschweig, 17 January 2018, [gender.rz.tu-bs.de/hochschule-lehrt-vielfalt/](http://gender.rz.tu-bs.de/hochschule-lehrt-vielfalt/) < accessed 10 October 2019 >.

<sup>127</sup> Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil zum ‚dritten Geschlecht‘, dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF) Berlin, Februar 2019 (ergänzt im Juni 2019), p. 4, available at [www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](http://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf).

<sup>128</sup> Phone interview, 20 September 2019; e-mail of a mother of a child registered without a gender marker.

<sup>129</sup> E.g. lawyers from ‘Aktion Standesamt’, phone interview 4 October 2019; phone interview with Julia Monro DGTI (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V.), 25 September 2019.

<sup>130</sup> Lawyers from ‘Aktion Standesamt’, phone interview 4 October 2019.

office (*Statistisches Bundesamt*, DESTATIS) and the statistical offices of the different German states should introduce changes to their programmes.<sup>131</sup> However, some statistics (related to the topics of population, elections, hospitals and professional training) have been successfully adapted to the legal situation.<sup>132</sup> Yet, in the majority of cases further improvement is needed. This applies especially to those statistics which are jointly produced by the federal statistical office and the statistical offices of the different states and which require a uniform approach.<sup>133</sup>

Notably, the official crime statistics (*Polizeiliche Kriminalstatistik*, PKS) only refer to male and female persons (victims and perpetrators). Moreover, there seem to exist no plans to change this situation. In accordance with the guidelines for PKS recording, both the gender-specific information 'unknown' and 'indefinite' are translated to 'male' in the statistics.<sup>134</sup> The government of North Rhine-Westphalia stated that changes to this practice were unnecessary as the small number of non-binary persons was unlikely to influence the PKS.<sup>135</sup> This was criticised by the joint conference of the equal opportunities commissioners (*Gleichstellungsbeauftragte*) of the universities in North Rhine-Westphalia (*Landeskonferenz der Gleichstellungsbeauftragten der Hochschulen und Universitätsklinika des Landes Nordrhein-Westfalen* = LaKof NRW). They argued that trans\* and inter\* persons were particularly exposed to (sexual) violence and that their protection therefore required the proper inclusion in crime statistics.<sup>136</sup>

---

<sup>131</sup> 'Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil zum 'dritten Geschlecht', dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF)', Berlin, February/June 2019,

[www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](http://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf), p. 3.; see also Drucksache 17/4982, Kleine Anfrage Josefine Paul BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Landtag Nordrhein-Westfalen, 31 January 2019.

<sup>132</sup> Drucksache 17/5313, Landtag Nordrhein-Westfalen, 05.03.2019, Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Josefine Paul BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 17/4982, p. 2.

<sup>133</sup> Drucksache 17/5313, Landtag Nordrhein-Westfalen, 05.03.2019, Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Josefine Paul BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 17/4982, p. 2.

<sup>134</sup> Drucksache 17/5313, Landtag Nordrhein-Westfalen, 05.03.2019, Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Josefine Paul BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 17/4982, p. 2.

<sup>135</sup> Drucksache 17/5313, Landtag Nordrhein-Westfalen, 05.03.2019, Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Josefine Paul BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Drucksache 17/4982, p. 2.

<sup>136</sup> Landeskonferenz der Gleichstellungsbeauftragten der Hochschulen und Universitätsklinika des Landes NRW, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Neuordnung des Statistikrechts für das Land NRW, April 2019, [www.lakofnrw.de/stellungnahmen/Stellungnahme%20der%20LaKof%20NRW%20zum%20Gesetzesentwurf%20zur%20Neuordnung%20des%20Statistikrechts%20für%20das%20Land%20NRW\\_April%202019.pdf](http://www.lakofnrw.de/stellungnahmen/Stellungnahme%20der%20LaKof%20NRW%20zum%20Gesetzesentwurf%20zur%20Neuordnung%20des%20Statistikrechts%20für%20das%20Land%20NRW_April%202019.pdf).

