

Anmerkung zu Geir Stenseths *Secrets of Property in Law*

– keine Grundlegung, aber einige mögliche Perspektiven für künftige Untersuchungen

Comment on Geir Stenseth's *Secrets of Property in Law*

– no fundament but a few possible perspectives for future research

Ino Augsberg

translated by Duncan Kerr

I.

Mein Problem ist: Ich kann diese Schimpansen nicht leiden. Weniger die Tiere an sich, die sind mir egal, aber ihr Auftauchen als Joker-Argument in wissenschaftlichen Abhandlungen. „Wittgensteins Auffassung über Farbempfindungen? Ja, aber kennen Sie nicht die Experimente von XY, der anhand von drei Schimpansen-Männchen gezeigt hat...“ Jedenfalls ein bestimmter Umgang mit empirischen Datenerhebungen produziert naturwissenschaftliche Pseudo-Evidenzen, die die in stärker theoretischer Sicht möglicherweise relevanteren Probleme (oder gar: „Geheimnisse“) eher verdecken als „enthüllen“. Die scheinbare Grenzüberschreitung, die festgezurrte Überzeugungen in bezug auf das „genuin Menschliche“ mit Recht in Frage stellen könnte,¹ dient dann in letzter Konsequenz einem nur noch härteren Essentialismus, der sich nun auf vermeintlich naturwissenschaftlich abgesichertem Terrain behaglich einrichtet. Stenseths Text ist dafür m.E. exemplarisch: Die biologistische Fokussierung auf quasi-transzendente anthropologische Konstanten verstellt den Blick dafür, daß entscheidende Problemdimensionen sich eher in anderen, z.B. stärker soziologisch und sozialgeschichtlich ausgerichteten, dynamisierten Untersuchungsperspektiven zeigen könnten. Das zeigt sich bereits an der den Ausgang der Untersuchung bildenden, im Ansatz berechtigten Unterscheidung zwischen einer Betrachtungsweise, die sich auf den Eigentümer und seine Beziehung zum Eigentumsobjekt bezieht, und einer primär drittbezogenen Perspektive. Stenseths Analyse untergräbt insofern – was sie allerdings auch selbst konzediert – ihre eigene Prämisse, konträr zum gegenwärtigen *mainstream* die erste Perspektive zu privilegieren. Will man nicht die subjektive Einstellung zum Maßstab erheben (etwa die von

1 Zur Problematik derartiger Grenzziehungen vgl. *Theodor W. Adorno*, Beethoven. Philosophie der Musik. Fragmente und Texte, hrsg. v. R. Tiedemann, Frankfurt/M. 1993, 123f.; ferner *Jacques Derrida/Élizabeth Roudinesco*, Woraus wird Morgen gemacht sein? Ein Dialog, Stuttgart 2006, v.a. 109ff.

I.

My problem is this: I can't stand these chimpanzees. It's not so much the animals themselves, I don't care about them, but the way they crop up as a joker argument in scientific findings. „Wittgenstein's conception of colour sensitivity? Yes, but haven't you heard of XY's experiments where, by using three male chimpanzees, he showed that...“. At any rate, a particular way of dealing with empirical data collection produces scientific pseudo-convincingness, which, viewed more theoretically, tend to conceal rather than “disclose” the potentially more relevant problems (or indeed “secrets”). The apparent crossing of a boundary that could properly call into question unshakable convictions as to the “genuine human”,¹ ultimately only then serves an even more uncompromising essentialism, which is now making itself comfortable on supposedly secure scientific territory. In my view Stenseth's text is a prime example of this: the concentration in the manner of the one-sided application of biological viewpoints on quasi-transcendental anthropological constants disguises the ability to see that key parameters of problems may tend to manifest themselves in other, e.g., more strongly sociologically and social historically-oriented and energised perspectives for study. This is clear as early as the distinction – forming the starting point of the examination and justified in its approach – between a way of observing, which relates to the owner and the owner's relation to the object owned, and a primarily third party-related perspective. In this respect Stenseth's analysis undermines – which it does itself however concede – its own premises, contrary to the current mainstream of giving preferential treatment to the initial perspective. The third party approach demonstrates its indispensability if it is not desired to elevate the

1 On the problems of drawing up such borders see *Theodor W. Adorno*, Beethoven. Philosophie der Musik. Fragmente und Texte, published by R. Tiedemann, Frankfurt am Main 1993, 123 et seq.; in addition *Jacques Derrida/Élizabeth Roudinesco*, For What Tomorrow? A dialogue. Stanford 2004, esp. 62 et seq.

