Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

8C_753/2020

Urteil vom 20. Mai 2021

I. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Maillard, Präsident,
Bundesrichterin Heine, Bundesrichter Wirthlin, Bundesrichterin Viscione, Bundesrichter Abrecht,
Gerichtsschreiberin Riedi Hunold.

Verfahrensbeteiligte
A.A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Volker Pribnow,
Beschwerdeführer,

gegen

Familienausgleichskasse Banken,
Ankerstrasse 53, 8004 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Familienzulage (Kinderzulage),

Beschwerde gegen das Urteil des
Versicherungsgerichts des Kantons Aargau
vom 26. Oktober 2020 (VBE.2020.100).

Sachverhalt:

A.
A.A._____, geboren 1965, ist in der Schweiz wohnhaft und erwerbstätig. Am 13. März 2016 beantragte er für seine beiden in Polen bei der Kindsmutter B._____ lebenden Kinder B.A._____ (geboren 2015) und C.A._____ (geboren 2016) Familienzulagen für Arbeitnehmende. Die Familienausgleichskasse Banken (FAK) klärte mittels Formular E 411 beim polnischen Versicherungsträger ab, ob die Kindsmutter in Polen erwerbstätig sei und Kinderzulagen beziehe. Dieser hielt am 28. August 2019 fest, dass die Kindsmutter weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausübe und das Verfahren betreffend Anspruch auf Erziehungsleistungen noch nicht abgeschlossen sei. Im Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass noch kein Antrag auf Kindergeld gestellt worden sei. Mit Verfügung vom 5. November 2019 sprach die

FAK A.A._____ den unbestrittenen Teil der Familienzulagen im Sinne von Differenzzahlungen zu den polnischen Leistungen zu, was sie mit Einspracheentscheid vom 27. Januar 2020 bestätigte.

B.
Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 26. Oktober 2020 ab.

C.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A.A._____ das Rechtsbegehren stellen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils seien ihm ab 1. Oktober 2017 die ungekürzten Familienzulagen für B.A._____ und C.A._____ auszurichten.
Die FAK und das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 141 V 234** E. 1 mit Hinweisen).

2.
Streitig ist, ob das kantonale Gericht Bundes- oder Völkerrecht (Art. 95 lit. a und b BGG) verletzte, indem es in Bestätigung des Einspracheentscheids der FAK den Anspruch des Beschwerdeführers auf ungekürzte Familienzulagen ab 1. Oktober 2017 verneinte.

3.

3.1. Familienzulagen sind einmalige oder periodische Geldleistungen, die ausgerichtet werden, um die finanzielle Belastung durch ein oder mehrere Kinder teilweise auszugleichen (Art. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über die Familienzulagen [Familienzulagengesetz, FamZG; SR 836.2]). Für das gleiche Kind wird gemäss Art. 6 FamZG nur eine Zulage derselben Art ausgerichtet; die Differenzzahlung nach Art. 7 Abs. 2 FamZG bleibt vorbehalten. Nach Art. 4 Abs. 3 FamZG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 der Verordnung vom 31. Oktober 2007 über die Familienzulagen (Familienzulagenverordnung, FamZV; SR 836.21) besteht nur dann Anspruch auf Familienzulagen für im Ausland lebende Kinder, wenn eine zwischenstaatliche Vereinbarung dies vorschreibt. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass Art. 7 Abs. 1 FamZV sich an die Vorgaben gemäss FamZG hält und weder Art. 8 Abs. 1 und 2 BV (Gleichbehandlungsgebot, Diskriminierungsverbot) noch Bestimmungen des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK; SR 0.107) verletzt (**BGE 144 V 299** E. 2.1; **141 V 521** E. 4.1; je mit Hinweisen).