Similar problems occur in all other fields, be it public or private actors, e.g. regarding personnel data sheets.<sup>137</sup> Also very often, automatic forms or masks (esp. online sales) require a decision between 'male' and 'female' to use them and automatically ask for the gender, often without reflecting the two non-binary gender options.<sup>138</sup> Legally, it is unclear whether such a data collection is actually necessary – e.g. some businesses in retail might use this data for statistical reasons only.<sup>139</sup> Other services, e.g. public kindergarten or pre-kinder day-cares, senior residences, senior nursing homes might gather the data to have more or less gender balanced members.<sup>140</sup> Nevertheless, in these cases, there should be the option to register as 'divers' or 'no entry'. Yet it is often lacking.<sup>141</sup>

Subsequently, in letters or e-mails, those forms usually automatically generate 'Mr. / Mrs.' in the address fields, thereby excluding non-binary customers. And adaptation of the forms (and the automated consequences) is recommended by some online platforms addressing retailers.<sup>142</sup>

### 3. Issuance of Passports with 'X'

There are not yet clear directives to issue a passport with 'X' (instead of 'M' or 'F', as required by the International Civil Aviation Organisation (ICAO)), even though a draft is in discussion and passports have been issued.<sup>143</sup>

The issuance of passports also has shown another problematic software issue: According to the International Civil Aviation Organisation (ICAO),<sup>144</sup> a passport can be changed to 'X' if the individual is neither 'male' nor 'female'. At least in Germany, the relevant computer software is not able to distinguish between 'divers' and 'blank field' but instead shows 'intersex' as the person's underlying gender. This is surprising for two reasons: first, the denomination of the new gender was discussed in the legislative process and 'intersex' was not the result. Second, the BVerfG explicitly stated in her landmark decision that the law must provide not only a

---

<sup>137</sup> Weller 2017.

<sup>138</sup> Scheller 2018: note also that the processing system of the Berlin police department has already been modified in this respect.; Dinger 2019.

<sup>139</sup> E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019.

<sup>140</sup> E-mail of a mother of a child registered without a gender marker. ; Interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. Bundesverband, 25 September 2019; E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019.

<sup>141</sup> May 2019. ; Bundesagentur für Arbeit, Männlich, Weiblich, Divers, Das Dritte Geschlecht in der Arbeitswelt, [faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/](https://faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/).

<sup>142</sup> May 2019. ; Bundesagentur für Arbeit, Männlich, Weiblich, Divers, Das Dritte Geschlecht in der Arbeitswelt, [faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/](https://faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/).

<sup>143</sup> Phone interview with lawyers from 'Aktion Standesamt', 4 October 2019. ; Uniting Aviation, see Document 9303 ICAO Standards, available at

[www.icao.int/publications/pages/publication.aspx?docnum=9303](http://www.icao.int/publications/pages/publication.aspx?docnum=9303); E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019.

<sup>144</sup> Uniting Aviation, see Document 9303 ICAO Standards, available at [www.icao.int/publications/pages/publication.aspx?docnum=9303](http://www.icao.int/publications/pages/publication.aspx?docnum=9303).

third positive option but also the option to leave the field blank.<sup>145</sup> Hopefully, this is only a software problem which can be resolved soon.

#### **4. Reasons for Implementation Problems**

One reason for these software problems might be the short time frame in which public and private actors had to implement the new rules, as the law was enacted few days before it came into force. The lack of an implementation period has been considered unsatisfactory.<sup>146</sup> Even though one might have derived from the BVerfG decision and the following political discussions that a 'third gender' would be the outcome, the details of that reform were hard to predict.<sup>147</sup> Most reports we received are based on the experiences of the first half year when the provision was still new and there were many technical problems to implement its consequences.<sup>148</sup> It seems as if the problem is (mainly) the missing awareness, but also sometimes a missing willingness to change working processes (see above I).<sup>149</sup>

Now, towards the end of the first year, the whole process already appears to be smoother. Nevertheless, it might generally be helpful to set at least public authorities a limited time frame to adapt their software and procedures to the introduction of a third gender category (and four gender options).<sup>150</sup>

### **III. Non-binary Individuals and Sports**

The binary classification in sports is considered to be largely justified on the basis of physical capacity.<sup>151</sup> However, the German Olympic Sports Confederation (DOSB) founded a working group in 2016 on intersexuality and trans-identity but currently does not provide recommendations for German sports federations on how to deal with the new gender category. Such recommendations should follow exchanges with external stakeholders and organisations.<sup>152</sup>

For the future three possibilities are seen:

- A non-binary person registered could compete in the women's class - if proof can be provided that the performance corresponds more with that of women
- A person registered as divers could compete in the men's class – this might not result in a discrimination for the competing athletes, but possibly for the non-binary person

---

<sup>145</sup> Para. 65 of the decision; see also Gössl, 2017, NJW, 3648.

<sup>146</sup> E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019; SAP-employee responsible for adapting SAP-software to a third sex category.