Jugendlichen, die es vollkommen normal finden, sich unentgeltlich Musikstücke und Kinofilme aus dem Internet herunterzuladen?) und differenziert man zudem klarer als im vorliegenden Text geschehen zwischen dem bloßen Besitz einer Sache und dem Eigentum an ihr, zeigt sich die Unentbehrlichkeit des drittbezogenen Ansatzes. Stenseths mit Bezug auf Honoré gegebene Formulierung, der Kern des Eigentums sei ein „right to possess“, macht das überdeutlich. Denn wie anders als letztlich doch durch intersubjektive Übereinstimmung, also die Anerkennung durch Dritte, soll dieses „Recht“ verstanden werden? Entsprechend werden dann doch wieder die Exklusionseffekte des Eigentums als Kernkriterium eingeführt. Weitgehend ausgespart bleibt dabei eine genauere Bestimmung jenes Übergangs vom bloß faktischen Besitz zum Recht zum Besitz. Liegt aber nicht gerade darin ein zentrales Problem des Eigentums? Aber was kann uns dazu eine psychologische Perspektive sagen, die ausdrücklich zwischen der rechtlichen und der psychologischen Sichtweise unterscheidet? Vermutlich beginnen an dieser Stelle erst die eigentlichen Schwierigkeiten der Eigentumskonzeption. Ein denkbare Analyseschema wäre hier die Frage, ob es für jenen Übergang von der reinen Faktizität zur normativen Relevanz zwingend einer ausdrücklichen gesetzlichen Ausformung bedarf oder aber dafür auch hinreichend verfestigte Sozialkonventionen ausreichen. Dementsprechend wäre die spezifische Relevanz der auch von Stenseth aufgeführten Hume’schen Untersuchungen zum Eigentum gerade darin zu verorten, daß Hume das Eigentum zwar nicht als primär rechtliches, aber eben doch als soziales – ergo drittbezogenes – Phänomen in den Blick nimmt, also die individualpsychologische Perspektive gerade nicht ausreichen läßt.² Auch mit Blick auf die Eigentumskonzeption geht es Hume primär um ein Problem der „Relationen als Mittel einer Tätigkeit, einer rechtlichen, ökonomischen und politischen Praxis.“³ Eine über die rein rechtliche hinausgehende, stärker faktisch orientierte Perspektive ist demnach nicht von vorneherein ausgeschlossen – Oliver Lepsius hat mit Blick auf das Konzept der „Sachherrschaft“ als Kern des grundrechtlich geschützten Eigentums eine entsprechende bemerkenswerte (leider nicht bemerkte) Konzeption in seiner Habilitationsschrift vorgelegt.⁴ Sie dürfte die juristische Blickweise jedoch nicht zunächst sauber ausklammern, um dann wieder *ex post* Anschlüsse zu behaupten, sondern müßte von vorneherein stärker auf ihre spezifischen Probleme hin orientiert werden.