3.2. Das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) enthält in Art. 8 die Grundlage für Anhang II FZA, der seinerseits Bestandteil des Abkommens bildet (Art. 15 FZA). Nach Art. 1 Abs. 1 dieses Anhangs (in der bis 31. März 2012 geltenden Fassung) in Verbindung mit dessen Abschnitt A befolgen die Vertragsparteien untereinander insbesondere die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (AS 2004 121; nachfolgend VO Nr. 1408/71), und Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (AS 2005 3909) oder gleichwertige Vorschriften. Mit Wirkung auf den 1. April 2012 sind diese beiden Rechtsakte durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Grundverordnung, VO Nr. 883/2004; SR 0.831.109.268.1) sowie die von denselben Gremien am 16. September 2009 verabschiedete Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO Nr. 883/2004 (Durchführungsverordnung, VO Nr. 987/2009; SR 0.831.109.268.11) abgelöst worden (**BGE 147 V 94** E. 3.1; **146 V 152** E. 4.1; **144 V 127** E. 4.1; **143 V 52** E. 6.1; **141 V 246** E. 2.1). Diese Verordnungen sind auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt in zeitlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht anwendbar.

3.3.

3.3.1. Welche nationalen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit auf eine Person anzuwenden sind, regelt Titel II (Art. 11 ff.) der VO Nr. 883/2004. Die Unterstellungsvorschriften sind für alle Sozialversicherungszweige einheitlich anzuwenden. Eine Person unterliegt grundsätzlich nur den

Rechtsvorschriften eines einzigen Staates (Art. 11 Abs. 1 VO Nr. 883/2004). In der Regel ist das Sozialversicherungsrecht des Beschäftigungslands (Erwerbsortprinzip) anwendbar (Art. 11 Abs. 3 lit. a VO Nr. 883/2004).

3.3.2. Gemäss Art. 67 Satz 1 VO Nr. 883/2004 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

3.3.3. Art. 68 VO Nr. 883/2004 - soweit hier massgeblich - lautet:

1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:
a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schliesslich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.
b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den Folgenden subsidiären Kriterien:
i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: Der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt,
ii) (...),
iii) (...).
2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in der Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschliesslich durch den Wohnort ausgelöst wird.
3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Famillienleistungen gestellt, so gilt Folgendes:
a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;
b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.

3.3.4. Die für den vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen der Durchführungsverordnung (Art. 60 Abs. 1, 3 und 5 VO Nr. 987/2009) lauten wie folgt:

1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.
2) (...)
3) Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften zwar anwendbar, aber nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung nicht prioritär anwendbar sind, so trifft er unverzüglich eine vorläufige Entscheidung über die anzuwendenden Prioritätsregeln, leitet den Antrag nach Artikel 68 Absatz 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaats weiter und informiert auch den Antragsteller darüber. Dieser Träger nimmt innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu der vorläufigen Entscheidung Stellung. Falls der Träger, an den der Antrag weitergeleitet wurde, nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags Stellung nimmt, wird die oben genannte vorläufige Entscheidung anwendbar und zahlt dieser Träger die in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen und informiert den Träger, an den der Antrag gerichtet war, über die Höhe der gezahlten Leistungen.
4) (...)
5) Der Träger, der eine vorläufige Leistungszahlung vorgenommen hat, die höher ist als der letztlich zu seinen Lasten gehende Betrag, kann den zu viel gezahlten Betrag nach dem Verfahren des Artikels 73 der Durchführungsverordnung vom vorrangig zuständigen Träger zurückfordern.