<sup>147</sup> See e.g. the prediction of Gössl 2017, NJW, 3648.

<sup>148</sup> Interview with Julia Monro DGTI (Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V.), 25 September 2019.

<sup>149</sup> E-mail of a mother of a child registered without a gender marker (city has not changed the online form for 11 months, yet. ; interview with Lucie G. Veith, Intersexuelle Menschen e.V. | Bundesverband, 25 September 2019; interview with person registered as 'divers'.

<sup>150</sup> E-Mail from a lawyer representing several individuals, 28 September 2019

<sup>151</sup> 'German Olympic Sports Confederation, Transidentität und Intersexualität'.

<sup>152</sup> 'German Olympic Sports Confederation, Transidentität und Intersexualität'.

- a class for non-binary individuals could be developed

With regard to the treatment of children and adolescents, the DOSB points out that categorizing a person on the basis of their testosterone levels into the binary system according to the guidelines of the International Olympic Committee (IOC) is not helpful, since hormone levels in adolescents are subject to strong fluctuations.<sup>153</sup> Here, individual case regulations are regarded as preferable e.g. a temporary classification by the child's physician.<sup>154</sup>

Together with the Queer Football Fanclubs (QFF), experts and professional fan workers, the German Football Association (DFB) and the German Football League (DFL) have identified the areas where gender plays a role in the infrastructure of a football stadium in order to do justice to all stadium visitors regardless of their gender.<sup>155</sup> During an international match against Serbia in 2019 the following measures were introduced for the first time:<sup>156</sup>

- Entrance controls: Visitors were able to choose which security assistant they preferred to be checked by before entering the stadium.
- Toilets: Men's, women's and unisex toilets were installed and could be used by everyone.

After the game there were many homophobic and transphobic reactions towards the undertaken measures, which, according to the DFB Vice-President, only confirm the importance of those measures.<sup>157</sup>

The non-binary options have not yet been considered in the German Sport Badge either, which the DOSB tries to justify with the binary system in sports.<sup>158</sup> Standards and values for women and men have been developed based on research in sports science, which also apply to the German Sport Badge.<sup>159</sup>

Persons who have had either no gender details or the 'divers' entry entered in the birth register are therefore required to opt for the female or male category if they wish to take the German Sport Badge.<sup>160</sup>

Thus when it comes to participation in club sports, especially the desired participation in competitions or badges, the situation in Germany is still difficult for people of a non-binary gender. This is mainly because in the field of sports, binary gender separation is still preferred based on biological capabilities. High-level institutions such as the DOSB have not yet provided any guidelines, although this seems necessary. It remains to be hoped that soon people of non-binary sex will also be able to participate equally in all sporting activities.

---

<sup>153</sup> 'German Olympic Sports Confederation, Transidentität und Intersexualität'.

<sup>154</sup> 'German Olympic Sports Confederation, Transidentität und Intersexualität'.

<sup>155</sup> 'German Football Association, Geschlechtliche Vielfalt im Fußballstadion'.

<sup>156</sup> 'German Football Association, Geschlechtliche Vielfalt im Fußballstadion'.

<sup>157</sup> 'German Football Association, Geschlechtliche Vielfalt im Fußballstadion'.

<sup>158</sup> 'German Olympic Sports Confederation, Sportabzeichen erwerben'.

<sup>159</sup> 'German Olympic Sports Confederation, Sportabzeichen erwerben'.

<sup>160</sup> 'German Olympic Sports Confederation, Sportabzeichen erwerben'.

## E. Conclusions

As mentioned at the beginning, uncertainties regarding the application of the new regulation and the persistence of legal gaps lead to major problems in practice. In the long run, it is desirable to close legal gaps and to provide security of application through guidelines or judgements, so that people of non-binary gender do not, as has been the case until now, have to rely on the goodwill and cooperation of public and private actors in order to be able to exercise their rights.

The most important gaps and uncertainties include:

1. An urgent need of regulation remains regarding gender-‘adjusting’ surgeries on infants.
2. Regulatory gaps exist in family law, in particular marriage and filiation that are both still based on a binary gender system. These gaps create high uncertainty for non-binary people who wish to marry or stay married or become / stay parents.
3. Unregulated remains the cost recovery of gender-related medical measures by the health insurance funds for non-binary people.
4. Uncertainties regarding the new law exist first of all in the interpretation of the ‘variants of sex development’ as seen to be necessary for a change of gender registration according to § 45b PStG. Especially remains unclear whether notions of gender identity should be included in the concept and, if not, whether the provision complies with constitutional requirements.
5. The consequence of § 45b PStG is controversial; in some cases, only changes to the civil registry into ‘divers’ or blank field is seen to be covered, others interpret § 45b PStG more broadly and endorse changes to male or female as well.
6. Uncertainties remain both for public and private actors such as employers or sports associations what their obligations and the costs will be as a result of the change in legislation, e.g. regarding gender-based non-discrimination rules, to which extend gender can or should be collected as a data, or how non-binary people should be addressed in official communications. Clear guidelines and a time limit to implement the necessary changes could help to create awareness and willingness to adapt software and other systems.
7. Technical problems occur at the implementation process of the new regulations, e.g. regarding the conversion of software for recording the non-binary option (e.g. in civil status registers, passports, social security numbers etc.) or standardized forms and statistics.



## REFERENCES

### Literature

#### **Althoff 2017**

Althoff et al., *Geschlechtervielfalt im Recht: Status quo und Entwicklung von Regelungs-modellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt* [Begleitmaterial zum Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 8 (2017).

#### **Baer & Markard 2017**

Baer & Markard, 'Art. 3 GC', in: von Mangoldt, Klein & Starck (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz: GG* (2017)

#### **Brinkmann, Schweizer & Richter-Appelt 2007**

Brinkmann, Schweizer, Richter-Appelt 'Behandlungserfahrungen von Menschen mit Intersexualität. Ergebnisse der Hamburger Intersex. Studie', *Gynäkologische Endokrinologie Zeitschrift* (2007).

#### **Bruns 2019**

Bruns, 'Das "Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben"', *StAZ*, 97–101 (2019).

#### **Diamond & Richter-Appelt 2008**

Diamond & Richter-Appelt, 'Das wichtigste Sexualorgan sitzt zwischen den Ohren', 21 *Z Sex-Forsch*, 369–376 (2008).

#### **Gössl 2019**

Gössl, 'Das dritte Geschlecht – Personenstandsrechtliche Erfassung intersexueller Personen aus rechtsvergleichender Perspektive', *Forum Familienrecht*, 298–305, (2019)

#### **Gössl 2018**

Gössl, 'Abstammung und Geschlecht', *ZRP*, 174–177 (2018).

#### **Gössl 2017**

Gössl, 'Art. 10a EGBGB-Vorschlag: Kollisionsrechtliche Ergänzung des Vorschlags zum Geschlechtervielfaltsgesetz (GViefG)', *IPRax*, 339–343 (2017).

#### **Gössl 2017**

Gössl, 'Anmerkung zu BVerfG, 10.10.2017 - 1 BvR 2019/16', *NJW*, 3648 (2017).

#### **Gössl 2016**

Gössl, 'From question of fact to question of law to question of private international law: The question whether a person is male, female, or ... ?', 12 *J. Priv. Int. L.*, 261-280 (2016).

#### **Gössl 2013**

Gössl, 'Intersexuelle Menschen im internationalen Privatrecht', *StAZ* (2013).

#### **Gössl & Volzmann 2019**

Gössl & Volzmann, 'Legal Gender Beyond the Binary', 8 *International Journal of Law, Policy and the Family* (2019), forthcoming.

**Hoenes et al. 2019**

Hoenes et al., 'Häufigkeit normmangleichender Operationen „uneindeutiger“ Genitalien im Kindesalter. Follow Up-Studie', *Bulletin-Texte* No. 44, Berlin (2019).

**Horcher 2019**

Horcher, '§ 11 AGG', in: Bamberger, Roth, Hau & Poseck (eds.), *BeckOK BGB*, 51 ed. (2019).

**Kischel 2019**

Kischel, 'Art. 3, Rn. 93', in Epping & Hillgruber (eds.), *BeckOK Grundgesetz*, 41 ed. (2019).

**Korlings 2018**

Körlings, 'Das dritte Geschlecht und die diskriminierungsfreie Einstellung', *NZA*, 282–285 (2018).

**Kromer 2019**

Krömer, 'FA-Nr. 4155, Anwendungsbereich des §4Sb PStG neu: Wer fällt unter den Begriff "Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung"?', *StAZ*, 280–282 (2019).

**Lorenz 2016**

Lorenz, 'Art. 1 ArbStättV', in: Kollmer, Klindt & Schucht (eds), *Arbeitsschutzgesetz*, 3 ed. (2016).

**Schwab 2017**

Schwab, 'Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts: - Informationen und Fragen -', *FamRZ*, 1284–1289 (2017).