subjective view to the defining standard (for example the view of young people who find it completely normal to download music and films free of charge from the internet?) and if one furthermore differentiates more clearly than occurs in Stenseth’s text between the mere possession of a thing and ownership of it. The formulation given by Stenseth referring to Honoré that the core of property is a “right to possess”, makes that unusually clear. For how else other than ultimately by intersubjective agreement, i.e. acknowledgement by third parties, ought this “right” to be understood? The exclusionary effects of ownership are then accordingly reintroduced as a core criterion. In the process a more precise definition of the transition from simple factual possession to legal ownership remains largely omitted. But isn’t there a central problem of ownership precisely at this point? But what can a psychological perspective say to us on this, when it expressly distinguishes between the legal and psychological views? The actual difficulties in the concept of property probably only start at this point. A conceivable way of analysing this would be the question here of whether an express legal form is needed for that transition from pure reality to normative relevance or whether, however, sufficiently embedded social conventions also suffice. Accordingly, the specific relevance of Hume’s studies on ownership also cited by Stenseth should be incorporated precisely on the point that Hume considers that ownership is not primarily a legal in nature but a social, and therefore third-party related phenomenon, so that specifically the individual-psychological perspective is insufficient.² In addition, with regard to the concept of ownership, Hume is chiefly concerned with a problem of the “relations as a means of an activity, a legal, economic and political practice” (*Relationen als Mittel einer Tätigkeit, einer rechtlichen, ökonomischen und politischen Praxis*).³ A more strongly factually-oriented viewpoint, going beyond the purely legal interpretation, is therefore not ruled out from the outset. With regard to the concept of possession (*Sachherrschaft*) as the core of property protected by fundamental rights, Oliver Lepsius has put forward in his postdoctoral thesis an appropriately noteworthy (unfortunately unnoticed) concept.⁴ However, for the time being it is unlikely to neatly exclude the legal view, in order then to argue connections again *ex post*. Instead, it ought to focus more strongly on its specific problems from the beginning.

2 Vgl. Gilles Deleuze, David Hume, Frankfurt/M. 1996, 42f.

3 Gilles Deleuze, Hume, in: *ders.*, Die einsame Insel. Texte und Gespräche 1953–1974, Frankfurt/M. 2003, 236ff., hier 246.

4 Vgl. Oliver Lepsius, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, Tübingen 2002.

2 See Gilles Deleuze, *Empiricism and Subjectivity. An Essay on Hume’s Theory of Human Nature*, New York 2001, 46 et seq.

3 Gilles Deleuze, Hume, in: *id.*, Die einsame Insel. Texte und Gespräche 1953–1974, Frankfurt am Main 2003, 236 et seq., here 246.

4 See Oliver Lepsius, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, Tübingen 2002.

Die individualpsychologisch verengte Perspektive führt dagegen leider auch zu eher wenig ergiebigen Argumentationen bei den abschließenden Beispielen, die mögliche Konsequenzen der vorgestellten Konzeption verdeutlichen sollen. Daß die Eigentümer großer Grundstücke in privilegierter Lage nicht Teile dieser Grundstücke für den sozialen Wohnungsbau hergeben möchten, selbst wenn sie dafür mit „marktangemessenen“ Preisen entschädigt werden, dürfte weniger ein genuines Problem des – im übrigen durchaus faszinierenden – „endowment effect“ als vielmehr ein Problem der Bewertungsparameter sein, die zur Bestimmung dessen, was als „marktangemessen“ bezeichnet wird, herangezogen werden. Vermutlich handelt es sich dabei nicht um einen Sonder-, sondern eher den Regelfall der Enteignung, die für den Enteigneten mehr Probleme mit sich bringt, als in der Kalkulation der „marktangemessenen Preise“ typischerweise abgebildet werden. Einer individualpsychologischen Überhöhung dieses Problems bedarf es – jedenfalls insofern – nicht.

II.