3.3.5. Bei Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten, die aus denselben Gründen, also z.B. jeweils aus dem Grund der Erwerbstätigkeit, gewährt werden, sieht Art. 68 Abs. 1 lit. b VO Nr. 883/2004 unterschiedliche Subsidiaritäts- bzw. Prioritätenvorschriften vor. In jenen Fällen, in denen die Leistungsgewährung an die mehrfache Erwerbstätigkeit anknüpft, trifft jenen Staat die Leistungszuständigkeit, in dem die Kinder wohnen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Kinder in einem der in Betracht kommenden Beschäftigungsstaaten ihren Wohnsitz haben. Andernfalls richtet sich die Zuständigkeit danach, welcher Mitgliedstaat zur höheren Leistung verpflichtet ist (FRANZ MARHOLD in: Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, N. 6 zu Art. 68 VO Nr. 883/2004). Art. 68 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 bestimmt zwar den leistungszuständigen Mitgliedstaat bzw. den leistungszuständigen Träger, trifft allerdings keine Aussage über eine allfällige Befreiung der nachrangigen Träger von ihrer Leistungsverpflichtung. Abs. 2 von Art. 68 VO Nr. 883/2004 sieht jedoch vor, dass nur die vorrangige Familienleistung zu gewähren ist und die nachrangige Leistung bis zur Höhe der vorrangigen ausgesetzt wird. Nur soweit als die im nachrangigen Mitgliedstaat vorgesehene Familienleistung höher ist, gebührt ein Anspruch auf die Gewährung eines Unterschiedsbetrags. Letzterer besteht in der Differenz zwischen den Höhen der Leistungen aus dem primär zuständigen Mitgliedstaat und der höheren Familienleistung aus dem nachrangig zuständigen Mitgliedstaat. Gelangt der vorrangig zuständige Mitgliedstaat zu der Auffassung, dass ein derartiger Differenzbetrag zusteht, gilt es die betreffende Person zu informieren und den entsprechenden Antrag unverzüglich dem Träger des zuständigen Mitgliedstaats zu übermitteln. Darüber hinaus informiert der vorrangig zuständige Mitgliedstaat den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie die Entscheidung über den Antrag ausgefallen ist und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden (MARHOLD, a.a.O., N. 8 zu Art. 68 VO Nr. 883/2004).

3.3.6. Art. 68 Abs. 3 VO Nr. 883/2004 sieht in Übereinstimmung mit dem Prinzip der europaweiten Antragsstellung vor, dass ein Antrag, der bei einem der in Betracht kommenden Träger gestellt worden ist, von diesem an den vorrangig zuständigen Mitgliedstaat weiterzuleiten ist (vgl. dazu auch Art. 60 Abs. 3 VO Nr. 987/2009). Im Fall der Nachrangigkeit des Trägers, bei dem der Antrag gestellt worden ist, zahlt dieser Träger den Unterschiedsbetrag (Art. 68 Abs. 3 lit. a VO Nr. 883/2004). Der vorrangig zuständige Träger des Mitgliedstaats hat den Antrag so zu behandeln, als ob dieser direkt bei ihm erfolgt wäre, so dass die Fristen ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung beim nachrangigen Träger als gewahrt gelten. Allfällige Meinungsverschiedenheiten zwischen den Trägern bezüglich der vorrangigen Zuständigkeit eines Mitgliedstaats sind nach dem in Art. 6 Abs. 3 - 5 VO Nr. 987/2009 vorgesehenen Verfahren zu beseitigen, wobei dies unter Umständen die Befassung der Verwaltungskommission erforderlich macht (vgl. dazu E. 3.3.8). Jede Antragsstellung richtet sich gleichzeitig an alle in Betracht kommenden Träger des jeweiligen Mitgliedstaats (MARHOLD, a.a.O., N. 9 zu Art. 68 VO Nr. 883/2004; SUSANNE DERN, in VO Nr. (EG) Nr. 883/2004: Europäische Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Kommentar, 2012, N. 8 ff. zu Art. 68 VO Nr. 883/2004).

3.3.7. Das Freizügigkeitsabkommen ist gestützt auf die völkerrechtliche Methodik nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]; **BGE 139 II 393** E. 4.1.1 mit Hinweisen). Nach Art. 16 Abs. 2 FZA ist für die Anwendung des Freizügigkeitsabkommens - soweit für die Anwendung des Abkommens Begriffe des Unionsrechts herangezogen werden - die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung (21. Juni 1999) massgebend. Da es Ziel des Abkommens ist, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Europäischen Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel), und die Vertragsstaaten übereingekommen sind, in den vom Abkommen erfassten Bereichen alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit in ihren Beziehungen eine möglichst parallele Rechtslage besteht (Art. 16 Abs. 1 FZA), hat das Bundesgericht in inzwischen ständiger Rechtsprechung entschieden, von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nur bei Vorliegen "triftiger" Gründe abzuweichen (**BGE 146 II 89** E. 4.3; **142 II 35** E. 3.1; **140 II 112** E. 3.2; **136 II 364** E. 5.3).