**Weidenkaff 2019**

Weidenkaff, '§ 11 AGG' in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76. ed., (2019).

**Online sources**

Agentur für Querschnittsziele im EFS, 'Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil zum "dritten Geschlecht", dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF)' Berlin, February 2019 (ergänzt im Juni 2019), [www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](http://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf).

Arbeitgeberverband Region Braunschweig e.V., 'Das dritte Geschlecht – das ist zu beachten', [www.agv-bs.de/das-dritte-geschlecht-das-ist-zu-beachten/](http://www.agv-bs.de/das-dritte-geschlecht-das-ist-zu-beachten/).

Bundesagentur für Arbeit, 'Männlich, Weiblich, Divers, Das Dritte Geschlecht in der Arbeitswelt', <https://faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/>.

Dinger, 'Das Dritte Geschlecht: Berliner Polizei führt drittes Geschlecht ein', 16 August 2019, [www.morgenpost.de/berlin/article226701315/Berliner-Polizei-fuehrt-drittes-Geschlecht-ein.html](http://www.morgenpost.de/berlin/article226701315/Berliner-Polizei-fuehrt-drittes-Geschlecht-ein.html).

'Dritte Geschlechtsoption: Nur wenige in Berlin wählen "divers" als Personenstand', 18 April 2019, [www.tagesspiegel.de/gesellschaft/queerspiegel/dritte-geschlechtsoption-nur-wenige-in-berlin-waehlen-divers-als-personenstand/24236252.html](http://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/queerspiegel/dritte-geschlechtsoption-nur-wenige-in-berlin-waehlen-divers-als-personenstand/24236252.html).

Flöter, '„divers“ – Einführung eines dritten Geschlechts und Auswirkungen für die Praxis', 15 January 2019, [www.arbeitsrecht-weltweit.de/2019/01/15/divers-einfuehrung-eines-dritten-geschlechts-und-auswirkungen-fuer-die-praxis/](http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2019/01/15/divers-einfuehrung-eines-dritten-geschlechts-und-auswirkungen-fuer-die-praxis/).

German Olympic Sports Confederation, Transidentität und Intersexualität', [gleichstellung.dosb.de/themen/wir-fuer-vielfalt/transidentitaet-und-intersexualitaet/#akkordeon-15869](http://gleichstellung.dosb.de/themen/wir-fuer-vielfalt/transidentitaet-und-intersexualitaet/#akkordeon-15869).

German Olympic Sports Confederation, Sportabzeichen erwerben', [www.deutsches-sportabzeichen.de/service/sportabzeichen-erwerben/](http://www.deutsches-sportabzeichen.de/service/sportabzeichen-erwerben/).

'Geschlecht "divers": Keine Anträge in SH', 6 April 2019, <https://www.kn-online.de/Nachrichten/>.

„Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit: S3-Leitlinie zur Diagnostik, Beratung und Behandlung“, AWMF-Register-Nr. 138|001, [www.awmf.org/uploads/tx\\_szleitlinien/138-0011\\_S3\\_Geschlechtsdysphorie-Diagnostik-Beratung-Behandlung\\_2019-02.pdf](http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/138-0011_S3_Geschlechtsdysphorie-Diagnostik-Beratung-Behandlung_2019-02.pdf).

Haufe Online Redaktion, „Angabe des Dritten Geschlechts: Umsetzung in den Meldeverfahren“, 18 April 2019, [www.haufe.de/personal/entgelt/angabe-des-dritten-geschlechts-in-den-meldeverfahren\\_78\\_486828.html](http://www.haufe.de/personal/entgelt/angabe-des-dritten-geschlechts-in-den-meldeverfahren_78_486828.html).

Haupt, 'Variante der Geschlechtsentwicklung', (17 April 2019), [http://trans-evidence.com/wp-content/uploads/bsk-files-manager/59\\_Varianten\\_der\\_Geschlechtsentwicklung\\_v2.0.pdf](http://trans-evidence.com/wp-content/uploads/bsk-files-manager/59_Varianten_der_Geschlechtsentwicklung_v2.0.pdf).

Heine, 'Intersexuell oder divers?', 17 December 2018, [www.lexoffice.de/blog/drittes-geschlecht/](http://www.lexoffice.de/blog/drittes-geschlecht/).

'Information für ESF-Akteur\*innen zum Bundesverfassungsgerichtsurteil zum 'dritten Geschlecht', dem umsetzenden Gesetz und möglichen Implikationen für den Europäischen Sozialfonds (ESF)', Berlin, February/June 2019, [www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier\\_drittes-geschlecht\\_140219.pdf](http://www.esf-querschnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Publikationen/infopapier_drittes-geschlecht_140219.pdf).