Das schließt es allerdings nicht aus, daß auch Forschungsergebnisse aus Zoologie und empirischer Psychologie bemerkenswerte Anregungen für primär rechtstheoretisch interessierte Beobachter beinhalten können. Bedauerlich an Stenseths Text ist nicht, im Sinne des „endowment effect“, was wir durch ihn verlieren; dafür fehlt schon die Voraussetzung eines zuvor gegebenen sicheren Wissensbestandes. Zu bedauern ist jedoch der entgangene Gewinn, den möglicherweise eine etwas anders akzentuierte Lektüre der teilweise durchaus aufschlußreichen Experimente hätte erbringen können. Eine solche andersgeartete Lektüre der Experimente müßte aber sehr viel stärker darauf achten, wie die empirische Forschung bei ihrem Versuch, mittels Datensammlung wesentlicher Einsichten habhaft zu werden, dabei von Voraussetzungen Gebrauch macht, die ihre proklamierte Intention unterlaufen. Quer zu dem von Stenseth verfolgten Ziel, das „Geheimnis“ des Eigentums zu „enthüllen“, also das Eigentümliche des Eigentums, seinen harten Kern („core concept“), in Besitz zu bringen, wäre zunächst das dazu in Anschlag gebrachte Verfahren zu problematisieren. Möglicherweise verfehlt eine derartige onto-hermeneutische Perspektive notwendig den besonderen Charakter des Propriationsprozesses, weil sie als Versuch einer Aneignung in diesen selbst bereits eingeschrieben ist.⁵ Jeder Versuch einer enthüllenden Aneignung wiese demnach einen für das eigene Vorgehen konstitutiven blinden Fleck der Selbstthematisierung auf, dessen Logik sich noch

5 Vgl. Jacques Derrida, Sporen. Die Stile Nietzsches, in: Werner Hamacher (Hrsg.), Nietzsche in Frankreich, Frankfurt/M./Berlin 1986, 129ff., hier 154ff.

By contrast, the individual-psychologically narrowed perspective unfortunately leads to somewhat less productive arguments in the closing examples, which are intended to clarify the possible consequences of the concept presented. The fact that the owners of large plots of land in favoured areas do not want to give up parts of this land for social housing, even if they would be compensated with prices “in line with market rates”, is probably less likely to be a genuine problem of the – in other respects thoroughly fascinating – endowment effect than a problem of the valuation parameters, which are used for determining what is described as “in line with market rates”. This is probably not a special case but more an instance of the usual situation in expropriation, which entails more problems for the dispossessed party than are generally reflected in the calculation of what is “in line with market prices”. There is no need to build up the individual-psychological aspect of this problem – at least not in this respect.

II.

But that does not exclude the results of research from zoology and empirical psychology from being able to contain notable stimuli for observers primarily interested from the standpoint of legal theory. The regrettable aspect of Stenseth’s text is not, in the sense of the “endowment effect”, what we lose through it; the requisite precondition of a previously existing secure store of knowledge is itself missing. However, what is regrettable is the loss of profit, which perhaps could have been provided by a somewhat differently emphasised reading of the in places thoroughly informative experiments. However, such a differently-oriented reading of the experiments would have to pay far more attention to how the empirical research, in its attempt to gain possession of key insights by means of data collection, in the process uses assumptions which subvert their proclaimed intention. For the time being it would be at odds with Stenseth’s expressed objective of “disclosing” the “secret” of ownership, i.e. his core concept of taking possession of the proprietary aspect of property, to expound the problems of the procedure deployed for this purpose. Maybe such an onto-hermeneutical view necessarily misses the particular character of the appropriation process, because it is already registered as an attempt at an appropriation in the appropriation process itself.⁵ Each attempt at a revealing appropriation would accordingly indicate a constitutive blind spot of self-thematisation for one’s own approach, the logic of which still cannot escape the description of this event. In this sense, specifically using the empirical psychology of the individual set out by