3.3.8. Die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit hat, um Ungewissheiten und unterschiedliche Auslegungen zu vermeiden und auf der Grundlage des Urteils des EuGH vom 7. Juni 2005 in der Rechtssache C-543/03 (Dodl und Oberhollenzer), den Begriff "durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöste Ansprüche" nach Art. 68 VO Nr. 883/2004 im Beschluss Nr. F1 vom 12. Juni 2009 präzisiert (ABl. C 106 vom 24. Juni 2010, S. 11). Danach löst eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit Ansprüche auf Familienleistungen auch dann aus, wenn die Tätigkeit aufgrund bestimmter Umstände zeitweilig unterbrochen wird. Hierzu zählen etwa Unterbrechungen aufgrund von Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfall, Berufskrankheit oder Arbeitslosigkeit, sofern Lohn oder Sozialleistungen - mit der Ausnahme von Renten - wegen dieser Risiken bezahlt werden. Zusätzlich zählen auch Zeiten unbezahlten Urlaubs und Zeiten des Streiks oder der Aussperrung dazu. Schliesslich gilt dies auch für Zeiten unbezahlten Urlaubs für die Kindererziehung, solange dieser Urlaub einer Tätigkeit als unselbstständiger oder selbstständiger Person gemäss der einschlägigen Gesetzgebung gleichgestellt ist (MARHOLD, a.a.O., N. 7 zu Art. 68 VO Nr. 883/2004; DERN, a.a.O., N. 3 zu Art. 68 VO Nr. 883/2004). Dieser Beschluss ist für die Schweiz am 1. April 2012 in Kraft getreten (Beschluss Nr. 1/2012 des gemischten Ausschusses vom 31. März 2012 zur Ersetzung des Anhangs II dieses Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Anhang II, Abschnitt B, Ziff. 5; AS 2012 2354).

4.

4.1. Die Vorinstanz erwog, aufgrund der Erwerbstätigkeit beider Elternteile sei die Prioritätsregel von Art. 68 Abs. 1 lit. b VO Nr. 883/2004 anwendbar. Soweit der Beschwerdeführer eine Auslegung von Art. 68 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 vertrete, die an den nationalen Rechtsvorschriften anknüpfe und die Prioritätsordnung danach festlege, aus welchen Gründen die nationale Rechtsordnung Ansprüche auf Familienzulagen gewähre, sei dem nicht zu folgen. Die VO Nr. 883/2004 stelle eine reine Koordinierungsverordnung dar, die zwar festlege, welches nationale Recht zur Anwendung komme, dieses Recht aber weder auslege noch anwende. Entsprechend genüge es zur Festlegung des prioritär zuständigen Staates festzustellen, ob eine Erwerbstätigkeit ausgeübt oder eine Rente bezogen werde und wo sich der Wohnort befinde. Daraus folge, dass die Familienleistungen im vorliegenden Fall aufgrund des Wohnortes der Kinder in Polen primär von Polen zu gewähren seien. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass die FAK für die Ausrichtung von Familienleistungen bzw. Kinderzulagen erst nachrangig zuständig sei und der Anspruch des Beschwerdeführers gegenüber der FAK bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt sei. Seitens des primär zuständigen Leistungsträgers (Polen) liege gemäss Akten noch kein Entscheid hinsichtlich der Höhe der Familienleistungen vor. Die voraussichtliche Höhe der Familienleistungen in den EU-Mitgliedstaaten könne jedoch auch den MISSOC-Tabellen entnommen werden (Leitfaden für die Durchführung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU im Bereich der Familienleistungen, BSV, August 2017, S. 12 Ziff. 6.3). Gestützt auf diese Angaben habe die FAK dem Beschwerdeführer den unbestrittenen Teil der Familienzulagen mit Verfügung vom 5. November 2019 bereits zugesprochen, vorbehältlich einer nachträglichen Korrektur bei präziseren Angaben des polnischen Leistungsträgers. Dieses Vorgehen sei nicht zu beanstanden.