Lehnert, 'SAP-employee responsible for adapting SAP-software to a third gender category. Bundesagentur für Arbeit, Männlich, Weiblich, Divers, Das Dritte Geschlecht in der Arbeitswelt', [faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/](http://faktor-a.arbeitsagentur.de/arbeitswelt-gestalten/das-dritte-geschlecht-in-der-arbeitswelt/).

'Lesbian, gay, bisexual, trans and intersex travellers', <https://smartraveller.gov.au/guide/Pages/lgbti-travellers.aspx>.

Matt, 'Geschlechtsbescheinigungen für Transsexuelle widerrechtlich - Intersex-Anträge deutlich in der Minderheit', *blog.zwischengeschlecht.info* 27 April 2019, <http://blog.zwischengeschlecht.info/post/2019/04/12/Arzteblatt-3-Geschlechtsbescheinigungen-Transsexuelle-widerrechtlich>.

May, 'Muss das dritte Geschlecht in Bestellformularen berücksichtigt werden?', *onlinehaendler-news.de* 6 february 2019, [www.onlinehaendler-news.de/e-recht/rechtsfragen/32701-wir-...1](http://www.onlinehaendler-news.de/e-recht/rechtsfragen/32701-wir-...1).

'Nur sehr wenige Anträge: Geschlecht "divers" kaum genutzt', *queer.de* 7 April 2019, [www.queer.de/detail.php?article\\_id=33344](http://www.queer.de/detail.php?article_id=33344).

'Nur wenige wollen "divers" sein', *Tageschau.de* 9 May 2019, [www.tagesschau.de/investigativ/divers-105.html](http://www.tagesschau.de/investigativ/divers-105.html).

Patton, 'The Future of Gender Designation in U.S. Legal Documents', 13 November 2017, [www.jgspl.org/future-gender-designation-u-s-legal-documents/](http://www.jgspl.org/future-gender-designation-u-s-legal-documents/).

Prout at Work, 'HOW TO Nr. 7: Die Dritte Option und ihre Umsetzung in Unternehmen', [www.proutatwork.de/nr-2-die-dritte-option-und-ihre-umsetzung-in-unternehmen/](http://www.proutatwork.de/nr-2-die-dritte-option-und-ihre-umsetzung-in-unternehmen/).

Puppe, 'Sachsens Grüne kritisieren: Umsetzung des dritten Geschlechts kommt nicht voran', in *Dresdners Neueste Nachrichten*, 16 May 2019, [www.dnn.de/Region/Mitteldeutschland/Sachsens-Gruene-Umsetzung-von-des-dritten-Geschlechts-kommt-nicht-voran](http://www.dnn.de/Region/Mitteldeutschland/Sachsens-Gruene-Umsetzung-von-des-dritten-Geschlechts-kommt-nicht-voran).

Scheller, 'Auswirkungen des dritten Geschlechts „divers“ auf Arbeitgeber und Personalabteilungen in der Praxis', 3 December 2018, [persoblogger.de/2018/12/03/auswirkungen-des-dritten-geschlechts-divers-auf-arbeitgeber-und-personalabteilungen-in-der-praxis/](http://persoblogger.de/2018/12/03/auswirkungen-des-dritten-geschlechts-divers-auf-arbeitgeber-und-personalabteilungen-in-der-praxis/).

'Uniting Aviation', see Document 9303 ICAO Standards, [www.icao.int/publications/pages/publication.aspx?docnum=9303](http://www.icao.int/publications/pages/publication.aspx?docnum=9303).

'Weiblich, männlich, divers: Was ändert sich wirklich?', 18 February 2019, [www.deutsche-handwerks-zeitung.de/weiblich-maennlich-divers-was-aendert-sich-wirklich/150/3099/382518](http://www.deutsche-handwerks-zeitung.de/weiblich-maennlich-divers-was-aendert-sich-wirklich/150/3099/382518).

Weller, 'Das dritte Geschlecht: Was gilt für die Betriebsratswahlen 2018?', 5 December 2017, [efarbeitsrecht.net/das-dritte-geschlecht-betriebsratswahl/](http://efarbeitsrecht.net/das-dritte-geschlecht-betriebsratswahl/).

Young, 'Canadians travelling with gender-neutral passports could face problems abroad', 25 August 2017, <https://globalnews.ca/news/3696784/gender-neutral-passport-canada-travel-problems/>.