5 See Jacques Derrida, Spurs. Nietzsche’s Styles / Éperons. Les Styles de Nietzsche. Chicago 1979, 113 et seq.

die Beschreibung dieses Vorgangs nicht entziehen kann. In diesem Sinne ließe sich gerade anhand der von Stenseth angeführten empirischen Ich-Psychologie zeigen, daß ihr Verfahren nur möglich wird aufgrund einer Verdrängung bestimmter Reflexionen, die die Besitzstandskonflikte im Ich-Haushalt selbst thematisieren. Die dargestellte fundamentale „loss aversion“, also eine Verlustangst, die vom gängigen ökonomischen Kalkül des Äquivalententauschprinzips nicht erfaßt wird, erlaubt insofern eine subversivere Lesart. Ihr zufolge hätte das sich auf offenbar rational nicht erklärbare Weise an sein Besitz-Objekt klammernde, den Besitz als solchen libidinös besetzende Subjekt hierin den Spiegel einer unüberwindbaren Unsicherheit, die die Gewißheit bezüglich des eigenen Selbst nur als Resultat eines konstitutiven (aber damit doch auch nicht seinerseits krypto-ontologisch als *fundamentum inconcussum* fixierbaren) Verdrängungsprozesses ausweist. Daß das Ich nicht Herr im eigenen Hause ist, der seinen sicheren Besitz genießt, besagt zudem, daß schon auf dieser Ebene eine Konfrontation mit Andersheit erfolgt, die die Möglichkeit einer sauberen Unterscheidung zwischen bloßem Naturzustand und entwickelter Sozialität (und damit entsprechend sauber unterschiedenen Untersuchungsperspektiven) unterläuft. In dieser Perspektive wäre Eigentum zumal eine Prothese bezüglich stets bereits sozial codierter und nie vollständig abgeschlossener Ich-Konstitutionen. Als spezifisch kompensatorische Verarbeitung einer ebenso spezifischen Gewalthandlung, als die die Appropriation damit verstanden werden müßte, wäre aber auch ihr Revers-Bild in Gestalt der Expropriation gerade nicht rational auflösbar; die als grundlegend zumal subjektives Angstphänomen „enthüllte“ Enteignung versperrt die Rückkehr zu einer objektivierenden Betrachtungsweise. Der „endowment effect“ bildete in dieser Perspektive eher eine Chiffre dafür, daß das Recht hier an seine eigenen Grenzen stößt, als daß es durch offensichtlich kontingente Verfahren andersgearteter Quotenberechnungen – also etwa, wie Stenseth vorschlägt, 150 % statt 100 % – einer Rückführung in den Schoß des einfachen ökonomischen Tauschkalküls zugänglich wäre. Eine solche Betrachtungsweise verabschiedete sich nicht von den Erkenntnissen der Psychologie oder der Primatenforschung, im Gegenteil, aber sie nähme diese nicht als isolierten Befund, sondern stellte sie in den Zusammenhang der komplexeren Bedingungen eines sozialen Miteinanders. Vor einem solchen differenzierteren Hintergrund könnten die Beobachtungen der Schimpansen jedenfalls auch wieder meine Lesersympathien erwarten.

Stenseth would show that its procedure only becomes possible by virtue of repressing certain reflexions, which themselves thematise the conflicts over possession status within the ego’s own household. The depicted fundamental “loss aversion”, that is to say a fear of loss that is not recorded in the currently used economic calculation of the equivalent exchange principle, to this extent permits a more subversive way of reading. According to this, the subject, as such libidinally holding possession and clinging to its possession object in a manner clearly not rationally explicable, would have herein the mirror of an insurmountable uncertainty, which displays certainty in relation to its own self only as the result of a constitutive process of repression (but, however, a process which is also not for its part crypto-ontologically fixable as *fundamentum inconcussum*). That the ego is not the master in his own house who securely enjoys its possession, moreover states that a confrontation with otherness is taking place already at this level and this confrontation is subject to the possibility of a pure distinction between simple natural state and developed community (and therefore appropriately neatly distinguished perspectives for study). In this perspective, property would also be a prosthesis in respect of continually already socially coded and never completely concluded process of constituting the ego. As a specifically compensatory use of a similarly specific act of force, as which the appropriation would thereby have to be understood, its obverse image in the shape of the expropriation would also not be exactly rationally soluble; the expropriation “revealed” as especially a fundamentally subjective fear phenomenon blocks off the return to an objectifying mode of observation. In this perspective the endowment effect would rather create a symbol that here the law was coming up against its own limits than that, through clearly chance processes of otherwise-oriented calculations of proportions – so for example, as Stenseth suggests, 150% instead of 100% – it would be open to a return to the lap of simple economic exchange calculation. Such a way of looking at things would not wave goodbye to the findings of psychology or research into primates. Quite the opposite, but instead of taking them as an isolated finding, it would place them in the context of more complex conditions of social living and working together. Against such a highly differentiated background, observations of chimpanzees could definitely attract my sympathies as a reader again.