4.2. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe Bundes- und internationales Recht verletzt, indem sie den Anspruch auf Familienzulagen in der VO Nr. 883/2004 dahingehend ausgelegt habe, dass Polen vorrangig leistungspflichtig sei. Die Schweiz sei ungeachtet des Erwerbsstatus der Kindsmutter für die Ausrichtung der Zulagen zuständig, da aufgrund der international geregelten Prioritätenordnung die Schweiz jedenfalls der leistungspflichtige Vertragsstaat sei. Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen bestehe die Aufgabe des Rechtsanwenders nicht nur darin, generell eine vorrangige Leistungspflicht festzustellen. Dieser müsse zudem prüfen, ob der vorrangig leistungspflichtige Vertragsstaat überhaupt Leistungen erbringen könne, die nach der Prioritätenordnung von Art. 68 Abs. 1 lit. b VO Nr. 883/2004 den schweizerischen Familienzulagen vorgehen könnten. Da in der Schweiz der Anspruch aus Erwerbstätigkeit gegeben sei und beim ausländischen Versicherungsträger lediglich ein Anspruch aufgrund des Wohnsitzes bestehe, habe zweifellos die schweizerische Leistung Vorrang. Es sei zu beachten, dass sich die Kindsmutter zum streitigen Zeitpunkt (18. Januar 2018) im unbezahlten Erziehungsurlaub befunden habe, der vom Arbeitgeber bis zum 30. September 2020 verlängert worden sei. Diese habe während der genannten Zeit kein Erwerbseinkommen oder Ersatzleistungen erhalten. Sie habe einzig davon profitiert, dass sie an den angestammten Arbeitsplatz zurückkehren könne. Selbst wenn eine vorrangige Leistungspflicht Polens bestünde, ergebe sich aus den vorliegenden Unterlagen, dass die Kindsmutter keine Erwerbstätigkeit ausübe. Die FAK sei daher nicht berechtigt, die Leistungen um die Differenz auszusetzen.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer ist in der Schweiz wohnhaft und erwerbstätig, weshalb er mit Bezug auf die Kinderzulagen den Rechtsvorschriften der Schweiz unterliegt und gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a FamZG als Erwerbstätiger grundsätzlich Anspruch auf Familienzulagen hat. Der polnische Versicherungsträger bestätigte auf dem Formular E 411, dass die Kindsmutter seit 1. Oktober 2017 eine Erwerbstätigkeit ausübt oder sich in einem gleichgestellten Verhältnis befindet. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass noch kein Antrag auf Familienleistungen gestellt worden sei. Der Beschwerdeführer reichte im Verlaufe des Verfahrens ein in polnischer Sprache abgefasstes Schreiben der Bank X._____ vom 15. Juli 2019 ein. Gemäss Angaben des Beschwerdeführers soll dieses bestätigen, dass sich die Kindsmutter vom 6. September 2016 bis 23. Januar 2017 im Mutterschaftsurlaub, vom 24. Januar 2017 bis 4. September 2017 im Elternurlaub, vom 5. September 2017 bis 10. Januar 2018 im Urlaub und vom 11. Januar 2018 bis 30. September 2020 im Elternurlaub befunden habe. Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist für die Frage der Erwerbstätigkeit der Kindsmutter im Sinne der VO Nr. 883/2004 nicht das polnische Recht massgebend, sondern das Verständnis dieses Begriffs wird mit dem in E. 3.3.8 erwähnten Beschluss vom 12. Juni 2009 konkretisiert. Danach gelten als Beschäftigung auch Zeiten einer vorübergehenden Unterbrechung einer Erwerbstätigkeit wegen unbezahlten Urlaubs nach der Geburt eines Kindes und für die Erziehung dieses Kindes. Die Vorinstanz stellte gestützt auf diesen Beschluss zu Recht fest, dass auch die Kindsmutter als Erwerbstätige im Sinne der VO Nr. 883/2004 zu betrachten sei, weshalb sie in Polen nach dem Erwerbsortprinzip den Rechtsvorschriften Polens unterstehe. Im Weiteren hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass sowohl beim Beschwerdeführer als auch bei der Kindsmutter vom Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne der VO Nr. 883/2004 auszugehen sei und daher gestützt auf Art. 68 Abs. 1 lit. b VO Nr. 883/2004 für die Familienzulagen prioritär Polen zuständig sei, wo die beiden Kinder zusammen mit deren Mutter wohnen.

5.2. Die FAK hat die notwendigen Abklärungen beim polnischen Versicherungsträger vorgenommen. Aus dem ausgefüllten Formular E 411 geht hervor, dass die Kindsmutter beim polnischen Versicherungsträger noch keinen Antrag auf Kindergeld gestellt hat. Deshalb steht noch nicht fest, ob ein solcher Anspruch nach

polnischem Recht besteht. Die vorinstanzliche Feststellung, dass seitens des primär zuständigen Leistungsträgers in Polen noch kein Entscheid hinsichtlich der Höhe der Familienleistungen vorliege, wird vom Beschwerdeführer denn auch nicht bestritten. Im Gegenteil hält er selbst fest, dass der betreffende Entscheid pendent sei. Aufgrund der erhaltenen Informationen hat die FAK festgehalten, dass die Schweiz subsidiär für Familienleistungen zuständig sei. In der Folge hat sie dem Beschwerdeführer nach Art. 68 Abs. 2 VO Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 3 VO Nr. 987/2009 einen provisorischen Differenzbetrag ausbezahlt. Dieser wird nach Art. 60 Abs. 5 VO Nr. 987/2009 angepasst, sobald der polnische Sozialversicherungsträger entschieden hat, ob ein Anspruch auf polnische Familienleistungen besteht.

5.3. Sollte der ausstehende Entscheid des polnischen Sozialversicherungsträgers ergeben, dass die Kindsmutter nach polnischem Recht keinen Anspruch auf Familienzulagen hat, wird der Anspruch des Beschwerdeführers zu überprüfen und ein allfälliger Ausgleich vorzunehmen sein, wie dies die FAK in ihrem Einspracheentscheid dargelegt hat (vgl. dazu auch die Stellungnahme des BSV). Dafür genügt es entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht, nur die Voraussetzungen für einen Anspruch nach polnischem Recht darzulegen. Dazu bedarf es - wie oben in E. 3.3.5 dargelegt - eines Entscheids des primär zuständigen polnischen Versicherungsträgers. Denn die Schweiz ist weder befugt noch verpflichtet, den Anspruch nach polnischem Recht abzuklären (vgl. dazu das Urteil des EuGH vom 22. Oktober 2015 in der Rechtssache C-378/14 [Tomislaw Trapkowski], Rz. 40). Auch ist die Schweiz gestützt auf Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO Nr. 987/2009 nicht verpflichtet, die vollständigen Familienzulagen für die Kinder des Beschwerdeführers zu erbringen, bloss weil die Kindsmutter bis anhin keinen Antrag gestellt hat (a.a.O., Rz. 50). Vielmehr ist der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 67 VO Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 Satz 2 VO Nr. 987/2009 berechtigt, anstelle der Kindsmutter in Polen Antrag auf die ihr zustehenden Familienleistungen zu stellen (a.a.O., Rz. 38 ff.).

5.4. Das kantonale Gericht verletzte daher weder Bundes- noch Völkerrecht (Art. 95 lit. a und b BGG), indem es feststellte, dass das Vorgehen der FAK mit den Bestimmungen der VO Nr. 883/2004 im Einklang stehe. Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet.

6.
Bei diesem Verfahrensausgang werden die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer auferlegt (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau, 3. Kammer, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 20. Mai 2021
Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Riedi Hunold